



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



**LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN Y EL ESTADO DE COSAS
INCONSTITUCIONALES, COMO MANIFESTACIONES DE LA INTERVENCIÓN POLÍTICA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, A TRAVÉS DE SU AUTONOMÍA
PROCESAL**

TESIS

Para obtener el Título Profesional de

ABOGADA

Presentado por la Bachiller:

KARLA SOLEDAD CACHO QUIROZ

Asesora:

MG. CS. ABG. TERESA YSABEL TERÁN RAMÍREZ

CAJAMARCA – PERÚ

2019

A mis padres, Carlos y Olga, porque su sacrificio constante es la mayor muestra de amor.

AGRADECIMIENTO

Deseo agradecer a Dios, por ser tan generoso conmigo.

A mis maestros, pues su pasión por el Derecho, siempre fue decisiva para alimentar mi curiosidad intelectual, pero con especial referencia a la Dra. Teresa Terán Ramírez, quien guió el desarrollo de este trabajo.

Asimismo, debo agradecer a mi hermana Reyna, por haberme impulsado a estudiar Derecho, una carrera profesional, que hoy considero mi vocación. A mis hermanos: Teresa, Olga y Carlitos; quienes, con su alegría y ternura inagotables hicieron posible que no desfallezca pese a los obstáculos.

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
ÍNDICE	iv
RESUMEN	ix
<i>ABSTRACT</i>	x
INTRODUCCIÓN.....	xi
TÍTULO.....	xvii
LÍNEA DE INVESTIGACIÓN	xvii

CAPÍTULO I

ASPECTOS TÉCNICOS Y METODOLÓGICOS DE LA TESIS.....	1
1.1 CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA	1
1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	2
1.3 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	3
1.4 JUSTIFICACIÓN	3
1.4.1 Justificación Científica	3
1.4.2 Justificación Técnica- Práctica.....	4
1.4.3 Justificación Personal	4
1.5 ÁMBITO DE INVESTIGACIÓN.....	5
1.5.1 Espacial	5
1.5.2 Temporal.....	5
1.6 TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	5
1.6.1 De acuerdo al fin que se persigue	5
1.6.2 De acuerdo al diseño de investigación	6
1.6.3 De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	6
1.7 HIPÓTESIS	7
1.8 VARIABLES	7
1.9 OBJETIVOS	7

1.9.1	Objetivo General	7
1.9.2	Objetivos Específicos.....	7
1.10	LISTA DE ABREVIACIONES	8
1.11	ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	8
1.12	MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	9
1.12.1	Genéricos.....	9
1.12.2	Propios del Derecho	10
1.13	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	11
1.14	UNIDADES DE ANÁLISIS Y UNIDADES DE OBSERVACIÓN.....	11
1.15	UNIVERSO Y MUESTRA.....	11
1.15.1	Universo.....	11
1.15.2	Muestra	12
CAPÍTULO II		
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU IMPLICANCIA EN LA POLÍTICA		13
2.1.	EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO EL NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO, LA DEMOCRACIA Y LA POLÍTICA.....	13
2.1.1.	Acepciones del Neoconstitucionalismo	15
2.1.1.1.	El Neoconstitucionalismo como teoría.....	15
2.1.1.2.	El Neoconstitucionalismo como ideología y metodología.....	26
2.2.	DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES INFRANQUEABLES DEL PODER POLÍTICO.....	27
2.3.	EL ROL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE LA DEMOCRACIA.....	30
2.4.	EL DINAMISMO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: DE LA JUSTICIA A LA POLÍTICA Y VICEVERSA	32

CAPÍTULO III

EL ESTATUS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO	39
3.1. NATURALEZA Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.	39
3.1.1. La Jurisdicción Constitucional y el Tribunal Constitucional	39
3.1.2. Finalidad del Tribunal Constitucional	41
3.1.3. Naturaleza del Tribunal Constitucional	43
3.1.3.1. El Tribunal Constitucional como Órgano Constitucional.....	43
3.1.3.2. El Tribunal Constitucional como Órgano Jurisdiccional.....	47
3.1.3.3. El Tribunal Constitucional como Órgano Político	49
3.1.3.3.1. La Intervención política del Tribunal Constitucional en la dirección del Estado.....	53
3.2. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES	60

CAPÍTULO IV

LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO...65	
4.1. PROCESO Y CONSTITUCIÓN	65
4.2. LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	68
4.2.1. Aspectos preliminares.....	68
4.2.2. El principio de elasticidad constitucional.....	70
4.2.3. Relación de la autonomía procesal con el principio de elasticidad constitucional y el principio de suplencia de queja deficiente	72
4.2.4. Esbozo conceptual de la autonomía procesal del Tribunal Constitucional	76
4.2.5. Confrontación entre la autonomía procesal del Tribunal Constitucional y algunos postulados de la Teoría del Proceso	79
4.2.6. Límites a la autonomía procesal del Tribunal Constitucional: A modo de propuesta.....	93
4.3. INSTITUCIONES JURÍDICO – PROCESALES CREADAS A PARTIR DE LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, A TRAVÉS DE SU JURISPRUDENCIA.....	103
4.3.1 Un breve repaso histórico	103

4.3.2. Formas en las que se ejerce la creación de normas constitucionales procesales y la delimitación de la autonomía procesal del Tribunal Constitucional, en torno a ellas	107
4.3.3. Algunos ejemplos en los que el Tribunal Constitucional creó Instituciones jurídico – procesales a partir de su autonomía procesal	110
4.3.3.1. El partícipe	110
4.3.3.2. Extensión del objeto en el proceso de inconstitucionalidad	113
4.3.3.3. Reglas procesales de remisión al proceso ordinario	114
4.3.3.4. Variación jurisprudencial prospectiva o <i>prospective overruling</i>	117
4.3.3.5. Inconstitucionalidad por Omisión	119
4.3.3.5.1. Algunas consideraciones previas en torno a la idea de “omisión”	119
4.3.3.5.2. Tesis que pretenden conceptualizar a la Inconstitucionalidad por Omisión	122
4.3.3.5.3. Elementos que componen al concepto de Inconstitucionalidad por Omisión, desde la tesis obligacionista	123
4.3.3.6. Estado de Cosas Inconstitucionales	133
4.3.3.6.1. Algunas consideraciones previas	133
4.3.3.6.2. El Estado de Cosas Inconstitucionales y su relación con otros procesos constitucionales	135
4.3.3.6.3. Delimitación conceptual	137
4.3.3.6.4. Relación con las políticas públicas	142

CAPÍTULO V

EFFECTOS POLÍTICOS DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EN TORNO A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN Y EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES	143
5.1. LO QUE DEBERÍAMOS ENTENDER POR “EFFECTOS POLÍTICOS” O “INTERVENCIÓN POLÍTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL”	143
5.2. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EN TORNO A SUS EFFECTOS POLÍTICOS	144
5.2.1. La Inconstitucionalidad por Omisión	144

5.2.1.1. Inconstitucionalidad por Omisión de configuración jurisprudencial	145
a) Caso hoja de coca. STC N° 0006-2008-PI/TC	146
b) Caso libre desafiliación. STC N° 0014-2007-PI/TC	156
5.2.1.2. Inconstitucionalidad por Omisión cuyo sujeto infractor es el Poder Ejecutivo	162
c) Caso AIDSESEP. STC. N° 05427-2009-PC/TC.....	163
5.2.2. Estado de Cosas Inconstitucionales	174
5.2.2.1. La estructuración de una política pública, a través de los elementos del Estado de Cosas Inconstitucionales, como figura procesal.....	174
a) Caso salud mental en centros penitenciarios. STC N° 03426-2008-PHC/TC	184
b) Caso derecho a la educación de personas en extrema pobreza, en zonas rurales. STC N° 00853-2015-PA/TC	191
c) Protección de la diversidad lingüística. STC N° 00889-2017-PA/TC	198

CAPÍTULO VI

LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, COMO MEDIO PARA JUSTIFICAR SU INTERVENCIÓN POLÍTICA – CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	206
6.1. RELACIÓN ENTRE LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU INTERVENCIÓN POLÍTICA	206
6.2. CARACTERÍSTICAS QUE PODRÍAN PRESENTAR LAS INSTITUCIONES PROCESALES, CREADAS EN VIRTUD DE LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, QUE SIRVIESEN DE MEDIO PARA LA INTERVENCIÓN POLÍTICA DE NUESTRO SUPREMO INTÉRPRETE	211
CONCLUSIONES.....	213
RECOMENDACIONES	217
LISTA DE REFERENCIAS	218

RESUMEN

El Tribunal Constitucional peruano – al igual que otras Cortes de esta naturaleza, en la experiencia comparada – se ha caracterizado por sorprendernos con el raciocinio con el que configura sus sentencias, pues su modo de administrar justicia, casi siempre, tiene consecuencias que inciden en la sociedad en general. De ahí que, consideramos que estas repercusiones sociales nacen a partir del control de los poderes públicos que ejerce nuestro Supremo Intérprete, quien se aboca a intervenir en sus prerrogativas políticas, hecho que solo tiene lugar en un contexto de inestabilidad democrática.

En consecuencia, bajo estos términos, podemos afirmar que el Tribunal Constitucional peruano, realmente tiene una connotación política de gran arraigo; máxime si advertimos que la “política”, como término conceptual y metodológico, tiene diversas acepciones que no solo se circunscriben a la idea partidarista, sino que por ella también podemos entender a todas la manifestaciones expuestas por determinadas entidades que se encargan de formular decisiones en nombre del Estado que vinculan a la sociedad, cuya concreción más próxima es la creación de normas o la estructuración de una política pública.

Siendo ello así, la naturaleza política del Tribunal Constitucional no debiera generar mayor controversia, sin embargo, existen diversos paradigmas teóricos que refutan esta idea. Además, debemos destacar, que la problemática no se agota en la intervención política que el Tribunal puede protagonizar, pues también crea suspicacia el modo con el que reemplaza a los poderes públicos en su quehacer estatal. Desde nuestra perspectiva, esto se lleva a cabo por la discrecionalidad que le otorga la autonomía procesal, en la creación de figuras procesales

Así pues, de la autonomía procesal, han emergido instituciones procesales como la Inconstitucional por Omisión y el Estado de Cosas Inconstitucionales; en función a las cuales, el Tribunal despliega sus atribuciones argumentativas para ser partícipe directo de las decisiones que se toman a nombre del Estado, como la configuración de normas o de políticas públicas; respectivamente.

Palabras clave: Política, Derecho, Autonomía Procesal, Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

The Peruvian Constitutional Tribunal - like other Tribunals of this nature, in comparative experience - has been characterized by surprising us, with the reasoning with which he configures his sentences, well his way of administering justice, almost always, has the consequences that impact on society in general. Consider that these social repercussions are derived from the control of the public powers exercised by our Supreme Interpreter, who has intervened in their prerogative policies, a fact that only has a place in a context of democratic instability.

Consequently, under these terms, we can affirm that the Constitutional Tribunal of Peru really has a deeply rooted political connotation; Maximum If we notice that "politics", as a conceptual and methodological term, has different meanings that are not only confined to the partisan idea, but by it we can also understand all the statements made by certain entities that are responsible for making decisions on behalf of the State that link society, whose closest concretion is the creation of norms or the structuring of a public policy.

This being so, the political nature of the Constitutional Tribunal should not generate more controversy, However, there are several theoretical paradigms that refute this idea. Also, we must emphasize that the problem is not end to the political intervention that the Tribunal can star, but also create suspicion the way in which the public powers are replaced in their state work. From our perspective, this also leads to a corporal for the discretion that gives procedural autonomy, in the creation of procedural figures.

So that, procedural autonomy has emerged procedural institutions such as unconstitutionality by omission and unconstitutionals state of things; depending on which, the Tribunal deploys its argumentative attributions to be a direct part of the decisions taken by the name of the State, such as the configuration of norms or public policies; respectively.

Keywords: Politics, Law, Procedural Autonomy, Constitutional Tribunal.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo investigativo, nació a partir de las inquietudes intelectuales generadas por el razonamiento que el Tribunal Constitucional plasma en cada una de sus sentencias; pues, pese a estar revestidas de instituciones que pertenecen al mundo del Derecho, la magnitud de sus repercusiones sociales es abrumadora.

Es por eso, que estuvimos tentados a ahondar cómo es que un Tribunal, desde una perspectiva técnico – argumentativa, puede incidir en el impulso legislativo o en la concreción, potencia o real, de políticas públicas; ambas con gran incidencia en el rumbo que puede tomar la sociedad, ya sea porque una ley determina el comportamiento del ser humano o porque el hecho de que una política pública está orientada a mejorar las condiciones de vida de un grupo poblacional determinado.

Estas situaciones, como el dotar de eficacia a una norma constitucional a partir de su desarrollo legislativo o el sentar las bases para formular una política pública, forman parte del quehacer, constitucionalmente legitimado, de otros poderes públicos; sin embargo, es el Tribunal Constitucional, el que aprovecha la inestabilidad del sistema democrático – que es una constante en nuestro país – para inmiscuirse en estas prerrogativas políticas, las mismas que, además, también se encuentran amparadas por los alcances del neoconstitucionalismo.

Ahora, el medio que ha utilizado para ello, según lo que nosotros proponemos, son determinadas instituciones jurídico – procesales, cuya legitimación está dada por la autonomía procesal que el propio Tribunal se ha atribuido. De ahí que el problema que se ha planteado es el siguiente: ¿Cuáles son las instituciones jurídico – procesales que el Tribunal Constitucional peruano, amparándose en su autonomía procesal, utiliza para justificar implícitamente su intervención en el ámbito político?

Así, tenemos que la Inconstitucionalidad por Omisión, es el canal por el que el Tribunal reemplaza al Poder Legislativo o, en su defecto, al Poder Ejecutivo en sus prerrogativas legislativas y; por la figura del Estado de Cosas Inconstitucionales, el Tribunal está auto habilitado para conocer del desarrollo de políticas públicas. Por lo tanto, la tesis que intentaremos comprobar, a lo largo de todo este trabajo, es la siguiente: Las instituciones jurídico – procesales que el Tribunal Constitucional peruano utiliza, amparándose en su autonomía procesal, para justificar implícitamente

su intervención en el ámbito político son: La Inconstitucionalidad por Omisión y El Estado de Cosas Inconstitucionales.

En el capítulo que da inicio propiamente al desarrollo de la investigación, nos abocaremos a estudiar los principales postulados del neoconstitucionalismo, como una idea repotenciada del clásico constitucionalismo, que se esgrimió como una forma de cosmovisión diferente, después de los fatídicos episodios bélicos suscitado en el siglo XX. De esta manera, entenderemos a este novísimo paradigma, a partir de tres vértices importantes: como teoría, ideología y metodología; y, en todas ellas, encontremos que la idea común es la limitación del poder que ejercen casi todas las cortes constitucionales, incluyendo nuestro Supremo Intérprete, el cual vela por proteger los derechos fundamentales y la preeminencia de la Constitución.

Es por eso que hemos de ocuparnos, además, de delimitar el rol que cumplen los derechos fundamentales, como límites del poder político, materializándose en el modelo cuadrimensional de democracia propuesto por el maestro Ferrojali, en torno al cual, no solo intentaremos basar nuestra percepción investigativa, sino que construimos tímidas críticas. Todo esto con el fin de erigir un soporte idóneo que coadyuve a fundamentar la intervención política del Tribunal Constitucional, por ser justamente, esta, la idea, respecto a la cual circunda una de nuestras variables.

Asimismo, para reforzar nuestra tesis, daremos indicadores sobre la intrínseca relación entre el Derecho y la política, que se ve reflejada notoriamente en corrientes de control constitucional como la judicial auto-restrictiva, el activismo judicial clásico y moderado. Respecto al activismo judicial, veremos que su esbozo teórico – práctico, se convierte en un contexto idóneo donde puede nacer un Tribunal que trastoque los más ínfimos cimientos de la sociedad, no solo desde su actividad como legislador negativo, sino, con mayor énfasis, es su faceta de inductor de transformación social, lo cual dará, también, atisbos que nos ayudarán a entender cómo nuestra Corte, puede llegar a convertirse en un verdadero actor político.

En el tercer capítulo, a la par de definir la finalidad que ha de perseguir el Tribunal Constitucional, intentaremos reivindicar su importancia, a partir de la actividad interpretativa y de reforma social que cumple a través de la jurisdicción constitucional. Además, con la finalidad de determinar su estatus dentro de la organización político – estatal de nuestro país, precisaremos las razones, del porqué

el Tribunal Constitucional está dotado de una naturaleza compleja: como órgano constitucional, jurisdiccional y político.

Respecto a la primera categoría, indicaremos que el Tribunal Constitucional, es un moderador representativo, no solo porque en él confluyen todas las características que debe presentar un órgano constitucional propiamente dicho, sino porque su nivel de acción es superior respecto a otras instituciones del mismo rango. Por su parte, si bien, como órgano jurisdiccional no se le puede atribuir esta función por excelencia, ya que esto pertenece al Poder Judicial, veremos que existen muchos indicios, tanto teórico como pragmáticos, que nos harán crear plena convicción de que sí es un verdadero ente jurisdiccional, pese a los especiales matices que le son propios.

Pese a lo expuesto, veremos que la doctrina tiene opiniones, casi en su totalidad uniformizadas, respecto a considerar al Tribunal Constitucional como un verdadero órgano constitucional y jurisdiccional; una situación que no es compartida cuando hablamos de su naturaleza política y, caeremos en cuenta que ello es así, porque esta connotación se discute desde diferentes enfoques, que difieren unos de otros, lo cual constituye un verdadero vacío, el mismo que intentaremos aprovechar para delimitar en qué sentido pretendemos considerar al Tribunal Constitucional como político, disgregado, de esta manera, las diferentes acepciones que tiene el concepto política, tanto desde un sentido amplio como restringido, circunscribiéndonos en lo que se conoce como “macropolítica”, específicamente en el subsistema político – estatal, en función al cual, la actuación política del Tribunal Constitucional es sintetizado en dos actividades: la implementación de normas imperativas o de políticas públicas.

De esta manera, al esbozar la naturaleza política del nuestro Supremo Intérprete, a modo de un órgano de decisión política, estudiaremos qué rol cumple este ente, en el antiquísimo principio de separación de poderes, que se ve constantemente actualizado gracias a la finalidad con la que fue concebido. Y, justo en este punto, es preciso poner mayor atención, pues propondremos una idea simple pero innovadora que merece, quizás, ser flanco de diversas críticas.

Por otro lado, al abordar el tema propiamente de la autonomía procesal del Tribunal Constitucional, en el cuarto capítulo, no podemos pasar por alto los fundamentos del Derecho Procesal Constitucional, el mismo que, con el afán de cumplir fines constitucionalmente relevantes, se aleja, casi siempre, del carácter instrumental que

caracteriza a todas las ramas jurídicas que se encargan de estudiar instituciones adjetivas, de ahí que un elemento constante de referencia, a partir de esta punto de la investigación, será el Derecho Constitucional concretizado, que entiende que todos los métodos procesales, en temas garantistas, han de entenderse a partir de la Constitución.

De ahí que, entenderemos que es justamente la idea que propugna el Derecho Constitucional concretizado, la que respalda teórica y metodológicamente a la autonomía procesal del Tribunal Constitucional. Así pues, desglosaremos a este término procesal, tanto desde su origen alemán, como su relación con los principio de elasticidad procesal y el de suplencia de queje deficiente, respecto a los cuales esbozaremos superficialmente cuáles son sus rasgos comunes y en qué sentido difieren, pese a que no se ha encontrado medios de consulta que desarrollen este tema; empero, hemos creído conveniente que nos aventuraremos en esta empresa con la finalidad de dotar a la autonomía procesal de una entidad propia.

En este mismo capítulo, veremos cómo la autonomía procesal del Tribunal Constitucional, se confronta por diferentes puntos con la teoría general del proceso, desde su estructuración terminológica hasta en los principios procesales. En función a estos últimos, analizaremos cómo el actuar del Supremo Intérprete, compromete a la congruencia procesal en su vertiente externa, de acuerdo al pronunciamiento de las sentencias, tanto en su acepción objetiva como subjetiva; ello es así porque esta directriz es la que se ve más comprometida con las instituciones de Inconstitucionalidad por Omisión y Estado de Cosas Inconstitucionales. De esta manera, daremos por cumplido uno de nuestros objetivos.

A partir de ello, advertiremos que la autonomía procesal, por las numerosas críticas que se tejen en su contra, resulta ser, hasta el momento un concepto incipiente y de débil legitimidad; es por ello que existen pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales, que esbozan algunos límites en torno a su uso y, un análisis de ellos nos harán advertir que son meras ideas enunciativas, con incipiente concretización fáctica; lo cual nos llevará a proponer ciertos límites en función a dos criterios: a la estructura conceptual de la autonomía procesal y a un criterio argumentativo. Sobre este último, desarrollaremos el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad que el mismo Tribunal propone cuando existe un conflicto entre principios, a fin de

precisar qué razones han de tenerse en cuenta para dotar de una mera jerarquía móvil tanto al derecho que subyace detrás de la autonomía procesal como el principio de congruencia procesal. Con esta propuesta, habremos cumplido con otro de los objetivos planteados.

Del mismo modo y, con el fin de delimitar el concepto de la autonomía procesal, la diferenciaremos de las diversas formas de creación de las que se vale el Tribunal Constitucional para configurar nuevas instituciones procesales, prestando mayor atención en los elementos con los que difiere respecto a la figura de “creación por integración”, cuya estructura constitutiva guarda gran similitud con la institución jurídica estudiada.

Por último, en este capítulo, precisaremos algunos ejemplos en los que el Tribunal Constitucional creó instituciones jurídico – procesales a partir de su autonomía procesal, como por ejemplo la figura del partícipe, la extensión del objeto en el proceso de inconstitucionalidad, las reglas procesales de remisión al proceso ordinario, *prospective overruling*, Inconstitucionalidad por Omisión y el Estado de Cosas Inconstitucionales. El estudio de estas dos últimas figuras, claro está, será más amplio y profundo, por constituir parte de nuestras variables.

El quinto capítulo está orientado a desarrollar, de forma íntegra, uno de nuestros objetivos específicos, consistente en analizar la intervención política del Tribunal Constitucional, haciendo uso de las figuras procesales como la Inconstitucionalidad por Omisión y el Estado de Cosas Inconstitucionales. Instituciones que, como veremos, no han sido plasmadas de forma íntegra a como fueron concebidas en su país de origen, sino que nuestro Tribunal ha optado por modificar, en algunos casos, drásticamente su entidad procesal, así analizaremos sentencias, en donde se hace alusión a una versión modificada de la Inconstitucionalidad por Omisión, como, por ejemplo: la Inconstitucionalidad por Omisión de Configuración Jurisprudencial o donde el Poder Ejecutivo es el sujeto infractor.

Por su parte, en el análisis de la sentencia del Estado de Cosas Inconstitucionales, podremos advertir cómo la estructuración de una política pública se condice con sus elementos de origen.

Para terminar, en el sexto y último capítulo, daremos por sentado dos de nuestros objetivos, por una parte, a modo de contrastación de hipótesis, haremos una breve

recapitulación de los puntos más importantes de la tesis, que nos ayuden a determinar la relación que existe entre la intervención política del Tribunal Constitucional con su autonomía procesal. Asimismo, haciendo uso del método comparativo, precisaremos qué características deben presentar ciertas figuras procesales, que nos ayuden a identificarlas como un medio que nos haga considerar a nuestro Tribunal como un verdadero actor político.

TÍTULO

La Inconstitucionalidad por Omisión y El Estado de Cosas Inconstitucionales, como manifestaciones de la intervención política del Tribunal Constitucional peruano, a través de su autonomía procesal.

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.

CAPÍTULO I

ASPECTOS TÉCNICOS Y METODOLÓGICOS DE LA TESIS

1.1 CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA

La disyuntiva entre el Derecho y la política es una discusión histórica que se ha abordado desde diferentes perspectivas ius–filosóficas. Sin embargo, contemporáneamente, este debate se ha enfocado en destacar el papel controlador que desempeña la jurisdicción constitucional respecto a los poderes públicos, amparándose en el infranqueable límite que merecen los Derechos Fundamentales; lo cual es una nota característica de las recientemente esbozadas democracias constitucionales.

Ello en virtud de que el nuevo paradigma constitucional se ha encargado de dar especial realce al Estado Constitucional de Derecho, en confrontación con el Estado Legal de Derecho, arguyendo que:

La novedad introducida por el constitucionalismo en la estructura de las democracias es que también, el Supremo Poder Legislativo es jurídicamente regulado y limitado, con respecto no solo a las formas, predispuestas a garantizar el poder de la mayoría, sino también a la sustancia de su ejercicio, vinculado al respeto de las específicas normas constitucionales que son el principio de igualdad y derechos fundamentales (Ferrajoli, 2016, pág. 108)

De esta manera, se legitima el control jurisdiccional de las cortes constitucionales hacia los poderes públicos, siempre que ello se contextualice en un Estado Constitucional de Derecho, empero, se advierte el peligro de la mitificación del control judicial, teniendo en cuenta que existen otros de una naturaleza diferente, caracterizados por el mismo grado de legitimidad (Duque Corredor, 2007)

En tal sentido, coexiste entre los estudiosos del Derecho, pertenecientes a una fuerte corriente doctrinaria¹, la idea de que este ejercicio legitimado de control de los poderes públicos es aprovechado por Tribunal Constitucional del Perú para emitir sentencias con efectos que ponen en evidencia su intervención política. Es por ello que se llega a afirmar que

¹ Presidida por César Landa Arroyo, Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

el Supremo Intérprete peruano tiene una naturaleza eminentemente política:

Esta naturaleza del Tribunal Constitucional se hace aún más patente en sistemas democráticos débiles, en la que la falta de experiencia de la actividad política y social ceñida a la Constitución, no es una constante, y más bien predomina la inestabilidad política y la falta de lealtad constitucional. Por eso se debe tener en cuenta que en países con una tradición desintegrada e inestable donde la realidad política es conflictiva, el Tribunal que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido siempre político (...) (Landa Arroyo, 2006, pág. 252)

No obstante, la mayoría de las Cortes Constitucionales, incluyendo el caso peruano, se muestran renuente a identificarse políticamente, afirmando que su actuación opera sobre la base de la imparcialidad, razonabilidad y neutralidad en la adjudicación de derechos. (Sumaria Benavente & Vassallo Efftha, 2008)

Con esta renuencia a aceptar su naturaleza política, el Tribunal Constitucional peruano está ignorando las consecuencias sociales de sus fallos y, por ende, no se toma en cuenta la viabilidad material de sus decisiones; intentando inmiscuirse en el quehacer intrínseco de otros poderes públicos, mediante instituciones legitimadas jurídicamente, pero que no son más que artificios para excusar el peligro latente de extralimitación de sus competencias.

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Evidentemente, dentro del nuevo paradigma constitucional como garantía de la democracia, donde el Estado de Constitucional de Derecho se torna el modelo más coherente y respetuoso con el ideal de justicia, en torno al respeto de los Derechos Fundamentales, el Tribunal Constitucional peruano ha encontrado un asidero ideal para legitimarse, indirectamente, como un nuevo actor político.

Pese a ello, el Supremo Intérprete de nuestra Constitución, se niega a aceptar su naturaleza política, entendiendo que su función se circunscribe

a utilizar métodos netamente jurídicos, empero, hay quienes afirman que la justicia constitucional, siendo política por su materia, es estrictamente jurídica por sus métodos y por sus criterios de fondo (García de Enterría citado por Acuña Chávez, 2014).

En tal sentido, el problema que subyace a este trabajo investigativo es averiguar qué artificios jurídico – procesales utiliza el Tribunal Constitucional peruano para patentar su intervención el ámbito político. Lo que, en consecuencia, desnaturaliza su función de mero legislador negativo para constituirse en un ente reformador de las funciones de otros poderes públicos, interfiriendo implícitamente en la esfera de competencias legislativas o en la creación de políticas públicas, mediante el uso irrestricto de la autonomía procesal.

1.3 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son las instituciones jurídico – procesales que el Tribunal Constitucional peruano, amparándose en su autonomía procesal, utiliza para justificar implícitamente su intervención en el ámbito político?

1.4 JUSTIFICACIÓN

Pese a que existen diversas manifestaciones en las que el Tribunal Constitucional peruano despliega efectos políticos a través de sus sentencias, la importancia de este trabajo de investigación radica en comprobar que, este órgano, aun cuando niega su intención de inmiscuirse en el quehacer político, se ampara en la autonomía procesal para innovar con instituciones jurídicas, que le permitan actuar de manera legítima, imponiendo al razonamiento constitucional incluso en la iniciativa legislativa o en la creación o reformas de políticas públicas. En tal entendido, el porqué realizar una investigación de esta investidura se explica en:

1.4.1 Justificación Científica

Se pretende contribuir en el campo del conocimiento jurídico, creando una actitud crítica en el receptor, quien debe prever, a partir de la lectura de este trabajo, que el Tribunal Constitucional peruano, tomando como punto de partida la inestabilidad del

sistema democrático, está extralimitándose en sus facultades legales y constitucionales, interviniendo en el quehacer político, a través de reformas en el ámbito legislativo y el de políticas públicas, utilizando irrestrictamente la autonomía procesal.

1.4.2 Justificación Técnica- Práctica

Este trabajo investigado encuentra asidero en un contexto técnico – práctico; pues, durante el desarrollo de la tesis, pretendemos dar pautas para identificar cuándo el Tribunal Constitucional peruano, al utilizar instituciones procesales, diferentes a las reseñadas en la hipótesis, está justificando su intervención política amparándose en la autonomía procesal. Lo cual, nos pondrá en alerta frente a futuras creaciones jurídicas que puedan ser consideradas un potencial peligro de extralimitación de competencias.

Además, con el afán de encontrar un equilibrio que se funde en razones principistas, se desea proponer, tentativamente, algunos límites de razonabilidad al Tribunal Constitucional peruano, cuando haga uso de instituciones jurídicas procesales, amparándose en su autonomía procesal.

1.4.3 Justificación Personal

La justificación de la autora de este proyecto, ha sido determinada por cierto grupo de investigadores jurídicos que, reclaman que los estudiantes de Derecho tengamos inquietudes intelectuales respecto a las manifestaciones políticas del Tribunal Constitucional, a fin de crear propuestas, al menos tentativas, para reestablecer el orden de los poderes estatales². Esto, sin duda, es un incentivo no solo académico, sino moral para quien pretende ser llamado Abogado.

² “(...) el análisis de la tendencia política del órgano de control constitucional se vuelve de vital importancia para la coordinación de los poderes del Estado y la posibilidad de llevar a efecto los cambios reclamados por la sociedad sin afectar el orden.” (Sumaria Benavente & Vassallo Efftha, 2008, pág. 122)

1.5 ÁMBITO DE INVESTIGACIÓN

Teniendo en cuenta que el problema de investigación se encuentra circunscrito a las áreas del Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, en el tema de La Inconstitucionalidad por Omisión y El Estado de Cosas Inconstitucionales, como manifestaciones de la intervención política del Tribunal Constitucional peruano, a través de su autonomía procesal; debemos destacar el siguiente ámbito de investigación:

1.5.1 Espacial

El ámbito espacial está determinado por el territorio nacional, puesto que los efectos políticos de las Sentencias del Tribunal Constitucional peruano, que hacen uso de La Inconstitucionalidad por Omisión y El Estado de Cosas Inconstitucionales; se materializan únicamente en el Perú.

1.5.2 Temporal

El ámbito temporal está definido, desde el momento en que el Tribunal Constitucional peruano utilizó por primera vez La Inconstitucionalidad por Omisión y El Estado de Cosas Inconstitucionales, como instituciones jurídicas procesales en sus sentencias; hasta la actualidad.

1.6 TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.6.1 De acuerdo al fin que se persigue

La investigación es del tipo **BÁSICA**, pues su fin último es complementar el conocimiento jurídico, demostrando adecuadamente, con fundamentos dogmáticos y prácticos que el Tribunal Constitucional peruano, amparándose en su autonomía procesal, hace uso de instituciones jurídico – procesales como la declaración del Estado de las cosas inconstitucionales y la Inconstitucionalidad por Omisión, para intervenir en el ámbito político, como agente inductor de cambio social.

1.6.2 De acuerdo al diseño de investigación

Siendo el objetivo principal de este trabajo, determinar si existen instituciones jurídico – procesales, introducidas por el Tribunal Constitucional peruano, amparándose en la autonomía procesal, que determinen su intervención política, como agente inductor de cambio social; entonces no cabe duda al señalar que la investigación realizada es el tipo **EXPLICATIVA**.

Una vez identificadas, estas instituciones jurídico – procesales, indagaremos si realmente sus efectos en las sentencias constitucionales tienen repercusiones políticas, ya sea concretas o potenciales, que posibiliten la promulgación de alguna norma o el establecimiento de políticas públicas.

1.6.3 De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

El enfoque de este trabajo será **CUALITATIVO**, pues la determinación del problema y su consecuente solución (hipótesis) se sustentan en una investigación dogmático – jurídico.

Por tanto, el primer peldaño para avanzar en este proceso investigativo es el entendimiento real y preciso de las teorías y dogmas que intervienen, es necesaria, entonces, la revisión constante de literatura que pueda esclarecer las dudas que surgirán a lo largo de todo el trabajo.

Por último, el enfoque identificado se basa en que el proceso será flexible y no cerrado, puesto que no existe un procedimiento exacto que nos asegure el éxito en el entendimiento y manejo de los dogmas, por ello se permitirá incluso el regresar a etapas ya desarrolladas con el objeto de comprender y subsanar errores.

1.7 HIPÓTESIS

Las instituciones jurídico – procesales que el Tribunal Constitucional peruano utiliza, amparándose en su autonomía procesal, para justificar implícitamente su intervención en el ámbito político son: La Inconstitucionalidad por Omisión y El Estado de Cosas Inconstitucionales.

1.8 VARIABLES

- a) La intervención política del Tribunal Constitucional peruano a través de su autonomía procesal.
- b) La Inconstitucionalidad por Omisión
- c) El Estado de Cosas Inconstitucionales

1.9 OBJETIVOS

1.9.1 Objetivo General

Determinar las instituciones jurídico – procesales, que utiliza el Tribunal Constitucional peruano, amparándose en la autonomía procesal, para justificar su intervención política.

1.9.2 Objetivos Específicos

- a) Determinar cómo influye la autonomía procesal del Tribunal Constitucional peruano, en su intervención política.
- b) Determinar qué principios está trasgrediendo el Tribunal Constitucional peruano, al utilizar la autonomía procesal como fundamento para introducir las instituciones jurídico – procesales que determinan su intervención política.
- c) Proponer algunos límites de razonabilidad al Tribunal Constitucional peruano, cuando haga uso de instituciones jurídico – procesales, amparándose en su autonomía procesal; a fin de evitar una posible extralimitación judicial durante el ejercicio de control, para reestablecer el orden de los poderes estatales.
- d) Analizar los alcances y efectos políticos de la Inconstitucionalidad por Omisión y el Estado de Cosas Inconstitucionales.

- e) Diseñar una lista de las características que deben presentar las instituciones jurídico – procesales para determinar la intervención política del Tribunal Constitucional peruano.

1.10 LISTA DE ABREVIACIONES

Las abreviaciones que se utilizarán lo largo de este trabajo investigativo serán los siguientes:

- a) DPC: Derecho Procesal Constitucional
- b) Exp.: Expediente
- c) LOTC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
- d) STC: Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú)
- e) RAC: Recurso de Agravio Constitucional
- f) RI: Recurso de Inconstitucionalidad
- g) TC: Tribunal Constitucional (Perú)
- h) TCF: Tribunal Constitucional Federal (Alemania)

1.11 ESTADO DE LA CUESTIÓN

El antecedente investigativo que inspiró la elaboración de un trabajo evocado a la intervención política de nuestro Supremo Intérprete de la Constitución, es la Tesis de Maestra en Derecho Constitucional, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, denominada “La Incidencia de la Jurisprudencia Constitucional en el Ámbito de las Políticas Públicas”, cuya autoría pertenece a Ku Yanasupo (2013)

En este contexto, la tesista resaltó la incidencia de la jurisprudencia constitucional, en especial la del Tribunal Constitucional peruano, en el ámbito de las políticas públicas para el goce efectivo de los derechos, ya sea para corregir la omisión estatal, impulsar reformas legales e institucionales de los instrumentos que las conforman, o simplemente generar espacios de diálogo social constructivo para que determinadas minorías puedan expresar sus demandas, fiscalizar o impugnar las decisiones del poder estatal.

Para tal fin, tuvo como objetivo eje identificar y analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que haya tenido incidencia en las políticas públicas con implicancias de índole social, económica y política.

Una vez concluido este trabajo, concluye que las intervenciones de la justicia constitucional en el ámbito de las políticas públicas, hace que cada vez más sea inadmisibles la existencia de espacios exentos de control constitucional, superando la capacidad argumentativa de ciertas doctrinas, como la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables (*political questions*), que buscan contraponer la labor de los jueces constitucionales con las decisiones del poder legislativo y el poder ejecutivo, sustrayéndolas de cualquier tipo de control.

Asimismo, tenemos al artículo de Sánchez Pérez (2007), denominado “Inconstitucionalidad por Omisión: El Tribunal Constitucional Peruano Como Legislador Positivo”, en el que el autor tuvo por finalidad analizar la muy cuestionada Inconstitucionalidad por Omisión. Asimismo, esclarecer la función política desempeñada por el Tribunal Constitucional Peruano, tomando como referencia algunas de sus sentencias para desarrollar de manera sistemática la importancia y finalidad legislativa, resaltando la eficacia normativa de nuestra Constitución, valorando la necesidad de regulación de dicha institución. De donde concluye que la necesidad de regulación de esta figura se fundamenta en una política de estado, donde la omisión legislativa es expresión de interés político.

1.12 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.12.1 Genéricos

En este trabajo se utilizarán los métodos lógicos que se detallan a continuación:

a) Analítico – Sintético

Este método nos permitirá descomponer el problema en variables, las mismas que serán estudiadas de manera individual y, de acuerdo a las implicancias conceptuales que

ob tengamos de este análisis, nuestro estudio desembocará en la formulación de la hipótesis (solución al problema) mediante la síntesis, que dará cuenta de la correlación de dichas variables.

b) Inductivo – Deductivo

Este método nos ayudará a tener claras dos etapas claves para el desarrollo de nuestra investigación: en la primera nos ocuparemos de construir un cuerpo teórico a partir de cada una de las variables, a través de los principios fundamentales en las que se cimientan. Y en la segunda, deduciremos la hipótesis, a manera de ley general, partiendo del cuerpo teórico formulado en un principio.

c) Método Comparativo

Por medio de este método, podremos enfatizar las semejanzas de las instituciones jurídico-procesales, introducidas por el Tribunal Constitucional, amparándose en la “autonomía procesal”, que determinan su intervención política, como agente inductor de cambio social; con la finalidad de concretizar sus características generales.

1.12.2 Propios del Derecho

Al ser esta una investigación enmarcada en el Derecho, es claro que para su configuración haremos uso de métodos propios de la ciencia jurídica, como los siguientes:

a) Método de la dogmática – jurídica

Este método ayudará a cimentar nuestra investigación en determinadas corrientes teóricas, que nos permitirán, por ejemplo, entender la disyuntiva existente entre lo que fue un Estado Legal de Derecho y lo que hoy conocemos como Estado Constitucional de Derecho, y en torno a este último podremos estudiar al neoconstitucionalismo en función a las teorías que aceptan y rechazan la naturaleza política de la justicia constitucional.

Asimismo, por este método comprenderemos en qué medida el Tribunal Constitucional peruano puede configurarse como un agente político convalidante o inductor de cambio social, a partir de las instituciones jurídico – procesales que utiliza en la expedición de sus sentencias.

b) Método jurisprudencial

Este método permitirá analizar los efectos políticos de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano que tomen de referencia a las instituciones jurídico-procesales que el Tribunal Constitucional peruano ha introducido a su quehacer jurisdiccional, amparándose en la “autonomía procesal”.

1.13 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Con el fin de operativizar los métodos antes mencionados se utilizará la **Técnica de Recopilación y Análisis Documental**, en la que se pretense copilar documentos en los que se pueda interiorizar el funcionamiento de los sistemas y principios jurídicos; de esta manera buscaremos sistematizar la siguiente información:

- a) Doctrina especializada en materia constitucional y procesal constitucional.
- b) Sentencias de Tribunal Constitucional que se basen en instituciones jurídicos- procesales.

Además, los instrumentos a emplear serán la **Hoja Guía** y el **Registro de Anotaciones**

1.14 UNIDADES DE ANÁLISIS Y UNIDADES DE OBSERVACIÓN

Nuestra unidad de análisis será cada una de las Sentencias del Tribunal Constitucional peruano en las que se haga uso de La Inconstitucionalidad por Omisión y El Estado de Cosas Inconstitucionales.

1.15 UNIVERSO Y MUESTRA

1.15.1 Universo

El universo está constituido por el conjunto de Sentencias del Tribunal Constitucional peruano en las que se haga uso de La

Inconstitucionalidad por Omisión y El Estado de Cosas Inconstitucionales, desde el año 2003 hasta la actualidad.

1.15.2 Muestra

Para efectos de este trabajo investigativo, la muestra estará constituida por cinco Sentencias del Tribunal Constitucional peruano en las que se haga uso de La Inconstitucionalidad por Omisión; y por tres, en las que se verse sobre El Estado de Cosas Inconstitucionales.

CAPÍTULO II

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU IMPLICANCIA EN LA POLÍTICA

2.1. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO EL NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO, LA DEMOCRACIA Y LA POLÍTICA

El comenzar esta investigación desarrollando el tema del neoconstitucionalismo, nos parece la forma más coherente de contextualizar el problema planteado y dotarlo de una dinámica tal, que nos permita desembocar orgánicamente en la comprobación de la hipótesis.

Ello es así, porque uno de los principales pilares de este trabajo es la comprobación del actuar político del Tribunal Constitucional peruano (en adelante TC), que solo encontraría asidero, en un modelo de Estado que propugne, como tesis principal, el deber estatal de proteger los Derechos Fundamentales, como un mecanismo para limitar el poder; concepto que resume adecuadamente – sin pretender ser mezquinos con tan compleja teoría – al Estado Constitucional de Derecho.

Ahora bien, en diversos textos se habla del nacimiento del Constitucionalismo como el “nuevo paradigma” del siglo XX, atribuyéndole a esta teoría la acepción de un “nuevo modelo³” estatal; sin embargo nos parece más acertado el asignarle el concepto de una “nueva cosmovisión⁴”, es decir, que debe entenderse al Constitucionalismo como una forma diferente de percibir el mundo; y en efecto, así sucedió después de la fatídica experiencia de la Segunda Guerra Mundial, durante la cual el hombre fue sometido a un Estado Legicentrista, que trajo consigo genocidios, guerras, destrucción masiva de vidas, control sobre las conciencias, etc.

³ Según se desprende del Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario. Actualizado al 2017

⁴ Cosmovisión, en el sentido del concepto alemán *Weltanschauung* (visión del mundo) creado por el filósofo Wilhelm Dilthey (1914).

Como no podía ser de otra forma, después de las tragedias que marcaron la primera mitad de siglo pasado, era imprescindible buscar un patrón más justo de estado, que se alejara del cualquier indicio de totalitarismo, dando inicio así, a los que se ha pretendido conocer como la crisis del principio iuspositivista de separación entre el derecho y la moral (Ferrajoli, 2016)

Es así que se suele decir que esta inescindible relación entre el derecho y la moral, encuentra su base axiológica en la idea de dignidad, directriz de todo texto constitucional, que pone énfasis en la preeminencia de los derechos fundamentales (Figueroa Gutarra, 2018). Sin embargo, atendiendo a una tesis menos idealista que la descrita, el maestro Ferrajoli actualiza acertadamente y con una visión más crítica de la realidad, las ideas Kelsenianas al establecer que:

(...) el derecho es otra cosa que la moral, dado que la positividad de una norma, aunque sea de rango constitucional, no implica justicia, siendo siempre posible que ella (por todos o también por algunos) sea considerada injusta o inmoral; que la tesis según la cual la justicia de una norma no es ni una condición suficiente ni una condición necesaria de su validez. (Ferrajoli, 2016, pág. 131)

Pese a que podría pensarse que la idea descrita por el doctrinario italiano, tergiversa sustancialmente al Constitucionalismo al poner en la mesa la idea de la separación entre el derecho y la moral, somos de la creencia que esta tesis no hace más que reforzar sus postulados, pues lo que se pretende es poner en un mismo plano a estos dos conceptos – a diferencia del Legalismo que los ponían en planos completamente diferentes – en donde se mantienen independientes el uno del otro, hasta que se suscite un momento crítico en donde la moral tiene que superponerse a las normas jurídicas, por considerarse estas injustas para algunos (donde se podría aplicar el control difuso) o para todos (donde es pasible de aplicación la Inconstitucionalidad). De esta manera, entendemos que la autonomía entre el derecho y la moral, no excluye su dinámica interacción.

Además, cabe precisar que esta discusión sobre la correspondencia, o no, del derecho y la moral, suele ser uno de los temas más frecuentes entre los

constitucionalistas contemporáneos, hecho que, sin embargo, no ha logrado esclarecer objetivamente la problemática. Empero, nos parece oportuno hacer mención a una de las críticas sobre el trabajo del maestro Ferrajoli en torno a este tema, así pues, se dice que para la dimensión sustancial de la democracia (en complemento con su dimensión formal, que ha de desarrollarse más adelante), la interpretación se muestra como un elemento imprescindible, con la finalidad de comprobar la compatibilidad de una norma jurídica con la constitución. Ahora bien, Ferrajoli ha precisado que el ejercicio interpretativo “está supeditado a opciones morales y ético – políticas”; con lo que se concluye que existe una indefectible relación directamente proporcional entre el trabajo interpretativo y la evaluación moral. (Pino, 2016)

2.1.1. Acepciones del Neoconstitucionalismo

Pese a que el Constitucionalismo es quizás uno de los mayores logros obtenidos desde el siglo pasado, logrando reivindicar la naturaleza del ser humano, hoy se ha esgrimido un nuevo término para identificar la evolución de este paradigma: El Neoconstitucionalismo.

Por tanto, al ser un concepto repotenciado, es natural que en su definición encontremos acepciones que deben estudiarse de forma sistemática para obtener su cabal entendimiento, así pues, Commanducia identifica al Neoconstitucionalismo como una teoría, una ideología y una metodología. (Figueroa Gutarra, 2018)

2.1.1.1. El Neoconstitucionalismo como teoría

Como teoría del derecho, en contraposición con lo que propugnaba un Estado Legicentrista⁵, el Neoconstitucionalismo busca describir los caracteres

⁵ Los esquemas del Estado Legicentrista podían resumirse en cuatro fórmulas, las cuales son magistralmente esbozadas por Robert Alexy: norma en vez de valor, subsunción en vez de ponderación, independencia del derecho ordinario en vez de la omnipresencia de la Constitución, y autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución en lugar de la omnipotencia judicial apoyada en la Constitución (Ku Yanasupo, 2013)

especiales que se constituyen como logros del proceso de Constitucionalización, cuyo fin último es la racionalización del poder político, social y la administración estatal; así estas notas distintivas son las siguientes (Figueroa Gutarra, 2018):

a) Más principios que reglas

La doctrina más difundida, en función a la distinción entre reglas y principios es la de Alexy, ello como parte de sus reflexiones acerca de las normas constitucionales:

Los principios constitucionales consisten en “mandatos de optimización (...) algo que ordena que sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes”, (...) en contraste las reglas constitucionales “son normas que solo pueden cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos” (Barak, 2017, págs. 62 - 63)

Bajo estos considerandos, es indudable que ambas categorías difieran considerablemente en cuanto a su estructura y funcionalidad frente a un conflicto normativo. De esta manera, muchos doctrinarios especifican, en cuanto a las reglas, que ellas presentan una construcción silogística, conformada por una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión; ello en claro contraste con los principios, cuya referencia más clara es la de los Derechos Fundamentales, que tienen al contenido constitucionalmente protegido, como su base estructural por excelencia (Bernal Pulido citado por Figueroa Gutarra, 2018).

Asimismo, otra manifestación de sus diferencias sustanciales, se presenta en un contexto de conflicto

normativo, pues cuando ello concurre en presencia de reglas, de acuerdo a Alexy, solo se tiene dos opciones: una de las reglas es invalidada o se opta por introducir una excepción⁶. De otra parte, en cuanto a los principios, la situación conflictiva solo encuentra solución por medio de la ponderación, otorgándole ciertos pesos a cada uno de ellos, con lo cual se descarta cualquier posibilidad de invalidez (Barak, 2017)

En antes se tuvo la oportunidad de mencionar la definición esgrimida por Alexy en cuanto a los principios. Sobre el particular, se mencionaba que la realización de ellos, en mayor medida, solo era posible en tanto confluyeran “posibilidades jurídicas y fácticas”, que se constituyen en “reglas adscritas de Derecho Fundamental” que, a su vez, se manifiestan en reglas constitucionales de proporcionalidad, que prescriben el conjunto de restricciones permitidas – tanto jurídicas como fácticas – frente al peso que se le debería otorgar a cada principio (Barak, 2017)

De acuerdo a Barak (2017), la mencionada restricción de las “reglas adscritas de Derecho Fundamental”, a

⁶ Por esta premisa, debe hacerse una clara distinción entre un conflicto genuino y uno aparente entre los Derechos Fundamentales compuestos por reglas, pues las dos opciones a las que se hace referencia solo serán aplicadas, siempre que esta confrontación sea genuina, es decir, si no es posible que sea resuelto por medio de un proceso interpretativo. Ahora, el determinar qué procedimientos debe seguirse para establecer qué regla debe ser excluida del ordenamiento jurídico, es una discusión que sobrepasa la finalidad de esta tesis. De esta manera, ha de entenderse que en el sistema peruano, frente a una confrontación que implica la aplicación de una regla frente a otra, no es necesario recurrir a la invalidez de una de ellas, pues en sede ordinaria, los jueces se encuentran habilitados a inaplicar una de ellas, bajo la premisa del control difuso, con ciertos criterios como que la norma posterior deroga a la norma anterior (*lex posterior derogat legi priori*) o cuando se prescribe que la regla específica prevalece sobre la regla general (*lex specialis derogat legi generali*)

Por otro lado, queda claro que, al encontrarnos frente a un conflicto aparente, este sí podrá ser resuelto a través de un proceso interpretativo (Barak, 2017)

diferencia de lo que propugna Alexy⁷, solo opera a nivel infraconstitucional (ya sea esgrimiendo una Ley o con la constitución de una decisión judicial), afectando exclusivamente la realización de los derechos involucrados, más no la validez de su supuesto de hecho.

Ahora bien, una de las importantes contribuciones del TC, se da a través del caso Lizana Puelles⁸, que

⁷ En confrontación con su teoría de los derechos fundamentales prima facie, que entiende que estos no son definitivos, al ser razones para la acción que pueden ser superadas por razones puestas, ya sean jurídicas o fácticas.

⁸ STC 05854-2005-PA/TC

En este caso, el Señor Lizana, era Alcalde de e la Municipalidad Distrital de Canchaque, provincia de Huancabamba, departamento de Piura, ante una solicitud de vacancia por parte de un ciudadano, se convoca a una Sesión de Consejo Extraordinaria, donde se declara improcedente la solicitud de vacancia por causal de nepotismo.

El solicitante de la vacancia, apela al JNE y este último declara la vacancia del Sr. Lizana del cargo de Alcalde Distrital. Ante ello el Sr. Lizana recurre en recurso de agravio constitucional contra la sentencia de la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, que declaró infundada su demanda de amparo. Ante ello el JNE argumenta que es su competencia declarar la vacancia de los cargos elegidos mediante sufragio directo, que los actos de nepotismo quedaron plenamente acreditados en sede del JNE, que su resolución respetó el derecho fundamental al debido proceso y que al pretenderse vía amparo dejar sin efecto una resolución emitida por el JNE, se afectan los artículos 142° y 181° de la Constitución que establecen que contra las resoluciones dictadas por el JNE, no procede recurso alguno.

Si bien es cierto, el Tribunal Constitucional, declaró infundada la demanda bajo el argumento, que el recurrente pretendía que el Tribunal Constitucional realice una interpretación de la legislación electoral acorde con la Constitución en la administración de justicia electoral que el inciso 4) del artículo 178° de la Constitución confía al JNE, lo que a criterio del Tribunal resultaba inaceptable.

Sin embargo en el análisis que realiza en su sentencia, se plantea la siguiente interrogante: ¿es posible afirmar que todo poder está sometido a la Constitución y a los derechos fundamentales que ella reconoce, y a la par sostener que los actos de estos poderes están relevados de control constitucional, pese a que contravienen la Constitución y los derechos fundamentales?, para absolver dicha pregunta, el Tribunal Constitucional recurre a los principios de interpretación constitucional, señalando que es inconstitucional la interpretación aislada de los artículos 142° y 181° de la Constitución, pues dicha interpretación confunde la autonomía que ha sido reconocida constitucionalmente al JNE con autarquía, pues pretende que sus resoluciones no sean objeto de control constitucional en aquellos casos en los que resulten contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental. Lo que equivaldría a sostener que para el JNE, tales principios y derechos no resultan vinculantes, además de ello, el Tribunal Constitucional, hace mención a los tratados en materia de derechos humanos, lo que le otorga, sin lugar a dudas, mayor fuerza argumentativa para descartar la interpretación no sólo errónea, sino inconstitucional del JNE.

Aparte de ello, el Tribunal Constitucional, declara precedente vinculante:

Que toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a

esgrime una serie de principios de interpretación constitucional⁹, que dotan al ámbito iusfundamental de un nivel superior, en función a los principios que pueden adoptarse en sede ordinaria. Estos principios son: la unidad de la Constitución¹⁰, de concordancia práctica¹¹, de corrección funcional¹², principio de función integradora¹³ y de fuerza normativa de la Constitución¹⁴

b) Más ponderación que subsunción

Antes de seguir con el desarrollo de este apartado, debemos entender que resulta necesario contextualizar nuestro estudio dentro de lo que se denomina la "interpretación constitucional", la misma que solo será tal, siempre que el derecho al que se

través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente

⁹ Suscritos por Konrad Hesse en 1992, su obra "Escritos de Derecho Constitucional"

¹⁰ El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

¹¹ El principio de concordancia práctica : En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica" se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1^o de la Constitución).

¹² 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.

¹³ El principio de función integradora: El "producto" de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

¹⁴ El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

haga alusión se encuentre dentro del supuesto de hecho de una norma constitucional (Barak, 2017)

Ahora bien, líneas arriba, ya se habían explicado ciertos tópicos a cerca de la interpretación a nivel iusfundamental; pero a ello debemos añadir que “una de las principales funciones de la constitución es la de permitir a cada sociedad enfrentar con éxito las circunstancias cambiantes del tiempo” (Barak, 2017, pág. 89), por ende, en cada proceso interpretativo hemos de tomar en cuenta la finalidad constitucional, la misma que “se puede deducir a partir del lenguaje usado en el texto, de la historia, de la cultura y de los principios fundamentales de la nación” (Barak, 2017, pág. 71); ello sin olvidar que nuestra texto constitucional debe estar orientada seguir los valores que emanan del neoconstitucionalismo, paradigma que servirá de soporte para armonizar la intención de los creadores de nuestra Carta Magna, con las perspectivas y valores actuales, convirtiéndola en un mecanismo dinámico y lo suficientemente flexible, como para no ser obsoleta.

De este modo, la dimensión interpretativa de la Constitución debe tener un correlato directo con la interpretación, entendida esta como parte de la actividad cognitiva del ser humano que sirve para dar “buenas razones”, tanto desde la perspectiva de la norma constitucional como de los hechos que subyacen a ella, convirtiendo a este tipo de interpretación en un concepto omnicompreensivo (Figuroa Gutarra, 2018)

Sin embargo, en un estado con el título de Neoconstitucional, la interpretación en sede constitucional merece ser abordada con un nivel de abstracción mayor, en tanto, estamos hablando de conflictos que tienen como protagonistas a los derechos fundamentales; intentado que esas “buenas razones”, encuentren sustento dentro de cuestiones que atañen, no solo a la juricidad, sino en mayor medida, a la moralidad.

Ello se debe tener en cuenta pues, según el discurso de Atienza, en el ámbito constitucional, los casos más comunes son los que se denominan difíciles y trágicos; respecto a los primeros se encuentra formados por un número mayor de premisas que los casos fáciles, que solo requieren de una premisa mayor, una menor y una conclusión; prescindiendo de una labor interpretativa. En función a los casos trágicos, encontramos en ellos, verdaderos dilemas morales, respecto a la discrecionalidad que debería ejercer el juez constitucional (Ku Yanasupo, 2013)

De lo anterior, es posible argüir que en los casos fáciles solo se ejerce una actividad de subsunción, que es considerada ciertamente en desuso, ello por la complejidad que el Derecho ha adquirido, denominándola comúnmente como la “función mecánica de la función jurisdiccional” (Recanses Siches citado por Figueroa Gutarra, 2018, pág. 53)

Ahora bien, retomando lo referente a la interpretación a nivel constitucional: esta encuentra un aliado idóneo al confrontarse con disyuntivas que tienen de por medio Derechos Fundamentales; en perspectiva

estamos hablando de la ponderación como método interpretativo de los principios, que en buena cuenta asegura que estos mantengan su jerarquía como tal, dentro del ordenamiento jurídico, atribuyéndole a alguno de estos Derechos en conflicto una “jerarquía móvil”. Ello bajo el análisis de tres subexámenes importantes: el de indoneidad, el de necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha (Figueroa Gutarra, 2018)

Pese a que las dos primeras merecen ser ahondadas con mayor énfasis, solo haremos referencia al principio de proporcionalidad¹⁵ – de acuerdo a los fines pedagógicos de este trabajo – así pues, en referencia a él, debemos mencionar que este otorga a la argumentación constitucional, esa carga axiológica que ponen a los operadores del Derecho en una verdadera disyuntiva moral¹⁶, de la que se hablabamos en antes al referirnos a los casos trágicos.

Una característica adicional que debemos añadir a este principio, a modo de corolario, es que con este subexamen el TC “mide el grado de intervención del poder público respecto de un derecho fundamental”

¹⁵ (Barak, 2017) nos da una referencia sobre el concepto que se le podría atribuir a este principio: La “ponderación” corresponde a un proceso analítico que ubica el fin de la medida restrictiva a un lado de la balanza y el derecho fundamental que se restringe al otro lado de la misma, con el objeto de ponderar el beneficio que se obtiene a través del fin adecuado y la vulneración causada al derecho (pág. 378)

¹⁶ Grimm citado por Barak (2017), nos da una muestra de la naturaleza moral de este principio: Supóngase una ley que permita a la policía disparar a una persona (incluso si el disparo conduciría a que la persona fallezca), si esta es la única forma de evitar que dicha persona dañe la propiedad de otra persona. Esta ley está diseñada para proteger la propiedad privada y, por consiguiente, su fin es adecuado. De acuerdo con el propio texto de la disposición, se puede emplear solo el medio determinado por la ley solo cuando no exista otro medio para proteger la propiedad sin sacrificar la vida humana. Por consiguiente, la ley cumple también con el test de necesidad. No obstante, la ley sigue siendo inconstitucional debido a que la protección de la propiedad privada no puede justificar el sacrificio de una vida humana (pág. 378)

(Figuerola Gutarra, 2018, pág. 55); con lo cual se pone en evidencia que el examen de proporcionalidad, en toda su extensión, es una manifestación expresa del neoconstitucionalismo, recordando que su esencia radica, precisamente, en la regulación del poder.

Por añadidura, debemos entender que, en el ámbito de los principios, la interpretación en sede constitucional, es un eje de primordial importancia, pues dota a los derechos fundamentales de una dinámica tal que, de ser razones débiles durante la fase de creación del derecho, pasan a un limbo diferente en sede jurisdiccional, constituyéndose así en razones fuertes. Caso típico de ello, es el derecho al trabajo, que mientras sea una norma escrita que forma parte de la Constitución será un reflejo axiomático de la dignidad del ser humano, hecho que se transforma por la actividad interpretativa de los operadores jurídicos, que atañen a este derecho un mandato para el empleador de no realizar despidos arbitrarios, fraudulentos o nulos, por ser contrarios a la Constitución (Figuerola Gutarra, 2018)

c) Superioridad, normatividad y omnipresencia de la Constitución

Ferrajoli, identifica la rigidez de una constitución – entendida como un rasgo que le impide ser modificada a menos que sea por medio de un procedimiento especial, largo y gravoso – como un rasgo característico que la puede dotar tanto de superioridad como de normatividad; sin embargo esta tesis es largamente rebatida cuando se dice que tal preeminencia se debe al control constitucional de la Ley, sin el cual, tanto la Ley como la Constitución

estarían al mismo nivel en cuanto a fuerza normativa y al rango de jerarquía de fuentes del Derecho. (Pino, 2016)

Por otro lado, cuando hablamos de normatividad de la Constitución, según Pino, (2016), este concepto debe entenderse como “la capacidad de la Constitución de penetrar en el ordenamiento jurídico, de ser respetada por los agentes jurídicos y políticos y los mismos ciudadanos”¹⁷ (pág. 287); así pues, tal normatividad no puede estar relacionada, ni siquiera con un lenguaje metafórico, a algún particular mecanismo de revisión.

Sin duda, tanto la superioridad como la normatividad de la Constitución, son instituciones con una relación causa – consecuencia, pues si nuestra Norma Magna no se encontrase en la cima de la pirámide Kelseniana (en lo referente a la superioridad), entonces su influencia con los vínculos jurídicos y políticos, sería inexistente (en lo referente a la normatividad).

Por lo tanto, habiendo dejado sentado que la rigidez de la Constitución se muestra irrelevante en la posición que esta ha tomado en el plano jurídico y político, tanto más debe excluirse si pretende formar parte del fundamento de su omnipresencia en todas las áreas jurídicas.

¹⁷ Sin duda, esta definición ha servido como base para esgrimir uno de los principios que el TC ha asumido, como directriz, en el desarrollo de su tarea interpretativa:

El principio de la fuerza normativa de la Constitución: la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución, como norma jurídica, vinculada en toto y no solo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder jurídico (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto (STC 05854-2005-PA/TC F.J. 12. Caso Lizana Puelles)

Ahora bien, ha de entenderse que la omniprecencia constitucional, es una prerrogativa que encuentra respaldo en dos de los principios que el TC, ha tomado como referencia en su actuar interpretativo: el principio de la unidad de la Constitución¹⁸ y el principio de concordancia práctica¹⁹.

Respecto al primer principio, este está orientado a entender al sistema jurídico como un "bloque" en cual todos los preceptos normativos están subsumidos, formando un sistema exento de incoherencias, incompatibilidades y vacíos (Figueroa Gutarra, 2018)

Por tanto, en función a este principio, toda incongruencia entre una norma y la Constitución, solo debe ser concebida como aparente, pues aquella le debe sujeción a esta²⁰

De otro lado la idea que subyace al principio de concordancia práctica, es la optimización de la interpretación, exaltando toda manifestación que se derive de los Derechos Fundamentales, como principios, valores o directrices. Tanto es así que, la

¹⁸ **El principio de unidad de la Constitución:** Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto (STC 05854-2005-PA/TC F.J. 12. Caso Lizana Puelles)

¹⁹ **El principio de concordancia práctica:** En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica" se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución) (STC 05854-2005-PA/TC F.J. 12. Caso Lizana Puelles)

²⁰ Es por eso que si la confrontación se presenta entre principios, lo más adecuado es recurrir a la ponderación; y, en caso de las reglas podremos tomar mano la inaplicación de una de ellas, siempre que estemos frente a un conflicto genuino. Ello sin perjuicio, de que se compruebe que una norma – regla sea manifiestamente inconstitucional, frente a lo cual el TC está facultado para actuar como legislador negativo.

prerrogativa es no sacrificar ningún contenido constitucional, así el intérprete está obligado a elegir la prevalencia de uno de ellos (Figueroa Gutarra, 2018).

Como habíamos expresado líneas arriba, la omnipresencia de la Norma Magna se vale de estos dos principios para justificarse, por tanto cualquier situación que en la que exista una supuesta contrariedad de carácter constitucional, esta debe ser resuelta, vía interpretación, bajo criterios de optimización de los Derechos Fundamentales; en consecuencia, el control de la Constitución, entendida como un valor supremo, tiene presencia perenne en cada una de las manifestaciones de actividad jurídica y política.

2.1.1.2. El Neoconstitucionalismo como ideología y metodología

De lo anterior, es fácil deducir que existen dos rasgos distintivos que hacen del neoconstitucionalismo un verdadero paradigma: la limitación constante del poder y la necesidad imperante de garantizar los derechos fundamentales; de hecho, como ideología, neoconstitucionalismo mantiene a ambos factores en permanente interrelación, pues se procura que las actividades del poder legislativo y judicial tengan como fin último la garantía y, por ende, la concretización de los derechos fundamentales.

Es por ello que el neoconstitucionalismo como ideología, es identificada, además, como “la mejor o más justa forma de organización política”, pese a ello, debe advertirse que esto no implica que aquel sea una panacea a todos y cada una de las divergencias democráticas contemporáneas (Figueroa Gutarra, 2018)

Por otra parte, Desde el punto de vista metodológico, el neoconstitucionalismo, encuentra fundamento en el positivismo metodológico, que entre sus principales precursores se encuentran a Ferrajoli, que intenta actualizar el iuspositivismo de Kelsen, frente a la separación entre del Derecho y la moral; tema sobre el cual ya se han hecho comentarios al comenzar este capítulo.

2.2. DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES INFRANQUEABLES DEL PODER POLÍTICO

Es necesario empezar este apartado reflexionando sobre el rol que desempeña la democracia dentro de nuestro Estado de Derecho. Pues sin duda, es un término con rango constitucional, no solo porque es mencionado a lo largo del texto de la Carta Magna en reiteradas oportunidades; sino porque, de una interpretación constitucional sistemática podemos concluir que es un principio organizativo²¹ de muchas de las nociones fundamentales que subyacen a la Constitución.

Por tanto, a la democracia, como parámetro interpretativo, se le debe reconocer un alcance operativo²² y no solo declarativo. En virtud de lo expuesto, la democracia debe ser entendida de forma expansiva, es decir, se le debe atribuir, no solo un significado formal sino sustancial, lo cual resulta ser un requerimiento constitucional; ello con la finalidad de precisar el vínculo que existe, en un plano iusfundamental, entre la democracia y los derechos fundamentales (Barak, 2017)

²¹ Barak (2017) aduce que la democracia es un principio organizativo de otros principios fundamentales: la independencia judicial, la separación de poderes y el Estado de derecho. Es por ello, que la democracias, debe ser considerada como una parte integral de la constitución.

²² Un ejemplo explícito de ello, es lo mencionado en el Artículo 3° de la Constitución Política del Perú, pues de reconocerse otros derechos fundamentales, estos deben estar investidos de una clara naturaleza democrática. De mismo modo, en el Artículo 188°, se debe establecer que, en cada una de las etapas del proceso de descentralización, la noción democrática debe estar omnipresente.

Siendo que la democracia es vista, contemporáneamente como una acepción multidimensional, es preciso dejar en claro que una de los significados de mayor dominio histórico es el referente a su legitimación formal, en tanto se basa en el principio de mayoría y representación; es decir, en esta faceta democrática se establece el “quién”²³ y el “cómo”²⁴, de la producción normativa. Esta dimensión, aunque primitiva, es una condición necesaria para esgrimir a cabalidad a la democracia; aunque no suficiente, pues no garantiza en absoluto la bondad de las decisiones políticas, por lo que su único fundamento axiológico es la igualdad que se enmarca en el ejercicio del sufragio universal (Ferrajoli, 2016)

Por tanto, la dimensión que esboza de manera suficiente el precepto democrático es la sustantiva, que responde al respeto de las normas constitucionales o los derechos fundamentales, es decir; prioriza el “qué” de las decisiones políticas, haciendo alusión a su contenido. Por tanto, hace referencia a las decisiones públicas que *deben* ser adoptadas²⁵ y las decisiones públicas que *no deben* ser adoptadas²⁶ (por ejemplo, las que violan derechos fundamentales) (Ferrajoli, 2016)

Asimismo, Ferrajoli (2016), ramifica estas dos dimensiones, la formal y sustancial, en otros dos criterios: así pues, la dimensión formal abarca tanto la dimensión “política”, constituida por los derechos políticos y que se concretiza en la autodeterminación de la esfera pública; como la “civil” conformada por los derechos civiles y que explica la actividad negociadora de los actores privados. De otra parte, la dimensión sustancial se desarticula en una democracia “liberal” que se distigue por los derechos de libertad y autonomía que *no deben* ser perjudicados por las decisiones

²³ Las normas de competencia que atribuyen los poderes de gobierno a órganos representativos.

²⁴ Las normas procesales en el sufragio universal y sobre el principio de mayoría.

²⁵ Ferrajoli (2016) llama a esto como la esfera de “lo indecible que no”, determinada por los conjuntos de derechos sociales, los cuales imponen en cuanto, exceptivas positivas, decisiones directas para satisfacerlas; cuyo incumplimiento genera lagunas.

²⁶ Ferrajoli (2016) llama a esto como la esfera de “lo indecible que”, determinada por los conjuntos de derechos de libertad y de autonomía, los cuales impiden, en cuanto expectativas negativas, decisiones que pueden reducirlos; cuyo incumplimiento genera antinomias.

públicas; y, en una democracia “social”, consituidas por los derechos sociales que deben ser ejecutados por tales decisiones públicas.

A pesar de que no negamos la coherencia de esta teoría, coincidimos, con algunos detractores de este modelo, en que existe, en lo relativo a la democracia “civil”, una noción que no se condice con la democracia en sí misma, ya que esta pretende esbozarse como un conjunto de métodos, formales o sustanciales, de adopción de las decisiones colectivas. De esta manera, no se entiende cómo la celebración de un negocio jurídico entre privados puede ser parte de este modelo (Pino, 2016)

Aunado a ello, debemos precisar que esta teoría presenta, además, otra deficiencia – que merece mayor análisis del que podríamos darle aquí, por escapar del objeto de este trabajo investigativo – así pues, como hemos podido advertir, la ramificación que realiza Ferrajoli, en torno a la democracia, solo se circunscribe a los derechos de primera y segunda generación; soslayando a los de tercera, incluso a los de cuarta – para quienes preciden la teoría de estos derechos. Pese a ello, creemos que de tomarse en cuenta esta modesta crítica, el modelo esbozado por Ferrajoli podría repotenciarse y resultar más dinámico para la realidad que constantemente muta.

Pese a las diferentes críticas que se le pueda dar a la democracia sustantiva, ello no significa que sea obsoleta para nuestro estudio; siendo ello así, el modelo cuadrimensional de democracia que nos presenta Ferrajoli, se explica de acuerdo a la clasificación de los derechos fundamentales (políticos, civiles, de libertad y sociales); de ahí el vínculo inescindible de nuestro modelo democrático con tales prerrogativas. Por lo tanto, el poder político, desplegado en cualquiera de sus actores, ha de tener como límites a estos derechos, sobre todo en lo concerniente a la esencia de las decisiones que emana, tanto en lo que se debe hacer, como en lo que no.

2.3. EL ROL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE LA DEMOCRACIA

El protagonismo que ha tomado la actividad de los jueces constitucionales, es quizás, la evidencia más clara que ya no estamos frente a estado legalista; de hecho, Ferrajoli (2016) enfatiza ello mediante, lo que ha denominado: “garantías secundarias o jurisdiccionales” – en contraposición de a las “garantías primarias”²⁷ – cuya finalidad esencial, es reparar las anomalías del sistema normativo y su posible violación de derechos fundamentales.

De hecho, la justicia constitucional resulta prevalente frente a la ordinaria – que se identifica, en gran medida, con el positivismo jurídico puro – cuyo fundamento principal es la urgencia de tutela que merecen los derechos fundamentales que, como ya se había mencionado, necesitan de parámetros interpretativos más complejos con reiterada incidencia en los principios *pro homine*, *favor processum*, entre otros; en contraste con el principios de legalidad, supremacía de la Ley, congruencia procesal, etc.

No obstante, en la lucha por posicionar el ejercicio de los jueces constitucionales se han hallado, a lo largo de la historia, importantes líneas detractoras, entre ellas, lo que se conoce como el “argumento contra – mayoritario”, que propugna la falta de legitimidad de estos magistrados para invalidar manifestaciones legislativas, de un parlamento que es producto de la decisión popular, en un marco democrático. Por tanto, son acusados de extralimitarse en sus atribuciones, que debiesen ser meramente jurídicas, para inmiscuirse en los procesos políticos, propios de la democracia.

²⁷ Ferrajoli (2016), identifica a estas “garantías primarias” con el principio de legalidad. Asimismo, precisa:

Que donde quiera que esté un poder deben existir normas primarias, formales y sustanciales que regulen el ejercicio sometiéndolo a los límites y las restricciones, es decir, a prohibiciones y obligaciones, en los cuales consisten las garantías primarias, negativas y positivas, de los derechos fundamentales constitucionalmente estipulados (pág. 124)

Pese a ello, encontramos en esta teoría espacios insostenibles: Así pues, en primer lugar, se intenta reducir el concepto de democracia a su nivel formal, olvidando que ella ha hallado un fundamento más coherente en el contexto neoconstitucional, en su faceta sustancial, donde se analizan las decisiones de aquellos que fueron elegidos por mecanismos legítimos, demostrando que no siempre, la expresión mayoritaria es respetuosa de los derechos fundamentales. Por ello, es que creemos que la actividad de los jueces es sustancial en este punto.

Sin embargo, hay quienes arguyen que las decisiones de los magistrados constitucionales, pueden estar revestidas, en igual medida que los políticos, de arbitrariedad²⁸; hecho que hasta cierto punto puede entenderse, sobre todo en el proceso de ponderación, donde en el sub examen de proporcionalidad siempre confluyen elementos axiológicos ineludibles. Es por ello que debemos recordar las palabras de Prieto Sanchís, quien señala:

Si se quiere una Constitución axiológica y de principios, una Constitución normativa compuesta de normas materiales o sustantivas, se debe pagar un precio, y ese precio es confiar a los jueces la última palabra sobre la ley, aunque ello condicione -no pocas veces y de manera decisiva la acción del legislador (citado por Ku Yanasupo, 2013, pág. 48)

Asimismo, otra de las críticas que se han esbozado en este punto y que, de hecho, tiene un tinte más pragmático, es que por medio de este pensamiento se ha encontrado la excusa perfecta para facilitar la tarea de diseñar políticas públicas²⁹, que pretenden estar dirigidas a una población homogénea, absorbiendo el principio de igualdad y, con él, el concepto de inclusión y tolerancia. En otras palabras, si asumimos las decisiones de los políticos sin más, corremos el riesgo de favorecer los derechos de la mayoría, dejando de lado a las minorías, para quienes, bajo esta idea, los

²⁸ Ello en contraposición a los que postula Dworkin (citado por Sumaria Benavente & Vassallo Efftha, 2008), quien sustenta que, en el modo de razonar de los jueces frente a la forma de razonar de las legislaturas, sugiriendo que el razonar de los jueces provee una mejor forma de deliberación que garantiza la sujeción a principios a diferencia de la legislatura en donde el proceso mayoritario puede favorecer compromisos que pueden subordinar los principios.

²⁹ El diseño de las políticas públicas, son un monopolio exclusivo del Legislativo y el Ejecutivo, que tienden a ser impulsadas por la rama jurisdiccional, específicamente por las altas Cortes.

derechos fundamentales no tendrían alcance. Situación que solo encuentra solución bajo el enfoque garantista de los jueces constitucionales (Ku Yanasupo, 2013)

2.4. EL DINAMISMO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: DE LA JUSTICIA A LA POLÍTICA Y VICEVERSA

Hasta aquí, hemos podido evidenciar que el rol de la jurisdicción constitucional tiene claras implicancias en las decisiones de los poderes públicos que, en sí mismos, tiene una naturaleza política³⁰; sin embargo, lo que no suele ser tan claro, es que la actividad de estos magistrados, ya no se circunscribe a un ente de control normativo posterior, sino que en ese ínterin, el TC está desnaturalizando este tradicional enfoque, convirtiéndose en un nuevo actor político, a la par con el poder legislativo y ejecutivo; cuyas decisiones tienen consecuencias de naturaleza económica, cultural, religiosa, educativa, etc. De ahí que Bachof opine que “el juez constitucional no puede ni debe perder de vista las consecuencias de su sentencia – consecuencias a menudo eminentemente políticas” (citado por Ku Yanasupo, 2013, pág. 54)

Este paulatino cambio en las funciones de las cortes constitucionales – de órganos de control a actores político – es más claro si entendemos ciertos aspectos de las corrientes judiciales que han regido la naturaleza de las labores desempeñadas por estos tribunales en diferentes contextos históricos y/o geográficos. Y que, además por medio de sus postulados, han hecho que el conflicto entre en la justicia y la política se vea más acentuado, exaltando los peligros que podría acarrear si una Corte se toma la atribución de revisar temas reservados a la decisión política.

Así pues, nos referimos a la corriente judicial auto-restrictiva (*judicial self-restraint*) que la Suprema Corte de Estados Unidos adoptó para la solución

³⁰La naturaleza política del TC, como órgano revisor de normas, se debe principalmente a que, gracias al paradigma del Estado Constitucional contemporáneo la Constitución tiene una naturaleza binaria o mixta (norma política y jurídica). Así, el Tribunal Constitucional a diferencia de los demás órganos jurisdiccionales tiene como objeto de interpretación y aplicación a una norma que es jurídica y política a la vez. En consecuencia, los fallos que emite el guardián de la Constitución necesariamente tendrán efectos políticos y jurídicos. En términos sencillos esa es la razón por el cual las sentencias que expide el máximo intérprete de la Constitución tienen efectos políticos y jurídicos (Ortiz Gaspar, 2014)

de casos difíciles y la corriente del activismo judicial (*judicial activism*) que tuvo su origen en la decisión *Marbury vs. Madison* en 1803 y que en su versión más desarrollada niega la existencia de espacios exentos de control constitucional. Empecemos:

a) Corriente Judicial Auto-restrictiva o Prudente (*judicial self-restraint*)

La corriente judicial auto-restrictiva desarrolla sus postulados a partir de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables (*political questions*), cuya tarea se basa en hallar aquellas cuestiones constitucionales no pasibles de control.

Ahora, esgrimir una definición sobre las cuestiones políticas no justiciables (*political questions*), es una tarea que no se agota en criterios objetivos y estáticos, si entendemos que:

La definición de una cuestión política puede ser extendida o restringida en función de las circunstancias del momento que reúne las exigencias de su tiempo. Una definición jurídica del término es imposible, porque la razón que la sustenta es circular: las cuestiones políticas son los asuntos sin solución en el proceso judicial; los asuntos sin solución en el proceso judicial son cuestiones políticas (Pegoraro citado por Landa Arroyo, 2000, pág. 114)³¹

Sobre el particular, la Constitución Política del Perú, contiene entre sus preceptos dos ejemplos claros, que ponen en evidencia estas cuestiones políticas no justiciables, que tienen por objetivo apartar al control judicial de sus alcances:

- El artículo 70 de la Constitución³² al estimar que en los procedimientos de expropiación solo es posible promover acción

³¹ Al respecto debe recordarse:

En ese sentido, la calificación de un proceso constitucional como político o no, no tiene una definición *a priori*, sino casuística; en la medida que, lo político opera con categorías decisionistas (Landa Arroyo, 2000, pág. 114)

³² **Artículo 70°:** El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. **Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.**

ante el Poder Judicial para cuestionar el valor de la propiedad que el Estado haya decidido expropiar.

- El párrafo final del artículo 200 de la Constitución³³, al establecer que en los procesos de hábeas corpus y amparo promovidos durante la vigencia de los regímenes de excepción, el órgano jurisdiccional competente únicamente podrá examinar la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo, mas no le corresponde cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.

b) Corriente Activismo Judicial clásico (*judicial activism*)

El Estado Constitucional de Derecho y con él, el fenómeno que han significado los derechos fundamentales como parámetros interpretativos, son elementos creadores del marco ideal para introducir la corriente de Activismo Judicial; término acuñado en los Estados Unidos de América³⁴ (*judicial activism*), que hace referencia esencialmente a la tendencia jurisdiccional de utilizar una interpretación expansiva, la misma que tiene como finalidad, no solo ampliar el ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos, sino que aunado a ello, pretende lograr determinados cambios y resultados de políticas públicas (Universidad Nacional Autónoma de México, 2014)

³³ **Artículo 200°:** (...) Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.

³⁴ Fix-Fierro (Universidad Nacional Autónoma de México, 2014) trae a colación dos sentencias emblemáticas de la Suprema Corte de los Estados Unidos:

Brown v. Board of Education (1954), la cual ordenó 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 privacidad" de construcción jurisprudencial. Esta última sentencia continúa vigente, a pesar de que ha sido muy criticada por carecer de un fundamento constitucional explícito y no obstante que una integración más conservadora de la Corte la ha matizado de manera importante.

Es por ello que muchas de las cortes constitucionales, precursoras de esta corriente, han sido calificadas como agentes de cambio social³⁵ (entendido en el sentido más amplio: cambio social de naturaleza económica, cultural, religiosa, educativa, etc.); específicamente como “agente conductor o inductor de un cambio social” cuando, justificado por la inacción de los órganos políticos y, valiéndose de su resolución, dispone y ordena la introducción de dicho cambio a los otros poderes, tal es el caso, por ejemplo, de la Inconstitucionalidad por Omisión (Sagüés citado por Ku Yanasupo, 2013)

Es por ello que se ha acusado, a lo largo de historia, a la jurisdicción constitucional de extralimitarse de sus competencias, invadiendo el poder legítimo obtenido por los legisladores y otros poderes del estado; por tanto, se considera que el activismo judicial, es la materialización de una de las facetas políticas³⁶ de los tribunales constitucionales menos evidente y más controversial, en tanto se considera, por un lado que los jueces y tribunales no se circunscriben a la interpretación limitada y razonable de ley o la Constitución, sino que pretenden “crear derecho nuevo”. Y, por el otro, porque aquellos no se limitan a resolver las cuestiones que se les ha planteado en un asunto concreto, sino que las exceden por razones de interés personal o ideología política (Universidad Nacional Autónoma de México, 2014)

³⁵ Debe recordarse que la jurisdicción constitucional, por su naturaleza misma, es una agente de cambio social, pero atendiendo a la corriente en la que se avoque, estas manifestación se tornará en vértices diferentes, así pues, por la corriente auto-restrictiva, esta jurisdicción podría actuar como “agente convalidante de un cambio social”, ello, cuando una declaración de constitucionalidad puede ratificar dicho cambio, ya sea porque realmente es compatible con la Constitución o porque la jurisdicción decidió internamente abstenerse de controlarla -por ejemplo- por considerarla una cuestión política no justiciable. En contraposición a lo que se considera como un “agente conductor o inductor de un cambio social”, que desarrolla sus postulados a partir del activismo judicial (Sagüés citado por Ku Yanasupo, 2013)

³⁶ Contrario sensu, existe una faceta política más evidente de los jueces y tribunales constitucionales, como órganos controladores de los poderes políticos, al excluir a una norma del ordenamiento jurídico por su entidad constitucional, es por ello que se dice: “Determinar si una ley es o no constitucional es, desde luego, una operación jurídica, pero, inescindiblemente, como acto de control entre poderes, también posee naturaleza política” (Sagüés citado por Ku Yanasupo, 2013).

Hasta aquí, es necesario hacer un pequeño paréntesis para advertir el peligro de la judicialización de la política, por lo que señala Bachof (citado por Ku Yanasupo, 2013): “el juez constitucional no puede ni debe perder de vista las consecuencias de su sentencia - consecuencias a menudo eminentemente políticas”. Es por eso que, si una corte constitucional, se embarca en la difícil tarea de promover cambios en la sociedad, a modo de un nuevo actor político, siempre ha de considerar que la gran parte de las políticas necesitan una base presupuestal para llevarse a cabo, por tanto, de decidirse una cuestión sin las previsiones debidas, podría convertir a las resoluciones del TC en letra muerta, convirtiendo al activismo judicial en mera demagogia.

Por lo tanto, es el activismo judicial, la base por la que el TC, se ha convertido en un nuevo actor político, a la par con otros poderes estatales, en tanto determina importantes transformaciones sociales (como agente inductor de cambios sociales), que no solo se limitan a determinar la constitucionalidad de una norma, sino que a través de su labor interpretativa viene impulsando la creación de políticas públicas trascendentes con enfoque de derechos.

c) Corriente de Activismo Judicial Moderado o Funcional

Ante la confluencia de doctrinas opuestas, siempre exista una, que se configura como ecléctica, en tanto busca reconocer los principales postulados de ambas, bajo términos de equilibrio que intentan eliminar cualquier nivel de confrontación.

Tal doctrina, en este contexto, precisa Sagüés (Universidad Nacional Autónoma de México, 2014), es la Corriente de Activismo Judicial Moderado o Funcional, que se encuentra entre la corriente judicial auto-restrictiva, que asume que existen cuestiones constitucionales que no son justiciables; y, el activismo judicial clásico, que propugna la interpretación constitucional extensiva. En suma, el Activismo Judicial Moderado pretende fundar en razones prácticas la intervención judicial,

como criterio jurisprudencial funcional frente a las cuestiones políticas, es por ello que sobre el particular se dice que:

Esto pasa por un criterio de razonabilidad y de análisis de posibilidades que no permite que de plano se rechace la revisión de cuestiones políticas que podrían estar vulnerando el contenido normativo de la Constitución; hacerlo implicaría que la corte o el tribunal constitucional viole los deberes propios de la administración de justicia y el derecho de los justiciables, así como admitir que bajo el argumento de las facultades privativas de los poderes políticos, sus actos puedan estar exentos de control (Ku Yanasupo, 2013, pág. 53)

Por otro lado, el TC ha establecido jurisprudencia sobre las *political questions*, donde se evidencia cierta tendencia a inclinarse por esta corriente en la sentencia que plantea cuestionar la decisión del Congreso relativa a la expulsión de tres magistrados constitucionales, por haber violado el derecho al debido proceso, entre otros argumentos:

(...) si bien este Supremo Intérprete de la Constitución, entiende que el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la de destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privado del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como «*political questions*» o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto, que **tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, es el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo, que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación.** De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en la presente vía de amparo, denote una manifiesta trasgresión de dicho principio y por extensión de otros como el del Estado Democrático de Derecho o el Debido Proceso Material, **es un hecho inobjetable que este Colegiado sí puede evaluar su coherencia a la luz de la Norma Constitucional**³⁷ (subrayado y negrita nuestra)

³⁷ STC 358-98-AA/TC (25 de septiembre de 1998)

Al respecto cabe mencionar, que el precedente establecido por el TC, es ciertamente ambiguo pues, aunque remarca que el principio de razonabilidad debe ser una línea con la que se prevea el rango de intromisión del TC, ante actos privados del Congreso, debió mencionar, además, que esta línea interpretativa también cabía en función a otros principios con el mismo rango de vinculatoriedad. Es por eso que creemos que este precepto debe interpretarse de forma extensiva, es decir, que el TC debe considerar que su actuación frente a cuestiones políticas no justiciables, es legítima, en tanto no viole las bases del Estado democrático de Derecho y el debido proceso.

De ahí que la judicialización de las *political questions* debe ser determinada por el TC y no por el Congreso, ya que aquel tiene herramientas jurídicas que pueden identificar adecuadamente alguna trasgresión a principios básicos. Evitando así, el abuso del parlamento o del gobierno; sin embargo, existe una fuerte tendencia a pensar que estamos hoy, frente a un gobierno de jueces constitucionales, cuyas limitaciones son escasas, por no decir nulas. Es por ello que frente a este peligro latente, Sagüés esboza algunas previsiones que deben tomarse muy en serio, a fin de no desnaturalizar el Estado democrático de Derecho; estas consideraciones son las siguientes: una cuidadosa selección de los magistrados, el establecimiento de las garantías institucionales que se les provea la norma legal, así como el respeto a los límites de su interpretación constitucional en causas políticas (Universidad Nacional Autónoma de México, 2014)

CAPÍTULO III

EL ESTATUS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

3.1. NATURALEZA Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.1.1. La Jurisdicción Constitucional y el Tribunal Constitucional

La Jurisdicción Constitucional y el Tribunal Constitucional constituyen una dualidad dinámica inescindible, sin que ello signifique que aquella es exclusiva de este último, pues recordemos que muchos de los asuntos de carácter constitucional también pueden ser conocidos en una estancia ordinaria.

Llegar a plantear una afirmación como la anterior, ha constituido esfuerzos denodados por parte de la doctrina, la cual se cuestionaba si la Jurisdicción Constitucional debía circunscribirse a un tribunal que tuviera un estatus especial en la estructura del estado; problemática que quedó zanjada, cuando Sagües se arriesgó a esbozar una clasificación de Jurisdicción Constitucional: material (cuando cualquier juez decide sobre los problemas constitucionales) y formal u orgánico (cuando solo los tribunales especializados lo hacen) (García Belaunde, 2001)

Ahora bien, como ya se puede haber advertido, el tema principal de este trabajo se centrará en lo que se denomina jurisdicción formal, por lo que nuestro Supremo Intérprete está investido de especial protagonismo, más aún cuando es considerado como el principal instrumento de defensa del orden constitucional y democrático; por lo que autores como Castillo Córdova, esgrimen tres razones que justifican la aparición de una jurisdicción constitucional, y de un órgano³⁸ encargado de ejercerla:

- i) Que, a través de un órgano de control de constitucionalidad será posible asegurar la efectiva vigencia de la Constitución, ii) Que, a través de un

³⁸ Se entiende que hace referencia directa al Tribunal Constitucional.

órgano de la jurisdicción constitucional será posible afianzar una democracia, no sólo formal, sino material, es decir, aquella que se define según los valores y principios que subyacen de la Constitución, en particular la vigencia de los derechos fundamentales; y, **iii**) Que, a través de un órgano que interpreta la Constitución como máximo órgano de decisión en los asuntos de relevancia constitucional, permitirá mantener en lo posible el consenso en cada momento histórico (Acuña Chávez, 2014, pág. 8)

Cuando se dice que el Tribunal Constitucional es un instrumento de consenso, entendemos que este, en ejercicio de su jurisdicción, se concibe, entre otras cosas, como un reparador de conflictos sociales; de ahí que se hable, en reiterada jurisprudencia³⁹, de su función pacificadora, haciendo énfasis en que, de la corrección técnico-jurídica de la que hace uso, no puede derivarse jamás inseguridad jurídica o caos social, por lo que es necesario ponderar en todo momento los efectos de sus fallos.

De hecho, esta función pacificadora, dota al Tribunal Constitucional, de una singularidad tal que, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, la resolución de una controversia jurídica, es solo un medio para crear claridad jurídica, eliminar material litigioso e impedir la repetición sucesiva de las mismas controversias; es decir, su proyección decisoria, no solo se restringe al caso en concreto, sino que crea un sendero para la corrección social presente y futura. (Bocanegra Sierra, 1981)

Esta especialidad del TC, puede evidenciarse, además, en sus singulares deberes de protección e interpretación de la Constitución, lo cual le otorga un campo de interpretación muy amplio, considerando lo parca que es nuestra Carta Magna. De ahí que sea considerado como el Supremo Intérprete de la Constitución y no por designación de esta, sino porque la experiencia doctrinal y jurisprudencial - nacional y comparada - así

³⁹ STC N° 00005-2005- CC/TC. Fj. 59
STC N° 00048-2004-AI, Fj. 3 y 7

lo han establecido⁴⁰. Sin embargo, debemos dejar en claro que el TC, no es el único -pero sí el último - ente que puede acceder a esta tarea interpretativa, mas su importancia radica en que los criterios allí establecidos son vinculantes para todo el sistema jurídico, a pesar de los errores en los que se pueden incurrir, por ser esta, al fin y cabo, una actividad humana pasible de equivocación. (Figueroa Gutarra, 2018)

3.1.2. Finalidad del Tribunal Constitucional

No podemos negar la innegable tradición europea de la que provienen los tribunales constitucionales, muy a pesar de que muchos de los países de este continente lo han considerado como una “anomalía histórica”, suscitada a causa de la inestabilidad generada después de la Primera Guerra Mundial, que dificultó la transición del Estado Liberal del siglo XIX al Estado Democrático del siglo XX; es por ello que este fenómeno también es equiparado a una “anomalía democrática”, a la cual se adscribieron solo Austria, Alemania, Italia, Portugal y España. (Pérez Royo, 2000)

De hecho, el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) creado en 1979, es un modelo traído de España por Javier Valle Riestra, quien pretendía proponer la instalación de un ente no burocratizado ni profesionalizado, cuyo objeto principal hubiera sido el control de la Constitución y la defensa de los Derechos Humanos, sin afecciones al Poder Judicial; muy por lo contrario, la Asamblea Constituyente de 1978, aprobó la Constitución de 1979, creando un Tribunal de Garantías Constitucionales que debiese suplir eficazmente las deficiencias del aparato judicial, a consecuencia de un gobierno de facto de doce años, caracterizado por su intervención parcializada en el sistema de justicia presidido por el

⁴⁰ Es por ello que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301, se ha arriesgado a consignar que el TC, en su Artículo 1° El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, muy a pesar de que sus detractores afirman que para que ello sea así, se debió tener una cláusula específica en la Constitución.

General Velasco Alvarado, optándose así por un Tribunal independiente que contrarrestara el exceso de poder. (Acuña Chávez, 2014)

Y, no fue hasta 1992 que se produjo la desinstalación del TGC, a causa del autogolpe del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, quien promovió en ese año, una vez más, un gobierno de facto acompañado de la elaboración de una nueva Carta Magna, la misma que se aprobó y ratificó, vía referéndum; dando paso a la actual Constitución de 1993, que recogió entre sus premisas, a lo que hoy se conoce como Tribunal Constitucional, que no es otra cosa que el TGC con un ciertas variables normativas, como la reducción del número de magistrados y el aumento de competencias, en tanto ente de control, pero donde prevalece, como se ha visto en el capítulo anterior, la defensa casi irrestricta de la Constitución y de los Derechos Fundamentales.

De esta manera, el Supremo Intérprete de la Constitución de nuestro país ha recogido la finalidad con la que fueron concebidos los Tribunales Constitucionales de antaño – como el austriaco en 1920 – pero poniendo énfasis, sobre todas las cosas, en el control de poder, que es un mecanismo a través de cual se puede lograr la defensa de la Constitución y la prevalencia de los Derechos Fundamentales.

Es por ello que, si rememoramos la discusión plantada en el capítulo anterior, caeremos en cuenta que la finalidad del TC, se condice perfectamente con los postulados base del Constitucionalismo; es por ello que podemos concluir, sin lugar a dudas, que si prescindiríamos de la actividad desplegada por el TC, el Constitucionalismo – incluso el neoconstitucionalismo, como su versión perfeccionada – sería un mero concepto irrisorio, cuyos preceptos jamás alcanzarían la exteriorización; es por ello que el TC debe ser considerado un ente que personifica las “garantías

jurisdiccionales o secundarias” – concepto al que hacía alusión Ferrajoli – a través de la justicia constitucional; procurando, en todo momento, la intangibilidad del régimen constitucional democrático.

3.1.3. Naturaleza del Tribunal Constitucional

3.1.3.1. El Tribunal Constitucional como Órgano Constitucional

Al ser la Constitución el instrumento normativo y político por excelencia, en el cual se resguardan los principales preceptos a los que debe adscribirse la sociedad en su conjunto, por la superioridad, normatividad y omnipresencia que su existencia representa; no cabe duda que los órganos allí plasmados merecen un especial tratamiento.

Sin embargo, debemos advertir que no todas las instituciones plasmadas en la Constitución deben ser consideradas como órganos constitucionales, pues si bien ello resulta ser una condición necesaria no es suficiente para pretender que cualquiera pueda entrar en esta categoría.

Es por ello que debemos distinguirlos de los órganos o instituciones “constitucionalmente relevantes”⁴¹, que se caracterizan porque solo existe una mención exigua o aislada de algunas de sus funciones o competencias en la Constitución; de hecho, para ser considerado un órgano constitucional propiamente dicho, es necesario que la Carta Magna los embulla, *ipso iure*, de todos los

⁴¹ A nuestro parecer, en el Perú, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son institutos que pueden presidir perfectamente esta categoría, pues la Constitución no despliega, en torno a ellos, mayores atributos que sus funciones u otras prerrogativas, plasmadas en el Capítulo XII (De La Seguridad y De La Defensa Nacional) y demás normas constitucionales aisladas.

atributos fundamentales de su condición y posición de órganos (García Pelayo, 1981)

En la misma línea de pensamiento Caballero Ochoa citado por Acuña Chávez (2014) describe, través de las siguientes líneas, lo complejo que resulta ser categorizado como una órgano constitucional:

Son creados de manera expresa por el poder constituyente en la Constitución; son órganos técnicos altamente especializados; son independientes funcionalmente de los poderes del Estado; los titulares son elegidos o designados por los poderes públicos o residualmente por gremios o entidades privadas; gozan de autonomía administrativa, presupuestal y normativa, básicamente; los titulares gozan de prerrogativas e inmunidades para la determinación de sus responsabilidades; sostiene con los poderes y gobiernos descentralizados relaciones de coordinación; y, son entidades públicas con competencias de cobertura nacional (pág. 14)

Ahora bien, el porqué el constituyente decide que ciertos órganos sean considerados como constitucionales y, por ende se les dé un tratamiento ciertamente particular, es una consecuencia lógica de la importancia que ellos representan, en tanto su existencia es la exteriorización del modelo de estado al que decidimos adscribirnos, además, porque en ellos se centran las principales decisiones del estado y porque son la expresión de la división de tareas en diversas unidades estatales. (García Pelayo, 1981)

Por otro lado, debemos recordar que la Constitución, por su misma naturaleza, es una herramienta que, pese a su gran trascendencia, las normas allí esbozadas se caracterizan por su puntualidad y poca extensión; por lo

cual no debemos extrañarnos que los atributos imbuidos a los llamados órganos constitucionales, muchas veces necesiten ser ampliados a través de leyes orgánicas, que son la expresión de la capacidad auto normativa⁴² de estas instituciones.

En tal sentido, creemos que la opinión de la Landa Arroyo (2009), es acertada, pues este autor es de la idea que el hecho de que los órganos constitucionales estén estatuidos normativamente en la Constitución, no constituye óbice para que, por medio de otros instrumentos legales o reglamentarios, puedan precisarse elementos no esenciales o complementarios.

De otra parte, se dice que los órganos constitucionales se identifican, entre otras cosas, porque no existe una jerarquización entre ellos, es decir; todos se encuentran en el mismo nivel de acción, sin que ninguno pueda superponerse. Empero, somos de la idea que el Tribunal Constitucional, sí es constitucionalmente superior respecto a otras instituciones⁴³, esencialmente por el

⁴² Es por eso que Hans Nawiasky citado por Acuña Chávez (2014), precisa que los órganos constitucionales tienen un radio de acción exterior conformado por sus competencias y capacidades, y un radio de acción interior que se basa en la autonomía normativa, en la capacidad autonormativa y en la autonomía funcional

⁴³ Es por ello que Carpizo citado por Acuña Chávez (2014) desestructura la unidad compuesta por los órganos constitucionales, proponiendo que estos pueden sub clasificarse en primarios y secundarios:

Los poderes constituidos creados por la Constitución son: el poder revisor de ésta y el tribunal constitucional, donde ellos existan, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y los órganos constitucionales autónomos. No obstante, ellos no tienen la misma jerarquía constitucional. (...) Todos son constituidos porque se crean en la Constitución, pero los primarios gozan de una jerarquía superior respecto a los secundarios, debido a la naturaleza de sus funciones (...) en virtud de que pueden alterar su estructura, integración y funciones de los segundos, e incluso los pueden crear (...) El tribunal constitucional es jerárquicamente superior o goza de esa competencia superior a los poderes u órganos secundarios debido a que es quien controla la constitucionalidad de sus normas y actos. Si no gozara de jerarquía superior, el tribunal constitucional no podría revisar, declarar inválidos o anular los actos de los órganos secundarios" (págs. 15-16) (Subrayado nuestro)

poder de control estatal del que es poseedor, en virtud del cual tiene la potestad de inmiscuirse en los actos jurídicos desplegados o no, por otros órganos.

Es por ello que el Tribunal Constitucional ha de ser considerado como el órgano constitucional representativo de esta categoría, ya sea porque su configuración en la Carta Magna reconoce su independencia y autonomía⁴⁴, expone la modalidad de elección de sus miembros y les atribuye las mismas inmunidades que a los congresistas. Además de precisar sus principales competencias⁴⁵, dejando un precepto de *numerus apertus*, para auto normar prerrogativas adicionales, a través de su Ley Orgánica.

Adicionalmente, debemos recordar que este órgano debe ser considerado como un “poder constituyente constituido” ya que es el encargado de declarar y establecer el contenido de los valores, principios y normas contenidos en la Constitución (acción hermenéutica e

⁴⁴ El artículo 201° de la Constitución de 1993, además de señalar expresamente que el Tribunal es un órgano constitucional, le reconoce independencia y autonomía, cuando señala que:

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata. Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

⁴⁵ El artículo 202 le reconoce competencia al Tribunal Constitucional para: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley

integradora), a través de sus facultades de control e interpretación (Acuña Chávez, 2014)

3.1.3.2. El Tribunal Constitucional como Órgano Jurisdiccional

El hecho de posicionar al TC como un órgano constitucional primario, que lo hacen merecedor de una mayor preeminencia respecto a otros poderes públicos; no es óbice para que nuestro Supremo Intérprete sea considerado como una verdadera institución jurisdiccional, muy a pesar de que no se sitúe en el mismo plano que el Poder Judicial⁴⁶, el cual es considerado como el órgano jurisdiccional por excelencia.

Es debido al carácter especialísimo del TC⁴⁷, que resulta ciertamente objetable, para cierta parte de la doctrina, que este ejerza una actividad propiamente jurisdiccional, pues hay quienes creen que las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad se deben calificar como actividades legislativas, más no como jurisdiccionales. Empero, es la Constitución quien ha premunido al TC, de las características de un auténtico Tribunal (Bocanegra Sierra, 1981)

⁴⁶ De hecho, este paralelismo, en diferentes esferas jurídicas, entre el Poder judicial, que representa a la justicia ordinaria, y; el TC, es consecuencia directa de ser que este sea un órgano constitucional primario, que ejerce gran influencia sobre la esfera de acción de aquel (García Pelayo, 1981)

⁴⁷ Sobre el particular, cabe recordar lo precisado por Bocanegra Sierra (1981):

Esta consideración del Tribunal Constitucional como un órgano jurisdiccional típico, en la que conviene insistir como uno de los aspectos esenciales de la naturaleza del Tribunal, como condición básica para un correcto funcionamiento de la institución, no es obstáculo, sin embargo, a que sin perder ese carácter, presente una serie de peculiaridades que singularizan su posición responsabilidad de sus funciones en relación con los Tribunales ordinarios—, y que lo sitúan en un plano diferente al de estos últimos órganos jurisdiccionales (págs. 240 - 241)

De hecho, es el artículo 202 de la Constitución, el que reconoce la función del TC de administrar justicia, al ser el que conoce en última y definitiva instancias los procesos constitucionales. (Acuña Chávez, 2014). Además, resulta claro que, el artículo 201 otorga al TC, de cierto modo, un método jurídico para la solución de controversias constitucionales, pues al señalar que es el órgano de control de la Constitución, le atribuye la función de velar por la supremacía de la Constitución a través del respeto irrestricto que merecen los derechos fundamentales, los cuales se constituyen en verdaderos parámetros de interpretación.

De otra parte, García Pelayo (1981) construye una característica poca usual en torno a la actividad del TC, pues a su parecer el Supremo Intérprete, por ser parte integrante de un verdadero sistema estatal, es un órgano de control homeostático⁴⁸, es decir:

(...) asegura constantemente y por su sola operación el adecuado nivel de constitucionalidad del orden jurídico y de la acción de los órganos estatales, ya que no puede actuar por su propia iniciativa, sino solamente cuando es puesto en acción por los actores legitimados (...) (págs. 30 -31)

Y, es justamente la característica de impulso de parte que acentúa aún más el carácter jurisdiccional de TC – siempre que no sea comparado con la justicia ordinaria que despliegan los tribunales competentes de asuntos penales. Sin embargo, este distintivo no es del todo parecido al del Poder Judicial, pues recordamos que el TC

⁴⁸ Homeostasis: Autorregulación de la constancia de las propiedades de un sistema influido por agentes exteriores (Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario. Actualizado al 2017)

es particularmente distinto de aquel, por las competencias atribuidas por la Constitución y su Ley Orgánica.

De ahí que, a diferencia del Poder Judicial, la importancia de su actividad jurisdiccional no está en el fallo, que implica la resolución de una controversia *inter partes*; sino en las motivaciones, la *ratio* o el discurso lógico de la sentencia; pues su actividad interpretativa, en base a derechos fundamentales, resulta de vital importancia para cumplir con su función pacificadora. Por tanto, de intentar un proceso analógico, se dice que el Poder Judicial es al fallo, como el TC es a la motivación. (García Pelayo, 1981)

Además, el TC, tiene herramientas procesales propias – como veremos más adelante – como mecanismo de acción y contracción o la instauración de un proceso, propiamente dicho; que lo ayudan a constituirse como un verdadero Tribunal con decisiones trascendentes en el ámbito del Derecho, plasmadas por medio de sentencias.

En definitiva, existen muchos indicios – que no pretendemos agotar por medio de este trabajo – que nos harán concluir indefectiblemente que el TC es un verdadero órgano jurisdiccional, investidura que le sirve como medio para hacer efectivo su función de legislador negativo e incansable promotor de derechos fundamentales.

3.1.3.3. El Tribunal Constitucional como Órgano Político

Como habíamos advertido al comenzar este apartado, la naturaleza del TC es eminentemente compleja, pues no solo es el órgano constitucional por excelencia, sino que, además, su carácter jurisdiccional es innegable, pese a la

forma especialísima en que administra justicia, en contraste con el Poder Judicial. En virtud de ello, es factible afirmar que sus caracteres constitucionales y jurisdiccionales; son casi unánimemente incuestionables por la doctrina, premisa que no se presta al pretender dotar al TC de un perfil político.

Empero, somos de la idea que los matices políticos del TC, pese a tener una connotación más implícita que sus otros caracteres⁴⁹, no pueden ni deben ser suprimidos al momento de determinar su naturaleza, pues es justamente ello lo que dota al TC de mayor dinamismo y complejidad, a diferencia de otros órganos.

De hecho, no en pocas ocasiones, la doctrina ha pretendido connotar a la naturaleza política del Tribunal Constitucional, desde un enfoque secundario; tanto así que se ha visto como una mera consecuencia simplista, ya sea desde su perspectiva constitucional o jurisdiccional.

Así pues, García Pelayo (1981) aduce que el TC, en tanto órgano constitucional, tiene injerencia directa, por medio de su ejercicio de control, en las decisiones estatales que, en buena cuenta, la mayoría de ellas, son manifestaciones políticas. Si ello es así, y el ejercicio de control del TC, actúa como moderador en la toma de decisiones del Estado, y tal prerrogativa es una característica inherente al neoconstitucionalismo, entonces es fácil afirmar que la naturaleza política del TC, no es más que una exteriorización del tipo de Estado al

⁴⁹ Pues tanto su naturaleza constitucional como jurisdiccional, son prescritos por la Constitución Política del Perú de 1993

que, en teoría, estamos adscritos: un Estado Constitucional de Derecho.

De otra parte, doctrinarios como Bocanegra Sierra (1981), García Pelayo (1981) u Otto Bachof, citado por Acuña Chávez (2014), en el despliegue argumentativo a cerca de la naturaleza del TC, se resisten a identificarlo políticamente de forma explícita, señalando que su modo operativo es estrictamente jurídico, tanto en su método como en sus parámetros valorativos para argumentar; pese a que la materia y los efectos o consecuencias prácticas desplegadas, en función al ejercicio jurisdiccional, tienen tintes políticos.

De lo anterior, se puede advertir que la resonancia política del TC se sitúa, en diversas ocasiones, en los efectos que pueden desplegarse a través de sus fallos o de la mera argumentación – en el afán de constituirse en un intérprete constitucional. En consecuencia, como decíamos líneas arriba, es preponderante que no se pierda de vista la viabilidad de tales efectos, de lo contrario el TC perdería legitimidad al convertirse en un ente demagógico, que hace alarde de la prevalencia de los derechos humano a través de sus sentencias, sin que estos puedan concretizarse en la realidad. Es por ello que se deben tener presente cualquier contingencia presupuestal y de no instaurar, a decir de Sumaria Benavente & Vassallo Efftha (2008), un “populismo judicial”

Aun cuando existen doctrinarios detractores de la naturaleza política del Tribunal Constitucional, hay otros que propugnan este enfoque, sin embargo, no lo hacen desde una perspectiva monista, pues se precisa que el

Supremo Intérprete es un ente político en tanto sus decisiones pueden tener efectos políticos o porque existe la posibilidad de someter a control constitucional las cuestiones políticas – *political questions*; ello por considerarse al TC como un vocero del poder constituyente (Landa Arroyo, 2006)

Por otro lado, Sumaria Benavente & Vassallo Efftha (2008), precisan que las tendencias políticas del TC, pueden desplegarse en dos sentidos, una subjetiva, que determina la elección de sus miembros y otra objetiva que se avoca a la línea jurisprudencial del TC, que dependiendo de su injerencia puede ser conservadora, moderada o progresista, de acuerdo a la agenda social que otros órganos constitucionales han postergado, pese a los mandatos de la Constitución.

Respecto a la tendencia política subjetiva que estos autores nos exponen, se trasluce una predisposición política partidaria, pues aquí se evidencian las estrategias de los grupos de poder, que una vez instaurados en el gobierno, hacen lo imposible por que los jueces instituidos en este tipo de tribunales, ejerzan su prerrogativa jurisdiccional en pro de cumplir con las promesas pre electorales, en tanto su injerencia en políticas públicas es evidente.

Hasta aquí, se puede concluir que el Tribunal Constitucional posee, además de una connotación constitucional y jurisdiccional, un enfoque político, siendo este último el más cuestionado y, creemos que ello es así porque la doctrina no es unánime al señalar el porqué de su investidura política, pues como hemos podido observar, ello varía considerablemente, en tanto unos

arguyen que se debe a los matices partidarios de sus efectos, por considerarse a su fallos y la argumentación en general como parte de las decisiones de Estado, porque determina su marco de acción en las cuestiones políticas o porque simplemente es el intérprete de una norma con caracteres políticos esenciales como es la Constitución.

3.1.3.3.1. La Intervención política del Tribunal Constitucional en la dirección del Estado

Lo dicho en el párrafo precedente es consecuencia de la diversificada percepción que se tiene sobre la política, más aún cuando esta se identifica, de forma casi unánime, con conflictos de carácter partidario.

Es por ello que, con el fin determinar en qué sentido el TC tiene una naturaleza política, nos adscribiremos a la clasificación esbozada por García Pelayo (1981), quien considera que la política debe observarse desde dos grandes perspectivas: una en sentido amplio⁵⁰ y otra en sentido restringido. Respecto a la primera, se dice que se enmarca dentro de una dimensión internacional o transnacional, que considera que la política tiene asidero en cualquier grupo social, relativamente amplio, como las Naciones Unidas, una gran compañía

⁵⁰ García Pelayo (1981), sobre el particular manifiesta que encontramos en el sentido amplio del concepto política a dos situaciones concretas:

- (i) los procesos concernientes a la toma de decisiones por una entidad colectiva organizada, sea para regular y asegurar su orden interno, sea para la determinación y realización de sus objetivos existenciales; (ii) las relaciones de conflicto, de concurrencia y de cooperación entre las personas y/o los grupos para determinar o influir las decisiones de la entidad social de la que forman parte.

multinacional, una facultad universitaria, un club, de una comunidad de vecinos o hasta de una familia.

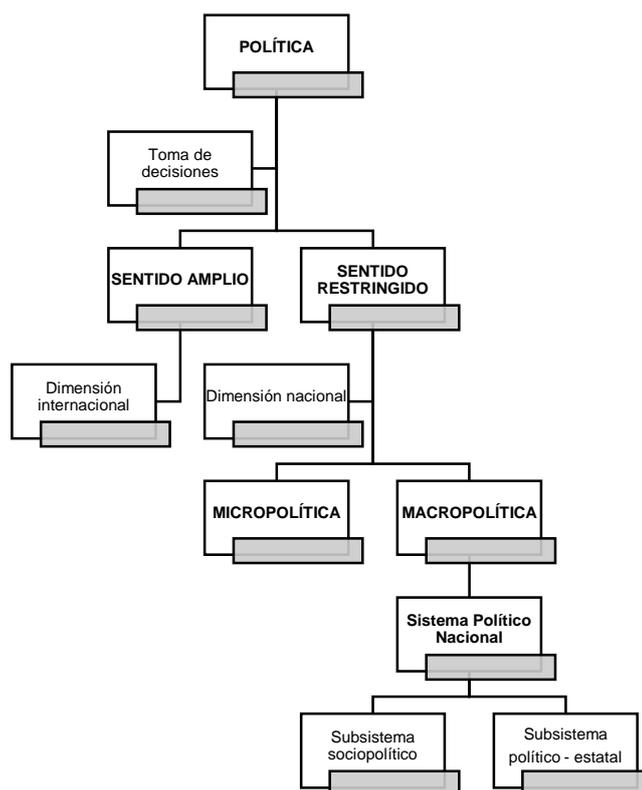
De otro lado, en la faz restringida de la política, podemos observar situaciones de carácter netamente nacional, de donde encontramos una fragmentación en lo que se llama micropolítica y macropolítica. En función a aquella, se dice que solo opera en las unidades inferiores del Estado, mientras que la macropolítica, extiende su radio de acción hasta el Sistema Político Nacional, el que a su vez se divide en un subsistema sociopolítico y un subsistema político – estatal.

Ahora bien, el subsistema sociopolítico tiene matices netamente partidarios, pues establece que las decisiones estatales son influenciadas por partidos políticos o, en su defecto, por grupos de interés. En contraste, García Pelayo (1981), manifiesta sobre el subsistema político – estatal, lo siguiente:

el subsistema político estatal destinado a tomar decisiones por y en nombre del Estado que vinculen o que comprometan a la sociedad nacional, decisiones que adquieren principalmente la forma de normas imperativas y de líneas de acción (policies) del Estado y cuyos actores son los órganos constitucionalmente competentes para tal objeto, lo que puede dar lugar a conflictos entre ellos, los cuales tendrán carácter político en la medida que signifiquen una pugna por la

participación en el ejercicio del poder estatal (pág. 23)
(Subrayado nuestro)

En general, el modelo que García Pelayo (1981) ha construido en torno a la política, se puede resumir en la siguiente matriz. La misma que tiene un factor constante en cada uno de los niveles, y este es la “toma de decisiones”, y evidentemente quien realiza esta acción ha de constituirse en un actor político, independientemente de si se lo sitúa en el ámbito amplio o restringido este término.



Cuadro 1 Disgregación del concepto: política

En ese sentido, si pretendemos asignar al TC el título de actor político, primero se debe identificar en qué nivel, de los reseñados en antes, ejerce la acción de “tomar de decisiones”. Pues, como es evidente, el TC despliega sus actividades dentro de la macropolítica, por tanto, interviene directamente el Sistema Político Nacional, tanto el subsistema sociopolítico, con una connotación partidaria innegable, tal como analizábamos líneas arriba; como en el subsistema político – estatal, que influye directamente en las decisiones del Estado, con repercusiones directas en la sociedad.

Bajo tal contexto, se debe precisar que, para efectos de este trabajo investigativo, el enfoque de política que hemos de acoger es el que se ajusta al subsistema político – estatal, por lo que se concluye que el TC, como actor político, interviniente directamente en el rumbo que el Estado pretende dar a la sociedad que, como aduce, García Pelayo (1981), se traduce en dos actividades: en la implementación de normas imperativas o de políticas públicas.

Justo en este punto resulta importante acoplar y conjugar las ideas esbozadas en el capítulo precedente, en el marco de la teoría del Activismo Judicial, a fin de mantener consistencia lógica, ordenada y sistematizada, a lo largo de toda la tesis.

Así, en referencia a esta corriente judicial, se ha dicho que es el marco, en torno al cual, el

TC se ha convertido en un nuevo actor político; por tanto, podemos afirmar, sin lugar a dudas, que el Activismo Judicial, pretende posicionar las decisiones y los fundamentos socio – jurídicos de sus sentencias, en un lugar preponderante en la macropolítica, y específicamente, para nuestros fines, en el subsistema político – estatal.

Asimismo, conjugando ideas, podemos establecer que, si el actuar político del TC, dentro del subsistema político – estatal, es sintetizado en dos actividades (implementación de normas imperativas o de políticas públicas), entonces tenemos una razón más para establecer que es el Activismo Judicial, la corriente que ampara la investidura política del TC, por cuanto, algunos doctrinarios han señalado que por ella el TC está “creando derecho nuevo”⁵¹; lo que implica una labor activa, que contrarresta el tradicional enfoque de separación de poderes, donde las jueces eran meros aplicadores de normas⁵²

⁵¹ Esta afirmación se condice perfectamente con lo señalado por Landa Arroyo (2009), quien precisa que cuando se hace referencia a la naturaleza política del TC, no se alude al sentido tradicional del término como es el de “hacer política”, sino al de “hacer derecho”

⁵² A propósito de lo dicho, debemos recordar que no todas las actividades estatales se limitan a lo que acontece en el Sistema Político Estatal, pues existe un limbo en donde la voluntad del Estado carece de prerrogativas políticas, es por ello que García Pelayo (1981), ha elaborado una distinción al respecto:

(...) carecen de tal carácter aquellas decisiones que significan la mera aplicación de un precepto legal o de un precedente a un supuesto de hecho, y que tienen, en cambio, tal carácter aquellas que se mueven dentro de una esfera en la que la libertad de decisión de los órganos sólo está limitada por la Constitución y los instrumentos normativos previstos por ésta para fijar o regular el ejercicio de sus competencias decisorias, pero que en ningún caso pueden predeterminedar el contenido concreto de la decisión, sino tan sólo quién ha de tomarla, bajo qué formas y con qué límites. Por consiguiente, quedan al margen de tal esfera las actividades ordinarias de la Administración pública y de los Tribunales de justicia, y están dentro de ella aquellas actividades destinadas a determinar las normas

Cabe precisar que, las repercusiones sociales que genera el TC, le proporcionan la denominación de “agentes de cambio social”, pero de acuerdo a lo que propugna el Activismo Judicial, este debe adquirir, de manera más específica, el rótulo de “agente conductor o inductor de un cambio social”, en tanto interviene en las actividades de otros poderes. Por tanto, para el fin que deseamos alcanzar, el TC debe adscribirse la característica de “actor político, inductor de cambio social”

Pero la intromisión del TC en otros poderes del Estado, tiene asidero frente a la inacción de estos o lo postergación de su agenda social; tanto es así que se ha logrado advertir que el TC actúa bajo lineamientos políticos, cuando nos encontramos en un sistema democrático inestable. Más aun, cuando las clásicas instituciones democráticas del Estado - Poder Ejecutivo, Congreso de la República y Poder Judicial - carecen de representatividad y se encuentran sumidas en una crisis de legitimidad democrática. Lo cual ha permitido, por un lado, asentar el peso político del Tribunal Constitucional y, por otro lado, asumir el rol de poder moderador en las relaciones y conflictos entre los poderes del Estado, especialmente en sus relaciones con el Poder Judicial (Landa Arroyo, 2006)

integrantes del orden jurídico y las acciones gubernamentales propiamente dichas, es decir, distintas de las de la mera administración.

Esta situación es amparada por el principio de corrección funcional, que prescribe la posibilidad de que si un poder estatal, a través de sus atribuciones como ente público, se exime de sus actos funcionales, de acuerdo a lo exigido por la Constitución, es imperativo la intervención de la justicia constitucional, materializada en el quehacer de los jueces del TC (Figuroa Gutarra, 2018)

Empero, la inestabilidad de las otras instituciones democráticas, no ha constituido óbice para que el TC como, “actor político, inductor de cambio social”, reciba críticas de diversa índole, entre ellas y la más frecuente, es la excesiva extralimitación de facultades, es por ello que no es de extrañarse que han existido esfuerzos denodados, por parte de algunos representantes de otras instituciones, a fin de recortar las competencias del TC, por considerarlas un peligro latente para la irrestricta discrecionalidad, que como funcionarios públicos, creen tener⁵³

⁵³ Como los proyectos de ley presentados por Flores Araoz o Elías Avalos, que fueron desestimado. Así, le primera impulsó la siguiente iniciativa legislativa:

Proyecto de Ley 14321/2005, de fecha 20.01.2006, para garantizar el principio de separación de poderes y seguridad jurídica en los procesos de inconstitucionalidad. La norma propuesta fue la siguiente:

Artículo 81-A (del Código Procesal Constitucional). - Prohibición de legislar positivamente mediante sentencias: En las sentencias sobre procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, solo declara que la norma cuestionada, de acuerdo a los incisos 4) del Artículo 200 y el 1) del Artículo 202 de la Constitución trasgrede o no algún principio, precepto, derecho o prerrogativa previstos en dicho texto. En tales procesos el Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad de la norma cuestionada o deja sin efecto por incompatibilidad de la Constitución. El Tribunal Constitucional solo actúa como legislador negativo.

- Asimismo, el proyecto de Ley propuesto por Elías Avalos, fue el 346-2011, de fecha 13.10.2011, para modificación del Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. La norma propuesta fue la siguiente:

El Tribunal Constitucional es el intérprete final de la constitución en los casos concretos que se sustancian en su sede. En cualquier caso, el contenido normativo que el Tribunal

Como es de verse, el proceder el TC, en tanto “actor político, inductor de cambio social”, es una clara manifestación de la evolución del constitucionalismo y, por ende, es poco coherente pretender desaparecer las bases de una línea filosófica de larga data; empero, ello no significa que el TC, no esté propenso a extralimitarse funcionalmente, a través de una línea interpretativa subjetiva que no obedece a los criterios axiológicos de los derechos fundamentales. Por eso es necesario que se concreten algunos límites para evitar ello, los mismos que serán desarrollados someramente en el capítulo siguiente, en razón de la autonomía procesal, como un privilegio de creación de figuras adjetivas, que se ha autoatribuido

3.2. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

El principio de separación de poderes, pese a su simplicidad teórica originaria, es quizás el axioma con mayor trascendencia histórica por su influencia en la organización de los estados alrededor del todo el mundo, es por ello que, con acertada razón, incluso hoy, donde su modificación es evidente, es considerado como un dogma que contribuye a la “racionalidad del Estado democrático” (Fix- Zamudio, 1998, pág. 28)

De esta manera, se entiende que un acto estatal es legislativo, administrativo o jurisdiccional, en tanto el órgano que lo emite tenga claras facultades constitucionales legislativas, administrativas o jurisdiccionales; respectivamente. Es así que, atendiendo al esquema clásico, la terea de

otorgue a determinado artículo constitucional no podrá contravenir el texto expreso del mismo. La interpretación que contravenga el texto constitucional es nula y constituye infracción a la Constitución.

crear leyes pertenece al órgano Legislativo, al Ejecutivo corresponden aplicar o ejecutar dichas leyes, mientras que al Judicial debe centrarse en dar solución a las controversias surgidas en base a las ya mencionadas leyes (Carmona Tinoco, 2007)

Este concepto, es análogo a la percepción teológica de la Santísima Trinidad, pues su base teórica encuentra explicación en el dogma trinario, donde coexisten las nociones de “tres funciones diferentes” y un “solo poder verdadero” (Fix- Zamudio, 1998)

Pero esta construcción teórica, como muchas otras, responde a una finalidad axiológica de mayor transcendencia que la mera división del trabajo en órganos de diferente naturaleza, divididos así, por la especialización de sus funciones⁵⁴. De hecho, John Locke y el Barón de Montesquieu⁵⁵ (Carlos Luis de Secondant) sostuvieron que con ello se evitaría el exceso de poder concentrado en un solo órgano, en contra versión a libertad de los individuos (Carmona Tinoco, 2007)

De esta percepción originaria, debemos acotar que Montesquieu creía, además, en la prelación de los órganos en los que se repartía el poder, estableciendo que era el Legislativo, el que debería poseer mayor rango por el grado de abstracción en el que se inmiscuía en el proceso de creación de leyes, por lo que, en consecuencia, se llegó a establecer que debía entenderse al poder Judicial, a modo de un ser inanimado, cuya función se reducía a la formulación mecánica de operaciones silogísticas, en tanto se encontraba sumiso de la Ley.

Es por ello que Carlos Luis de Secondant, citado por Carmona Tinoco (2007), sentenció la labor judicial bajo la siguiente afirmación: “Los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no puede mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”

⁵⁴ Sin embargo, la idea primigenia que dio origen a este principio, estuvo presidida por Aristóteles, quien concebía que esta repartición funcional solo correspondía a una mera división del trabajo, en diversos órganos, de acuerdo a su especialización (Carmona Tinoco, 2007)

⁵⁵ La frase célebre de Montesquieu citado por Acuña Chávez (2014), “*es necesario que el poder detenga al poder*” en su obra *Del espíritu de las leyes*, es suficientemente gráfica de esto

Como es de advertirse, la línea teórica de este principio se ha visto comprometida, entre otras cuestiones, por la preeminencia que hoy en día se le otorga a la actividad desplegada por el poder judicial, que pasó de ser un ser ente inanimado, circunscrito a una actividad mecánica, a desplegar su función de forma activa y dinámica; siendo que sus fallos, resultan ser normas complementarias a las leyes, soslayando su obediencia legislativa irrestricta.

Ahora bien, entendiendo que este principio propugna la existencia de solo tres poderes, divididos así, para evitar el ejercicio abusivo del poder, es necesario plantearnos la interrogante de si resulta adecuado circunscribir al TC dentro las funciones del poder judicial en tanto, como ya se estableció, su naturaleza también se inclina a ser un ente jurisdiccional.

Respecto a lo anterior, somos de la idea que resultaría mezquino tornar esa interrogante en una tajante afirmación, pues como hemos podido concluir, la actividad jurisdiccional del TC, solo es una faceta de su compleja naturaleza; por tanto, creemos, al igual que muchos doctrinarios, que el TC no debe encasillarse dentro de ningún poder en específico, pues por su especialísima entidad se ha llegado a afirmar que:

El Tribunal Constitucional se ha encasillado teóricamente en un espacio ajeno a las ramas del poder público tradicionales, es decir, del legislativo, del ejecutivo e incluso el judicial. Argumentos de diversos teóricos como Kelsen, Zarini y Favoreu, entre otros, apuntan a la total independencia de esta institución frente a otros organismos del Estado que pueden inferir en las decisiones que adopte en torno a la constitucionalidad de los actos y normas que se le asignan (Tarapués Sandino citado por Acuña Chávez, 2014, pág. 54)

Ahora bien, frente lo anterior, es arriesgado pensar que el TC es un poder más, aun cuando su intervención política, como ente inductor de cambio social, así lo predisponen. Sin embargo, debemos recordar, que el TC hace las veces de un órgano de decisión política⁵⁶, por la postergación de la agenda social de los otros poderes (el parlamento y el gobierno). Tal es así

⁵⁶ Acuña Chávez (2014) precisa que existe una moderna materialización del principio de separación de poderes con la división entre órganos de decisión política (parlamento y gobierno) y los órganos de decisión jurisdiccional (judicatura ordinaria y constitucional, entre otros).

que, somos de la idea, pese a las propensas críticas que esta afirmación merezca, que el TC, ha de constituirse en un poder más, pero de forma intermitente, cuando el contexto de inestabilidad democrática se acentúe con mayor claridad.

Por tanto, el TC, ha constituido un hito en la modificación de la clásica teoría de la división de poderes, aún más por lo expuesto por Landa Arroyo, quien precisa que el TC se sitúa en el sistema político del Estado constitucional con la finalidad de ejercer control sobre la Constitución y de los otros poderes, enmarcando ello en el modelo de control y balance – *check and balances* – que se encarga de reajustar constantemente las relaciones entre el TC y otros poderes (Acuña Chávez, 2014)

Sobre el particular, el TC a través de la sentencia comprendida en el Expediente N.º 00006-2006-PC/TC, precisa que el principio de separación de poderes, no es hoy ya, una percepción estanca de estos, cuya cerrada independencia evitaban relaciones recíprocas. Es por ello que se entiende que la evolución de tal axioma se sustenta en dos concepciones: la primera, hace referencia al control y balance entre los poderes del Estado –*checks and balances of powers*– mientras que el segundo, señala la coordinación y cooperación entre ellos, en tanto se ha de garantizar la independencia y autonomía de los órganos estatales.

De ahí que, aun cuando este principio tenga amparo constitucional a través del artículo 43 de nuestra Carta Magna⁵⁷, es necesario que sea interpretado con arreglo al principio de corrección funcional, con lo cual se asegura mantener la independencia en cada uno de los órganos de Estado, sin llegar a extralimitar las competencias, los unos a los otros; evitando perder de vista que todos ellos actúan de forma cooperativa y complementaria en el afianzamiento de la fuerza normativa de la Constitución (Acuña Chávez, 2014)

⁵⁷ La Constitución de 1993 ha acogido al principio de separación de poderes como principio fundamental, consignándolo expresamente en el artículo 43°, al establecer que el gobierno de la República del Perú “(...) se organiza según el principio de separación de poderes (...)”

Pese a que las bases teóricas primigenias del principio de separación de poderes se han visto seriamente comprometidas, este se ha mantenido en vigencia pues, la finalidad con la que fue concebida aún juega un papel importante en el rol de organización estatal, ya que desde siempre se ha pretendido evitar la concentración de todo el poder en un solo órgano, por comprometer seriamente los derechos de los ciudadanos, desde la perspectiva formal de la democracia. Aunado a ello, debemos recordar, que renombrados autores como Fix-Zamudio (1998), han exaltado su importancia llegando a afirmar que ha de concebirse como un instrumento protector de la Constitución o como un concepto que ha dotado de racionalidad al Estado, desde su perspectiva democrática.

CAPÍTULO IV

LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

4.1. PROCESO Y CONSTITUCIÓN

Pocas veces podemos observar, en el ámbito jurídico, una relación de dependencia binaria tan fuertemente estructurada como la que existe entre el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional, habiendo dado origen a una rama jurídica, de reciente data, como lo es el Derecho Procesal Constitucional; cuyo objeto de estudio, *a priori*, son los mecanismos operativos, a través de los cuales se pretende materializar a las instituciones de contenido constitucional, recordando así lo expresado por Calamandrei, citado por Colombo Campbell, (2002), quien entiende que “todas las declaraciones constitucionales son fútiles, si no existen remedios jurídicos procesales que aseguren su funcionamiento real”

Empero, la relación existente entre el Proceso y la Constitución, no se agota en el indiscutible aporte de aquel hacia nuestra Carta Magna, pues la dinámica que concurre entre ellos, tiene una naturaleza de retroalimentación indiscutible, tal es así que García Belaunde (2001), ha pretendido acuñar un nueva especialidad jurídica con el afán de dar por cerrado este círculo de dependencia, pero con fines meramente académicos⁵⁸, lo que dio origen a lo que él llama Derecho Constitucional Procesal, la misma que estudia a todas las instituciones de rango procesal que han sido elevadas a una categoría constitucional, como el principio del juez natural, la instancia plural, el debido proceso, entre otros⁵⁹.

⁵⁸García Belaunde (2001), resalta el hecho de que el proceso de constitucionalización, por el que han pasado diversas áreas de derecho, no lo autorizan a considerar al Derecho Constitucional Procesal, como una ramificación jurídica propiamente dicha, por la falta de rigurosidad científica que esta tiene.

⁵⁹ Este fenómeno es llamado “constitucionalización del orden jurídico” que es:

Una operación intelectual mediante la cual, para dar mayor solidez y fijeza a cada ordenamiento específico, se procede a depurar las normas básicas o principios de cada área del derecho y se las eleva a rango constitucional. Así, las actuales Constituciones contienen lo que clásicamente se conoce como derecho constitucional, pero también otros temas y han acogido diversos principios que no siendo constitucionales *strictu sensu*, han buscado su constitucionalización.

Es por ello que el Derecho Procesal Constitucional, ha de tener una entidad propia, pues las normas instrumentales que surgen de esta rama, no siempre deben estar subordinadas a la tradicional teoría del proceso, sino que, por su particularidad constitucional, pueden surgir nuevas formas operacionales, que den vida a los preceptos de la norma constitucional. Bajo esa misma línea de pensamiento resulta apropiado traer como acotación lo prescrito por Häberle, citado por Landa Arroyo (2009), para quien el Derecho Procesal Constitucional es un Derecho constitucional concretizado:

El Derecho procesal constitucional es una concretización de la Ley Fundamental en dos sentidos: en que él mismo es un Derecho constitucional concretizado y en que le sirve al Tribunal Constitucional para concretizar la Ley Fundamental. La gran 'capacidad de concretización' del Tribunal Constitucional, demanda ahora una fundamentación del Derecho procesal constitucional de carácter teórico constitucional (pág. 282)

Este Derecho constitucional concretizado, lo que en buena cuenta quiere expresar es que la Constitución ha de tomar relevancia en el mundo real, a través de normas procedimentales, pero a su vez, estas deben enriquecerse de los principios y valores que la Norma Fundamental emana; por tanto, la teoría procesal constitucional en este rubro, ha de caracterizarse por tener un enfoque garantista, respetuoso de los derechos fundamentales; en contraste con el Derecho Procesal tradicional, que se cimenta sobre todo en el principio de legalidad. Siendo ello así, es imprescindible que se avoque a atender no solo los requerimientos de los particulares (Tutela Subjetiva de Derechos Fundamentales), sino a las necesidades objetivas de un Estado de Derecho como el nuestro (Tutela Objetiva de la Constitución) (Landa Arroyo, 2009)

De ahí que, cuando autores como Morales Godo (2009) buscan establecer la naturaleza del proceso, no pueden pasar por alto aquella teoría, sostenida por Lorca Navarrete, según la cual el proceso ha de concebirse como un sistema de garantías, es decir, se entiende al Derecho Procesal como un puente canalizador que ayuda a la función jurisdiccional a proyectar un conjunto de garantías de justificación constitucional, dando lugar a una inclinación garantista estrechamente vinculada con la realidad

constitucional del presente. Es por eso que esta tesis da lugar a lo que se denomina: garantismo procesal de justificación constitucional.

En consecuencia, cuando hablamos del Derecho constitucional concretizado, sin duda, nos referimos a un Derecho Procesal Constitucional, con influencia directa del Derecho Constitucional material, es decir, hacemos alusión, de forma puntual, a lo que Mendoza Escalante (2006) considera la “comprensión material del Derecho Procesal Constitucional”, respecto a la cual precisa:

Se configura, de este modo, una interpretación de las normas procesales constitucionales *desde o a partir de la Constitución*. Tal forma de comprender el proceso constitucional ha de ocasionar que la interpretación y la integración de las normas procesales constitucionales se efectúen desde la Constitución, conforme a una interpretación e integración teleológica específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales (págs. 121-122)

De hecho, la teoría del maestro Häberle ha sido adoptada por el TC⁶⁰, lo que en buena cuenta asume la emancipación del Derecho Procesal Constitucional del Derecho Procesal, amparándose en los fines constitucionales. Sin embargo, para autores como Abad Yupanqui (2008),

⁶⁰ “Que el derecho procesal constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva, pero que debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve –la Constitución-, debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad que este presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico. Es desde esta comprensión que el Tribunal Constitucional alemán ha destacado la “particularidad del proceso constitucional”. Significa ello que el derecho procesal constitucional “(...) implica necesariamente un cierto distanciamiento del resto de regulaciones procesales”.

En este contexto, en consecuencia, el C.P.Const. tiene que ser entendido como un “derecho constitucional concretizado”. Esto es, al servicio de la “concretización” de la Constitución. Por ende, opera en beneficio de la interpretación de la Constitución en cada uno de los procesos constitucionales que el juez y el Tribunal Constitucional conocen con motivo de responder a una concreta controversia constitucional planteada.

Por tal razón, esta concretización de la Constitución en cada controversia constitucional, impone correlativamente que la hermeneútica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme una “interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales”, una *interpretación del Código Procesal Constitucional desde la Constitución* (Häberle habla de una “interpretación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal –alemán- ‘desde la Ley Fundamental’)

Se trata, en definitiva, de una *interpretación teleológica* de la norma procesal constitucional orientada a la concretización y optimización de los mencionados principios constitucionales materiales” (Fundamento jurídico 15 de la STC emitida en el Expediente N° 0025-2005-PI/TC)

quien propugna la función instrumental del proceso, como una “(...) reconciliación entre el desarrollo de los institutos procesales y la tutela de las situaciones jurídicas materiales a efectos de garantizar una tutela jurisdiccional efectiva” (págs. 142-143); intenta reivindicar la instrumentalidad del Derecho Procesal Constitucional, pues considera que este es una especialidad del Derecho Procesal general, sin que ello constituya óbice para mantener su particularidad de tutelar principios y derechos fundamentales, contribuyendo a cumplir con sus objetivos de garantizar la vigencia de la supremacía constitucional y los derechos fundamentales.

4.2. LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4.2.1. Aspectos preliminares

Habiendo comprendido que las normas procesales que materializan a la Constitución, deben estar revestidas de una entidad garantista, entonces, es propio afirmar que las figuras instrumentales que contiene el Derecho Procesal Constitucional han de ser entendidas desde el enfoque del neoconstitucionalismo - cuyos revestimientos teóricos han sido expuestos ampliamente en capítulos precedentes - con lo cual debe mantenerse irrestricta fidelidad a la normatividad de nuestra Carta Magna, y con ello, el hecho de conservar incólumes a los Derechos Fundamentales.

Quizás, la institución procesal constitucional con mayor representatividad respecto a lo dicho en antes, es la autonomía procesal, la misma que se percibe como una necesidad irrefragable del TC, para contribuir a la consolidación democrática, y, con ello, al respeto que se le debe tener al principio de supremacía de la Constitución y la tutela de los Derechos Fundamentales (Landa Arroyo, 2009)

De hecho, el TC requiere ser autónomo desde diferentes frentes, con el fin de expresar cabalmente sus competencias, es así que

encontramos aquí a la Autonomía Institucional⁶¹ y la Autonomía Jurisdiccional y/o Normativa. Respecto a la primera, se hace referencia a la independencia administrativa y organizacional que se le debe atribuir al TC, con lo cual se asegura que otros poderes estatales no desnaturalicen su función controladora⁶². De otra parte, el TC no puede prescindir de la Autonomía Jurisdiccional y/o Normativa⁶³, que se disgrega en una autonomía interna⁶⁴ y otra externa; sobre la primera no se necesita abordar más allá de las facultades autorreglamentarias que esta atribuye al TC, empero es la Autonomía Normativa externa a la que debemos prestar mayor atención - para lograr los fines asumidos en este trabajo investigativo (Acuña Chávez, 2014)

Sin embargo, como suele suceder con las instituciones jurídicas peruanas, la Autonomía Normativa del TC, es un concepto exportado del extranjero, específica de Alemania, es por ello que la profesora española Rodríguez-Patrón nos detalla esta prerrogativa que fue otorgada al Tribunal Constitucional Federal (TCG) alemán:

⁶¹ La autonomía institucional, se concibe como una garantía para el TC, a fin de mantener intacta su institucionalización, es por ello que cuando hablamos de autonomía como garantía institucional nos debemos referir al artículo 201º de la Constitución, que señala que el Tribunal Constitucional “es el órgano de control de la Constitución” y además es “autónomo”.

⁶² Klaus Stern, citado Acuña Chávez (2014) sostiene que:

La recepción de esta categoría jurídica garantiza a la institución jurídica asegurada constitucionalmente a través de ella una protección contra su supresión y vaciamiento de sustancia (...) Si el contenido de la garantía respecto de la prohibición de supresión es claro, delimitar las intervenciones legislativas que simplemente dan forma, acuñan, concretan, estructuran, modifican y son, por lo tanto, admisibles, de aquellas que vacían de sustancia, presenta dificultades (págs. 96-97)

⁶³ Esta autonomía se condice perfectamente con lo reseñado en capítulos anterior, cuando precisábamos que Hans Nawiasky citado por Acuña Chávez (2014), argüía que los órganos constitucionales tienen un radio de acción exterior conformado por sus competencias y capacidades, y un radio de acción interior que se basa en la autonomía normativa, en la capacidad autonormativa y en la autonomía funcional

⁶⁴ Esta autonomía se encuentra declarada en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cuando señala que: “El Tribunal puede dictar reglamentos para su propio funcionamiento, así como sobre el régimen de trabajo de su personal y servidores dentro del ámbito de la presente Ley. Dichos reglamentos, una vez aprobados por el pleno del Tribunal y autorizados por su Presidente, se publican en el Diario Oficial El Peruano”.

Se distingue dos tipos de reglamentación del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, “TCF”), una interna (innere Geschäftsordnung) y otra externa (aussere Geschäftsordnung). Como es evidente, una regula las relaciones al interior del TCF y la otra las de éste con quienes se acercan a realizar actividad jurisdiccional (Monroy Gálvez, 2008, pág. 89)

Respecto a lo anterior, la investigadora española, pudo colegir que la reglamentación externa tiene una habilitación mayor que lo estrictamente reglamentario, es por ello que entiende que el TCF ha optado por crear, a través de sus fallos, reglas procesales sobre aspectos tales como la legitimación, el objeto del proceso o los efectos de la sentencia, entre otros; actividad que ella ha considerado como un despliegue “cuasilegislativo” y recibe el nombre de *Verfharensautonomie*. Esta es la categoría que ha pasado a nuestro idioma con el nombre de Autonomía procesal (Monroy Gálvez, 2008)

4.2.2. El principio de elasticidad constitucional

La Autonomía Normativa Externa del TC se encuentra consagrada en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional cuando señala que “(...) el juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”. Y, es de allí de donde emerge el principio de elasticidad constitucional, cuya principal premisa es la de otorgar ductilidad a las normas procesales que rigen el proceso constitucional.

En el segundo capítulo se recordaba que el neoconstitucionalismo, como teoría, propugnaba la aplicación de más principios que reglas, entendidos aquellos como mandatos de optimización con un contenido mucho más amplio y enriquecido al de las normas, que suelen caracterizarse por su rigidez en la solución efectiva de controversias constitucionales.

En ese entendido, el principio de elasticidad constitucional se configura como una herramienta de interpretación que permite, *prima facie*, a los jueces constitucionales repotenciar su rol de garantes de los derechos fundamentales y, por tanto, reposicionar su legitimidad a través de la labor jurisprudencial. Ahora bien, recordemos que la némesis conceptual y argumentativa, que se contrapone a este principio, es la aplicación de la congruencia procesal, que se relaciona directamente con una premisa de legalidad absoluta.

Empero, la relación inversa que existe entre el principio de elasticidad constitucional y la congruencia procesal, no es una situación que haya surgido en el ámbito nacional, pues, de hecho, tanto en Alemania⁶⁵ como en España, el mencionado principio, es considerado como la expresión material de las excepciones que rigen al principio de congruencia procesal, por tanto, la aplicación del principio de elasticidad, solo es necesaria en situaciones extraordinarias, de acuerdo a la urgencia de los derechos que se tienen que tutelar (Figueroa Gutarra, 2018)

Respecto al principio de congruencia procesal, Figueroa Gutarra (2018) considera que no debe ser entendido como una herramienta de estricto cumplimiento, en tanto se ampara en el principio de legalidad que, por lo general, condicionan las decisiones de los jueces, por ser un respaldo objetivo en el cumplimiento de sus competencias; es por eso que no debe ser comprendido como un punto final de interpretación, sino un criterio de partida a fin de consolidar un derecho tutelable.

⁶⁵ En Alemania, de acuerdo con Bernate Ochoa citado por Figueroa Gutarra (2018), el principio de congruencia está expresado en el artículo 264° del Código Procesal Penal alemán, en función al cual, "el objeto de la sentencia es el hecho penal mencionado en la acusación, como se presenta en el resultado de vista". Sin embargo, el sistema de congruencia no es absoluto pues presenta ciertas peculiaridades que permiten extender el marco de la imputación, aunque siempre se respete el derecho de defensa.

4.2.3. Relación de la autonomía procesal con el principio de elasticidad constitucional y el principio de suplencia de queja deficiente

Ahora bien, en este punto del trabajo, debemos cuestionarnos cuál es la relación entre el principio de elasticidad constitucional y la autonomía procesal o, en su defecto, si deben ser considerados términos equivalentes; ello bajo el entendido que la idea fuerza de ambos conceptos es la flexibilidad de las formas procesales en pro de fines constitucionales trascendentes.

Sobre la cuestión planteada, no existe unanimidad en la doctrina ni en la jurisprudencia, y quizás sea así porque no consideran importante abordar esta discusión que, a primera vista, pudiese parecer simple y cuya dilucidación no tendría efectos prácticos. Sin embargo, asumiremos el reto de precisar algunas ideas en torno a esta problemática, que nos permitan darle solución, al menos de forma inicial.

Respecto a ello, debemos empezar diciendo que los principios, al ser mandatos de optimización, cuya aplicación potencia la configuración de un Estado de Derecho Constitucional, no pueden ser exclusivos de una rama jurídica y mucho menos de un órgano de administración de justicia, prueba de ello es lo afirmado por Figueroa Gutarra (2018), quien piensa que tal directriz no debe ser atribuida únicamente a los jueces constitucionales, aduciendo que también puede ser utilizado en la argumentación esbozada por los magistrados del fuero común, siempre que invoquen a la Constitución y pretendan defender derechos fundamentales como elementos eje de una controversia, a través del control difuso⁶⁶,

⁶⁶ En referencia a ello, (Figueroa Gutarra, 2018) precisa que:

El juez de la justicia ordinaria, en cualquiera de los procesos a su cargo, puede asumir el rol de juez constitucional. Ejemplificación de ello lo represente el hecho de que los jueces, en concordancia con el artículo 138 de la Constitución, pueden aplicar control difuso en caso de incompatibilidad entre una norma legal y la Constitución. En dicho caso, el juez ordinario asume el rol de intérprete pleno de la Constitución e inaplica una ley que considera incompatible con los principios, valores y directrices que emanan de la Carta Magna (pág. 391)

potestad que está siendo utilizada, también por la Corte Suprema de Justicia, con gran tino garantista.

De otro lado, la autonomía procesal es considerada, de acuerdo a Landa Arroyo (2009), como un atributo asignado únicamente al TC, por ser este un organismo constitucional independiente, con lo cual se le irriga la capacidad o potestad de otorgar a las formas procesales mayor ductilidad, para cumplir con los fines de control que la Constitución le ha proporcionado.

En consecuencia, la autonomía procesal es una particularidad exclusiva del TC⁶⁷, que sienta sus bases en el principio de elasticidad constitucional, siendo este un criterio axiológico que puede extenderse para todos los órganos encargados de resolver controversias que impliquen afectación a derechos fundamentales. Entonces, la autonomía procesal podría exportarse como un atributo hacia otros órganos jurisdiccionales⁶⁸, sin embargo, este ejercicio presentaría diversas dificultades de configuración, que no merecen ser abordadas por medio de esta investigación, pues escapa del objeto de la misma.

De ahí que exista, entre estos dos conceptos, una relación de reciprocidad, por cuanto la existencia de la autonomía procesal, depende del principio de elasticidad constitucional⁶⁹. Incluso se puede colegir una relación de todo - parte, si consideramos que el principio puede aplicarse al sistema jurídico en su totalidad, mientras que la autonomía procesal, solo funciona en el terreno de la actividad constitucional.

⁶⁷ Mendoza Escalante (2006), también propugna esta exclusividad del TC, pues al ser este el Supremo Intérprete de la Constitución, también lo es del Derecho Procesal Constitucional, es por ello que, a diferencia de los jueces ordinarios que pueden integrar, también a esta rama jurídica (a través de los procesos de tutela de derechos: hábeas corpus, amparo, etc.) el TC no está condicionado.

⁶⁸ Esta percepción es reafirmada por Figueroa Gutarra (2014) quien propugna que la autonomía procesal no debe ser un monopolito del TC, considerando una concepción horizontal de la autonomía procesal, en la medida que la defensa de los derechos fundamentales asume una dimensión lata de la noción, a través de su jurisprudencia.

⁶⁹ Ello en clara concordancia con Figueroa Gutarra (2018), quien considera que los principios pro homine y de autonomía son criterios sucedáneos del principio de elasticidad constitucional.

Asimismo, considerados que la autonomía procesal es un concepto evolucionado de la idea primigenia del principio de elasticidad constitucional, pues este último proporciona a la actividad del juez una interpretación extensiva, “en la medida que si la pretensión no es suficiente ni idóneamente planteada, el juez al decidir el derecho (...) habrá que reconducir la norma (...) si la tesis de la demanda no invoca correctamente los fundamentos de derecho” (Figueroa Gutarra, 2018, pág. 371), etc. Es decir que, de acuerdo a esta percepción extensiva del principio, el juez está haciendo gala, además, del principio *iura novit curia*, de donde el juez adecua el derecho por existir una trasgresión procesal explícita.

De otra parte, la autonomía procesal, que puede considerarse, como ya se había dicho, una manifestación del principio de elasticidad en sede constitucional; no se sustenta en el conocimiento que el juez tiene del derecho, sino que halla su raíz, según determina Landa Arroyo (2009), en dos principios del Estado Constitucional; uno propio del Derecho privado, por el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, fundado en la autonomía de la voluntad privada. Otro principio del Derecho público, basado en la autonomía de los poderes públicos y los organismos constitucionales, que encuentra su fundamento en el principio de división y control de poderes.

Por lo tanto, la autonomía procesal, es una figura procesal inmediata, por medio de la cual, el TC puede crear otras figuras procesales de manera discrecional; teniendo como único fundamento la urgencia que surge frente a una vulneración de los derechos fundamentales o la plena vigencia constitucional. Mientras que el principio de elasticidad, en su concepción base, propugna la adecuación de las normas procesales, frente a una posible vulneración de estas.

Por otra parte, debemos señalar que la autonomía procesal, no es la única figura que se ha inspirado en función al principio de elasticidad y el *iura novit curia*, pues de ellos también nace, de forma más específica, el principio de suplencia de queja deficiente, que se expresa como el “un deber del juez constitucional de enmendar o corregir los actos procesales del demandante que adolecen de una deficiencia o de una omisión, ya sea sobre el *petitum*⁷⁰, la *causa petendi*⁷¹ –el derecho– o el acto lesivo⁷²” (Mendoza Escalante, 2006, pág. 124)

Evidentemente, la autonomía procesal y principio de suplencia de queja deficiente, son instituciones, que *prima facie* pudiesen confundirse, sin embargo, es preciso señalar que entre ellas solo existen tres elementos en común: la primera, que los principios de los que se deprender son tanto el de elasticidad y el *iura novit curia*; el segundo, según establece Mendoza Escalante (2006), es el principio material que los inspira, que en suma es la habilitación de

⁷⁰ La deficiencia sobre el *petitum* se da cuando se consigna un petitorio erróneamente en un proceso constitucional (v.gr. en los amparos contra normas, cuando se solicita la “declaración de inconstitucionalidad” de la norma autoaplicativa, en lugar de su “inaplicación”) o es propuesto de forma genérica o confusa, sin identificación clara del mismo. (Mendoza Escalante, 2006)

⁷¹ La deficiencia sobre el derecho se da cuando se consigna una denominación errónea del derecho o cuando se alega un derecho que no tiene ninguna relación con los hechos o el acto lesivo descrito en la demanda y que sin embargo sí guarda relación con otro(s) no alegado(s). (Mendoza Escalante, 2006)

Sobre el particular, se propone el caso de Belleza Bullón (STC, emitida en el expediente N° 051-2001-HC/TC), el demandante consignó como *petitum* en su demanda que se procediera a la “detención” de personas que habían presuntamente usurpado su propiedad, sin embargo, en aplicación del citado principio, el Tribunal advierte que en el caso habría una presunta lesión del derecho de propiedad.

⁷² La deficiencia sobre el acto lesivo tiene lugar en la incorrecta identificación del acto lesivo cuando de los hechos expuestos en la demanda se advierte que él no reside en el descrito como tal sino en otro también reportado en ella.

Sobre el particular, se propone el caso de León Flores (STC, emitida en el expediente N° 790-2000-AC/TC) donde aplica idéntica concepción de la suplencia. La demandante, en condición de regidora de una Municipalidad, solicitó en su demanda se ordene al Alcalde la proporción de copias de diversa documentación en cumplimiento de una disposición de la Ley Orgánica de Municipalidades que establecía como función del regidor el ejercer “función de fiscalización y vigilancia” de la administración municipal. El Tribunal que considera inatendible dicha pretensión en el proceso de cumplimiento y, por el contrario, considera que “existiría un presunto acto lesivo del derecho de acceso a la información” y, por ello, dispone se admita la demanda en el proceso de hábeas data.

juez que va en busca de la realización de la finalidades constitucionales, es decir, la protección de los derechos fundamentales y el orden constitucional. Y, por último, está la situación en que ambas figuras plantean eventuales problemas con el principio de congruencia y el principio dispositivo.

Por lo demás, en cuestiones de fondo, debemos precisar que estas instituciones procesales son sustancialmente diferentes, pues mientras la autonomía procesal, busca perfeccionar al Derecho Procesal Constitucional, a través de la innovación de figuras procesales no previstas en el ordenamiento adjetivo y, eventualmente, el sustantivo; el principio de suplencia de queja deficiente, habilita al juez a subsanar los errores procesales de los sujetos intervinientes. Además, debemos dejar en claro que esta última directriz no está dentro del rango de exclusividad del TC, a diferencia de la autonomía procesal, pues a este pueden adscribirse todos los jueces que conocen de procesos de tutela de derechos.

4.2.4. Esbozo conceptual de la autonomía procesal del Tribunal Constitucional

Habiendo determinado medianamente la discusión planteada en el apartado anterior, ya nos encontramos habilitados para completar algunos elementos conceptuales de la Autonomía Normativa Externa del TC o autonomía procesal propiamente dicha. Es así que, para cumplir adecuadamente con este objetivo, hemos de diseccionar a la autonomía procesal, en términos teóricos, a fin de comprender: ¿qué se debe entender por esta?, ¿cuándo? y ¿por qué se justifica su utilidad?

Para abordar la primera interrogante, debemos recordar que Monroy Gálvez (2008), de acuerdo a las características del TCF, establece que a la autonomía procesal, también puede ser conocida como “Libertad de Configuración del Proceso” o “Libertad de decisión discrecional”. Asimismo, Landa Arroyo (2009), precisa

que por la autonomía procesal, el TC ha adquirido un grado considerable de “libertad” en la defición de su derecho procesal.

Ante tales pautas, podemos colegir que la autonomía procesal es un mecanismo del que se vale el TC, para revestirse de discrecionalidad en la creación de figuras procesales que no se encuentran reguladas en su normatividad adjetiva, con el objeto de perfeccionarla⁷³. De ahí que, Mendoza Escalante (2006), la autonomía procesal sea caracterizado bajo la denominación de “principio de perfeccionamiento del proceso constitucional”, en la medida que la configuración del proceso no se aboque a la “simple realización” de los fines constitucionales, sino a una “mejor realización” de estos.

Es por eso que, desde la tradición alemana, para muchos, la autonomía procesal es, hasta cierto punto, una actividad legislativa por cuanto posibilita la instauración de figuras procesales, que ni el legislativo ni el ejecutivo han previsto. De hecho, para doctrinarios como Monroy Gálvez (2008), en este contexto, el TC está tomando decisiones de corte político al concretizar actos de creación legislativa en materia procesal⁷⁴.

Por otro lado, recordemos que al ser la autonomía procesal una variable constitucional mejorada del principio de elasticidad, Landa Arroyo (2009), también la concibe como una directriz cuya utilidad encuentra cabida frente a la insuficiencia de herramientas jurídicas, como los métodos de interpretación o integración – tal como

⁷³ Recordemos que para Rodríguez-Patrón, citada por Landa Arroyo (2009), la autonomía procesal es una manifestación de perfeccionamiento jurisprudencial que el TC realiza en función a su normatividad procesal

⁷⁴ Con esta afirmación, se podría arribar a la conclusión de que el TC sí es un actor político, pero desde un punto de vista diferente al que pretendemos enfocarnos aquí, pues nuestra tesis está abocada a demostrar la intervención política del TC, no por el acto de crear figuras procesales, sino por los efectos políticos que emanan dichas instituciones. Sin embargo, creemos que determinar la intervención política del TC desde ese punto de vista, no debe tomarse a la ligera, de hecho, debería estudiarse en otra investigación, es por eso que nos abstendremos de emitir opinión sobre el particular.

precisa Monroy Gálvez (2008). En tal sentido, la autonomía procesal es un mecanismo procesal de *ultima ratio* que, según lo vemos, encuentra otra raíz constitucional en el mandato de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, según lo previsto en el artículo 139 inciso 8 de la Constitución.

Finalmente, podemos responder el por qué se justifica la autonomía procesal del TC, pues esta es una pregunta que cae por su propio peso, en tanto entendamos que esta directriz, que se configura de manera más apropiada como la base de la actividad creadora discrecional del TC de entidades procesales, se encuentra circunscrita de forma exclusiva en sede constitucional; por tanto, los fines que persigue tienen una nota garantista importante, es por ello que el sacrificio de algunas formas procesales, se entiende siempre que se pretenda tutelar derechos fundamentales y propugne la primacía de la Constitución.

Por lo tanto, de acuerdo Mendoza Escalante (2006), el aporte de Häberle, en relación a la existencia de un Derecho Constitucional concretizado, justifica la percepción material y aplicativa de la autonomía procesal, pues de acuerdo a ello, el Derecho Procesal Constitucional, presenta una particularidad en el ámbito de la integración, que se traduce en “la adecuación, la relativización o la no aplicación de los principios y reglas del Derecho Procesal ordinario en el ámbito de los procesos constitucionales” (pág. 123), pues se considera que estos no siempre se adecúan al cumplimiento de los fines del proceso; de ahí la necesidad de crear normas procesales constitucionales diferentes a las ordinarias.

Ahora bien, debemos tener en claro que, detrás de estos fines constitucionalmente trascendentes, existe un concepto más subjetivo, pero igual de importante para sustentar el por qué el TC, sobrepone su discrecionalidad procesal sobre ciertos preceptos adjetivos: nos referimos a la urgencia con la que se deberían

intentar solucionar conflictos de derechos fundamentales, que de otra forma pueden tornarse irreparables. Es por eso, que el TC ha de ponderar su actuar en función al factor tiempo.

En conclusión, al concatenar todos los elementos conceptuales antes descritos, tenemos que la autonomía procesal, es un instituto procesal exclusivo del TC, que dota a este último, de decisión discrecional para crear figuras procesales en detrimento de otros preceptos de la misma naturaleza, buscando que su regulación adjetiva sea perfeccionada a través de su desarrollo jurisprudencial. Pero ello solo tiene cabida, siempre que los métodos convencionales de interpretación e integración, que nos proporciona el derecho como herramientas jurídicas en la solución de conflictos, no sean suficientes para alcanzar fines constitucionalmente relevantes como la protección irrestricta de derechos fundamentales y la defensa de la Constitución, ponderando transversalmente la urgencia que amerita la solución de tales controversias.

4.2.5. Confrontación entre la autonomía procesal del Tribunal Constitucional y algunos postulados de la Teoría del Proceso

No debemos olvidar que, la autonomía procesal, como prerrogativa constitucional, trae consigo un sacrificio evidente a las formas procesales tradicionales, es por eso que consagrados procesalistas, como Monroy Gálvez (2008) e incluso, constitucionalistas como Abad Yupanqui (2008), no perdonan que este tipo de autonomía conferida al TC, sea una institución procesal que se encuentre fuera de órbita de los principales postulados de la teoría del proceso⁷⁵ y esto es así, porque se suele concebir al

⁷⁵ Sobre el particular Monroy Gálvez (2008) dice:

No hay manera de construir una especialidad procesal sin tener como referencia obligada los postulados de la Teoría del Proceso. Ni la suprema trascendencia de la norma constitucional, ni tampoco la necesidad de ser más creativos y atrevidos a fin de asegurar la vigencia de la Constitución debilitan la afirmación de que no es posible construir una especialidad procesal a espaldas de su base teórica. (pág. 90)

Derecho Procesal, en un tono despectivo, como “formalista” o “privatista”

Incluso, el precedente originario alemán (TCF) de la autonomía procesal, ha sido objeto de críticas de esta naturaleza, según lo recuerda la maestra Rodríguez Patrón, citada por Abad Yupanqui (2008): “ (...) las tesis de la autonomía del Derecho procesal constitucional han recibido un aluvión de críticas en la doctrina, que se centran fundamentalmente en el rechazo a la desvinculación de éste respecto al Derecho procesal general” (pág. 147)

De hecho, Monroy Gálvez y García Belaúnde, citados por Abad Yupanqui (2008), al referirse a la autonomía procesal, señalan que “en realidad, se trata de una vulgar coartada multiuso” y que esta “no existe, y si existe es muy limitado y en todo caso metafórico” (págs. 145 - 146); respectivamente.

En primer lugar, debemos destacar la inconsistencia que existe en torno al *nomen iuris* de esta institución, pues siguiendo las pautas teóricas del proceso, se dice que debió consagrarse como autonomía procedimental. Tal situación estuvo dada, según estudiosos del tema, por una inadecuada traducción del término *Verfharensautonomie*, por parte de la profesora española Rodríguez Patrón, quien debió haber previsto que el TCF extendió su autonomía reglamentaria a aspectos netamente procedimentales (Monroy Gálvez, 2008)

Es ahí de donde surge la necesidad de proponer un paragón entre el proceso y procedimiento, y; para tal fin hemos de adscribirnos a algunas pautas conceptuales, como la que nos proporciona la tesis ferroviaria del Fenech citado por Morales Godo (2009), quien propone un símil pedagógico al respecto: “el procedimiento es al proceso, lo que las vías del tren es a su locomotora; el

procedimiento es el camino que ha de seguir la pretensión (...)" (pág. 206)

De esta manera, se deja entrever que el procedimiento es una secuencia de pasos fijos, mientras que el proceso se caracteriza por ser dinámico y adecuado según la finalidad que persigue. Es por ello que Monroy Gálvez (2008), define al procedimiento, en términos jurídicos, como un conjunto de reglas que regulan el actuar de cada uno de los sujetos procesales, en tanto que el proceso es un concepto más abstracto por lo que se lo debe entender como un conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos que se llevan a cabo en el marco del actuar jurisdiccional del Estado, con el propósito de lograr la eficacia del ordenamiento jurídico⁷⁶.

Debemos tener presente que la teoría del proceso no se encuentra trastocada solo por meras cuestiones de denominación, sino que aunando a ello, la autonomía procesal del TC compromete en demasía algunos principios procesales⁷⁷ de importante

⁷⁶ Pero lejos de estas discusiones, que comprometen a la doctrina construida en torno este instituto desde su origen, el perfil que asumiremos en este estudio será el de autonomía procesal.

⁷⁷ Algunas ideas propuestas por Morales Godo (2009, pág. 96), en torno a la conceptualización de los principios procesales, son los siguientes:

El proceso está orientado por principios, son ellos en los que se apoyan las partes y el juez para realizar los actos procesales que les corresponde en el proceso, estas directivas o matrices, pueden estar contenidas en norma expresa o no; sin embargo, el uso continuo de las mismas y su utilidad, permiten su aceptación. De ellos se vale el juez para dirigir el proceso y resolver correctamente la litis (principio de preclusión, congruencia, publicidad, adquisición, etc.), de igual forma las partes hacen uso de ellas para la formulación de su pretensión y de su defensa (principio dispositivo, defensa privada, derecho de impugnación, doble instancia, etc.)
(...)

Los principios procesales para Peyrano son aquellas construcciones normativas – jurídica de índole subsidiaria, producto de la más cuidadosa decantación técnica – sistemática de las normas que regulan el proceso civil dado; no excluyente, en general, de sus antítesis lógicas o de las consecuencias lógicas de estas; que contribuyen a integrar los vacíos que representan la regulación normativa donde ven la luz, pero cuya primera misión es la de servir de faro para el intérprete, sea juez, legislador o tratadista, no equivoque el camino y olvide que toda solución procedimental propuesta debe armonizar con ellas, so pena de introducir la incoherencia ahí donde resulta más nefasta; es decir, en el ámbito del proceso.

connotación como lo es la congruencia del proceso⁷⁸, de legalidad, y por extensión, de preclusión⁷⁹ y convalidación de los actos procesales, según señala Figueroa Gutarra (2014)

Del mismo modo, Monroy Gálvez, citado por Figueroa Gutarra (2018, pág. 368) precisa, en torno a los principios procesales:

(...)sirven para sustentar y describir la esencia del proceso (...) Ellos informan y guían los actos procedimentales en el proceso. Constituyen pauta de orientación para el juez en la dilucidación de los actos procesales propios de la controversia (...)

⁷⁸ Con respecto al principio de congruencia procesal, la Corte Suprema ha expuesto importantes consideraciones en torno a su doctrina jurisprudencial, dando pautas para diferenciar entre la congruencia interna y la externa:

El principio de congruencia procesal es un principio rector de la actividad procesal, por el cual en toda resolución judicial debe existir conformidad o concordancia entre el pedido formulado por las partes y la decisión que el juez tome sobre él. Dicho precepto es trascendente en el proceso, entre otros aspectos, porque la sentencia judicial tiene que respetar los límites de la pretensión. De este modo destaca la congruencia externa, la misma que se refiere a la concordancia o armonía entre el pedido y la decisión sobre este y la congruencia interna, que es la relativa a la concordancia que necesariamente debe existir entre la motivación y la parte resolutive Casación N° 2851-2008-LIMA. (...) El principio de congruencia consiste en la conformidad de expresión, concepto y alcance entre el fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el proceso; siendo una sentencia incongruente aquella que resuelve un punto no controvertido ni demandado, o aquella que revela absoluta contradicción entre los razonamientos jurídicos expuestos en la parte considerativa y en la parte resolutive Casación N° 3795-2008-AREQUIPA.

⁷⁹ Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado sobre este principio:

(...) En aplicación del principio de preclusión o de eventualidad, recogido en nuestro ordenamiento procesal civil, el proceso se va desarrollando por etapas, de modo que, si se supera una etapa o fase, se pasa a la siguiente y no hay posibilidad de retroceder. Es que, en virtud de dicho, superada la etapa decisoria del proceso no es viable retornar a la etapa postulatoria. Casación N° 2720-2014-LIMA. (...) los actos procesales deben ejercitarse en el orden que nuestro ordenamiento procesal establece y así la primera etapa de todo proceso es la postulatoria, que corresponde al establecimiento de una relación procesal válida, y la siguiente fase del proceso supone la clausura de la fase anterior, de tal manera que los actos procesales cumplidos quedan firmes y no se puede volver sobre ellos, que es el efecto denominado principio de preclusión. Casación N° 4307-2001- AREQUIPA.

Asimismo, Morales Godo (2009, pág. 100), parafraseando el ejemplo analógico de Vescovi, precisa sobre este principio:

(...) la preclusión en el proceso es como aquel canal de agua con compuertas en su trayecto, el agua que pasa de una compuerta para otra ya no regresa a la anterior y así sucesivamente, estas compuertas tienen el propósito supremo de lograr que el agua llegue a su destino final. Esto mismo ocurre en el proceso, donde el proceso avanza hacia la sentencia que resolverá el conflicto de intereses, estas compuertas en el proceso grafican la preclusión de etapas del proceso, si el proceso pasa a etapa decisoria (...) en esta actividad cíclica del proceso las partes deben realizar los actos procesales que importen a sus intereses.

Pese a existir diversos principios de la teoría del proceso tradicional que la autonomía procesal del TC puede contravenir, es el de congruencia procesal el que ha generado mayor atención por parte de la doctrina. Pero, debemos dejar en claro que esta confrontación, no debe considerarse como una condición anómala en toda su extensión pues, según las características que Peyrano⁸⁰, citado por Morales Godo (2009), atribuye a los principios procesales, se debe entender que ellos no se manifiestan en la actividad procesal de forma pura ni absoluta, por lo que, en la mayoría de los casos, cada una de estas directrices posee una antítesis lógica natural, de ahí que nace la llamada bifrontalidad.

Por lo tanto, según el contexto que estamos exponiendo, la autonomía procesal del TC – en tanto actúa como un principio – es la antítesis lógica del principio de congruencia procesal; sin embargo, esta afirmación no resulte ser tan orgánica como aparenta, en tanto, el principio de elasticidad, es hasta cierto punto, una directriz de reciente data y cuya legitimidad aún es muy inestable en el actuar procesal; y, la bifrontalidad, según lo expone Peyrano, se da entre principios procesales que poseen el mismo nivel de aceptación dentro de la tradición jurídica, como lo son, por citar algún ejemplo: el principio inquisitivo y el dispositivo.

⁸⁰ Según este autor, los rasgos característicos de los principios generales del proceso son los siguientes:

- a) bifrontalidad (no hay principio “puro” ni absoluto, todos tienen su antítesis, así el principio dispositivo se contrapone con el inquisitivo, al de publicidad el del secreto, el manejo del proceso por las partes y la actividad oficiosa del juez, etc.)
- b) dinamismo (el proceso civil no ha cesado en la búsqueda de nuevos principios que hagan más coherente un sistema procesal, así el dinamismo absoluto apunta de determinar que el principio descubierto sea una real novedad dentro de la doctrina, el principio de elasticidad, en la parte relativa de este principio, busca verificar su existencia),
- c) practicidad (deber tener las mayores virtualidades pragmáticas),
- d) complementariedad (un principio procesal arrastra a otro principio con el cual se complementa: oralidad significa concentración, oralidad significa publicidad, oralidad significa intermediación) (Morales Godo, 2009, pág. 99)

Lejos de estas divagaciones, se ha de tener en claro que sí existe una relación de oposición entre los elementos expuestos; ahora, debe quedar claro que ello, según algunos doctrinarios, no se agota en un análisis a nivel de principios, pues la naturaleza de la congruencia procesal es más compleja de lo que aparenta, ya que es la ley y, en consecuencia, el principio de legalidad, los que consolidan su actuación en la actividad procesal. Y, ello es así porque, la ley – por ser un canon interpretativo del principio de legalidad – se constituye en una “medida de expresión y respuesta que, en estricta proporción, corresponde a los caracteres básicos de la pretensión⁸¹” (Figueroa Gutarra, 2018, pág. 365)

En virtud de lo anterior, la confrontación entre la congruencia procesal y la autonomía procesal del TC, actualiza uno de los postulados más importantes del neoconstitucionalismo: más principios que reglas; pues pese a que la congruencia procesal también se configura como un principio, su inmediata vinculatoriedad con la aplicación de alguna regla⁸², hacen que sus postulados queden en un segundo plano respecto a la autonomía procesal del TC, bajo la pauta de adecuarse a los fines constitucionales que ya hemos mencionado en antes.

⁸¹ Sobre la estrecha relación entre la ley, el principio de legalidad y el de congruencia procesal Figueroa Gutarra (2018, págs. 363-366) señala:

La esencia interpretativa del principio de congruencia procesal reside en la observancia del principio de legalidad, aquel que Rubio Llorente también denomina “principio de juricidad” y respecto del cual, concuerda con Merkl al acotar que “el carácter de ejecución de la ley (...) no puede ser afirmado sino es partiendo del principio de legalidad”. Su concepción denota la necesaria observancia por parte del juzgador de responder en estricto el tema de la pretensión.

(...)

Es aquí donde en consecuencia adquiere fuerza contextual el principio de congruencia procesal en tanto va a ser a través de la ley y del principio de legalidad, que el mismo va a consolidar su presencia en escenarios procesales, como esa adecuada proporción entre la pretensión como punto de partida del conflicto, y la decisión como respuesta congruente, proporcional y suficiente a la controversia incoada.

⁸² Al respecto se dice que “si se aplica una regla jurídica, la exigencia de congruencia procesal es inmediata” (Figueroa Gutarra, 2018, pág. 367)

Empero, somos de la idea que, aun cuando la congruencia procesal está en estrecha relación con lo que llamamos reglas jurídicas, ello no lo convierten en una, pues el fundamento de una institución jurídica no siempre determina su naturaleza, por tanto, el desarticular a la congruencia procesal de plano, en un contexto procesal, a favor de la autonomía procesal, por ser aquella una regla y este un principio es, a nuestro parecer, una solución simplista del problemas; más aún cuando la congruencia procesal, no debe perder en ningún momento su estatus de principio procesal con real legitimidad en un contexto de normas adjetivas. En consecuencia, ambas figuras, al ser mandatos de optimización deben someterse al ejercicio de ponderación, para lograr determinar su respectiva aplicación al caso en concreto, sin que ello signifique el sacrificio de la validez de uno u otro.

Asimismo, para concatenar nuestras ideas, en función a esta relación de contrariedad, debemos recordar que, la autonomía procesal, al ser parte del principio de elasticidad, está íntimamente vinculada con el principio de *iura novit curia* – de acuerdo a lo que se había precisado en antes – según el cual, el juez debe adecuar el derecho en caso de existir alguna trasgresión procesal; en contraste, Morales Godo (2009), manifiesta que la congruencia procesal, es una limitación a la facultad de *iura novit curia*. En ese orden de ideas, encontramos aquí un punto de anclaje, que nos ayuda a visualizar mejor el panorama de cuán divergentes son el principio de congruencia y la autonomía procesal, pues se toma a la directriz de *iura novit curia* como elemento complementario de esta; y, de reticencia de aquel.

Ahora bien, hasta aquí nos hemos restringido a señalar, de manera implícita que, la congruencia procesal, como principio, propugna la identidad entre las pretensiones y el fallo de la sentencia, lo cual se configura como su principal postulado; empero, no podemos

adoptar una actitud mezquina en torno a este axioma, pues su conceptualización comprende muchas más aristas de las ya expuestas. Es por eso que corresponde analizar en qué vertiente de este principio, la autonomía procesal tiene una incidencia negativa.

Para tal fin, resulta oportuno mencionar la clasificación reseñada por Ezquiaga Ganuzas, referido por Morales Godo (2009), para quien el principio de congruencia procesal tiene dos vertientes: una externa y otra interna. Esta, se presenta por la correlación discursiva entre la motivación y el fallo o cuando, los argumentos de motivación, por sí solos, son contradictorios entre sí⁸³. Por lo contrario la vertiente externa del principio de congruencia, se da en función a dos cuestiones: la primera, se presenta cuando los órganos jurisdiccionales alteran sus decisiones en casos sustancialmente iguales y la segunda, está dada de acuerdo a los términos del proceso que la sentencia resuelve; respecto a este último; encontramos aquí a otra subclasificación, en virtud de la cual ha de presentarse una identidad respecto a las pretensiones, las partes del proceso y los hechos; es por ello que nace de ahí una congruencia objetiva, subjetiva y fáctica, respectivamente.

En relación, a la congruencia objetiva, se dice que ha de existir una correlación entre lo resuelto por el juez y el objeto del proceso, que sustancialmente se delimita por las pretensiones, contradicción y reconvencción; es por eso que encontramos en este punto a la incongruencia *citra petita* o *infra petita* (omisión de pronunciamiento

⁸³ En esta faceta de principio de congruencia, en su versión negativa, al estar íntimamente relacionada con el principio de motivación, podemos encontrar que se materializan algunas falacias de argumentación, como la de conclusión inatente, según la cual, se presenta cuando un razonamiento que se supone dirigido a establecer una determinada conclusión, se utilizar para comprobar una diferente. Por citar un ejemplo: Se ha comprobado que la falta de Hierro en la dieta de las personas puede producir enfermedades en la sangre como anemia. La anemia es una enfermedad que se produce por los bajos niveles de hemoglobina en la sangre. Además, una anemia aguda puede devenir en un cáncer a la sangre. Por eso es recomendable lavarse las manos antes de ingerir los alimentos.

sobre alguna de las pretensiones propuestas), *extra petita*⁸⁴ (pronunciamiento sobre una pretensión no expuesta) y *ultra petita* (pronunciamiento adicional de lo pretendido, que se materializa en función a un criterio cuantitativo⁸⁵

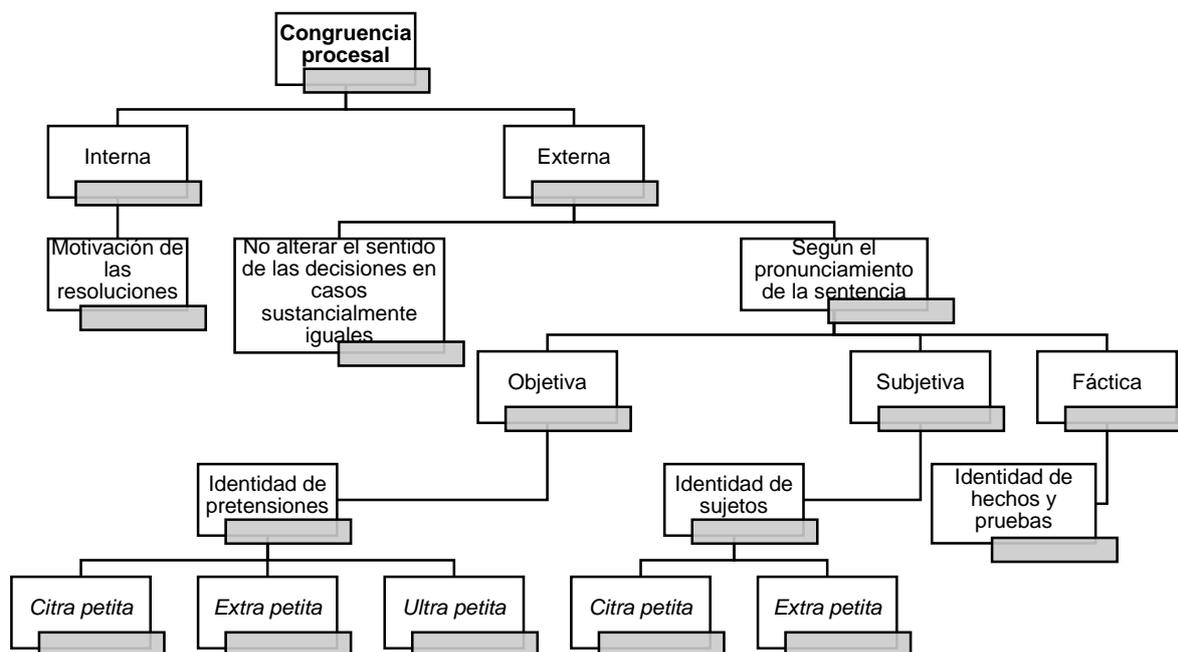
Por congruencia subjetiva, se tiene dos casos en específico: cuando se omite pronunciarse sobre alguno de los sujetos procesales (*citra petita*) o se pone de manifiesto, favor o en contra, de un tercero que no pertenece a la relación procesal (*extra petita*) - salvo que se tratasen de litisconsortes. Por último, la congruencia fáctica, se presenta de suyo, si las resoluciones se basan en los hechos y pruebas aportadas por las partes.

⁸⁴ Un ejemplo de esta incongruencia se nos la proporciona la Corte Suprema, a través de la Casación N° 225-00-CALLAO:

Del tenor de la demanda incoada por el accionante se aprecia que esta, aparte de la pretensión señalada en el considerando precedente no incluyó como pretensión la nulidad de los actos jurídicos en los mencionado instrumentos públicos, sin embargo, el Colegio al emitir la sentencia se ha pronunciado respecto a los requisitos de validez de dichos actos jurídicos, incluyo aplicando normas referidas a la simulación de los mismos, concluyendo que estos no adolecen de causal de nulidad o anulabilidad, lo que como ya se ha mencionado no es materia demandada por el accionante (...) en ese sentido la Sala de Revisión ha emitido una sentencia *extra petita* (...)

⁸⁵ Morales Godo (2009) explica que este una sentencia que presenta una incongruencia *ultra petita*, ha de expresarse, en la mayoría de los casos, en función a términos numéricos o por un criterio cuantitativo, es por eso que propone este ejemplo:

Si el demandante pide que el demandado le pague la suma de S/. 10.00; entonces, el juez no debe tomar una decisión donde se le reconozca un pago mayor al demandante que lo solicitado, por ejemplo, ordenar el pago final de como S/. 15.00; sin embargo, el Juez en su pronunciamiento sí puede reconocer a favor del actor una suma menor (como de S/. 8.00), esto como resultado de que en el debate procesal se haya logrado probar que no le corresponde al actor el pago total, sino una suma menor; en tal caso no hay incongruencia *ultra petita* (pág. 146)



Cuadro 2 Vertientes del principio de congruencia procesal.

De la clasificación reseñada anteriormente, en torno al principio de congruencia procesal, a nuestro criterio y, de acuerdo a las figuras que hemos de analizar más adelante – Inconstitucionalidad por Omisión y Estado de Cosas Inconstitucionales – el actuar del TC respaldado por su autonomía procesal, compromete a la congruencia procesal en su vertiente externa, de acuerdo al pronunciamiento de las sentencias, tanto en su acepción objetiva como subjetiva, y, en ambos casos, específicamente en el ámbito *extra petita*.

Somos de la idea que la incidencia negativa de la autonomía procesal, en la versión objetiva de la congruencia procesal excluye a la incongruencia *citra petita*, pues el silencio judicial sobre cualquier pretensión o algún elemento que configure el objeto del proceso, es inadmisibles bajo todo contexto, pues los magistrados tienen la obligación, incluso de fundamentar por qué no ahondarán sobre alguna situación objetiva, como su falta de competencia

sobre un determinado ítem, por ejemplo; pues de no ser así, existe una vulneración manifiesta al derecho de defensa de las partes procesales y, en consecuencia al debido proceso, que no podrá ser superado ni por las prerrogativas que la autonomía procesal irroga al TC.

Del mismo modo, está exceptuada, dentro de esta categoría, la incongruencia *ultra petita*, pues su presencia solo se materializa través de términos numéricos, lo cual, es hasta cierto punto, un criterio muy soso como para ser analizado a partir de la autonomía procesal del TC, sobre todo porque los magistrados constitucionales se avocan, en casi todos los casos, al reconocimiento de derechos fundamentales, que no siempre encuentran cabida en términos monetarios. Lo cual, no nos inhibe, de pensar que el TC, en función a su autonomía procesal, podría designar un monto indemnizatorio mayor al actor⁸⁶, siempre que a todas las implicancias al respecto se les proporcione una argumentación reforzada.

Habiendo descartado la implicancia de la autonomía procesal en los extremos ya previstos, debemos poner de manifiesto – como ya habíamos adelantado líneas arriba – que es en la incongruencia *extra petita*, donde el TC tiene incidencia, a través de su autonomía,

⁸⁶ Debe recordarse que el juez laboral es el único autorizado para emitir una sentencia *ultra petita*, pues la ley en la materia así lo autoriza (artículo 48, inc. 3 de la LPT); es por ello que no se puede decir que este magistrado está haciendo uso de alguna especie de autonomía, pues un es un precepto legal el que da cabida a esta prerrogativa.

Esta incongruencia no funciona en el proceso laboral, donde el juez puede dar una suma mayor a la solicitada por el trabajador, si por disposición de la ley le corresponde una suma mayor a la solicitada de suma mayor por sus beneficios sociales, indemnización por despido arbitrario, horas extras, u otros conceptos, en la práctica se presenta este fenómeno cuando la liquidación acompañada a la demanda no se ajusta a lo establecido a la norma laboral concreta, por lo cual el juez está obligado a realizar un recálculo, lo que pone en evidencia que, aún en estos casos, el tema es cuantitativo. (...) No obstante, debe quedar claro que el juez laboral también se encuentra prohibido de emitir una sentencia con incongruencia *extra petita*, pues no puede declarar fundado un concepto remunerativo o similar que nos haya sido expresamente demandado (Morales Godo, 2009, pág. 146)

pues, aun cuando los casos constitucionales son regidos también por el principio dispositivo⁸⁷, es decir que estos tiene lugar siempre que una de las partes procesales active la actividad jurisdiccional; a diferencia de la labor de los jueces ordinarios, los magistrados constitucionales tienen la obligación de ver más allá de lo evidente – que en este caso se restringe al objeto del proceso – pues al ser precursores de los derechos fundamentales y constantes defensores del orden constitucional, de percibir que existe una trasgresión en función a ello, a partir de los requerimientos propuestos, pueden emitir pronunciamiento sobre el particular.

Verbigracia, a través la STC 0008-2005-PI/TC, el actor pretendía que el Nuestro Supremo Intérprete declare la inconstitucionalidad del numeral 8) y 10) del Art. IV, TP., Art. 15, inc. d) Art. 16, inc. c) Art. 22 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público; por presuntamente contravenir los artículos 26, 28 y 40 de nuestra Carta Política. De ahí que, en la parte resolutive de la sentencia, en coherencia a los fundamentos esgrimidos en la parte considerativa, el TC declara infundada la demanda de inconstitucional en todos sus extremos por tener convicción de que la Ley N° 28175; Ley Marco de Empleo Público, no vulnera la Constitución en los parámetros concordados en la sentencia, sin embargo exhorta al Congreso de la Republica, a fin de que apruebe lo, antes posible, los proyectos leyes que desarrollen el contenido de la norma impugnada a fin de modernizar el sistema del empleo público en el Perú mediante el nuevo modelo que se propone. Pone de manifiesto estos actos persuasivos, pese que demandante nunca

⁸⁷ Por este principio, se entiende que la tutela jurídica no la otorga el Juez de oficio, la tutela jurídica que otorga el Estado dependerá de la voluntad particular, siendo así este principio se desprende de aforismo *nemo iudex sine actore*, es decir que no hay juez sin actor. conforme a la doctrina el principio dispositivo tiene su antítesis en el principio inquisitivo. Es el sujeto de derecho, quien ejercitando su derecho de acción interpone la demanda, es quien pone en movimiento la actividad jurisdiccional, es que el que aporta los hechos que sustentan a pretensión y los medios probatorios en los cuales se sostiene (Morales Godo, 2009)

requirió pronunciamiento sobre el ello, pero que salieron a flote en virtud de su pretensión inicial.

Por otro lado, se nos presenta la incidencia en la acepción *extra petita* de la incongruencia subjetiva, pues, a partir del pronunciamiento del TC no requerido por las partes, se suele incluir en él, a sujetos que nunca fueron parte del proceso, ni como litisconsortes, por considerarse que en ellos también existe alguna vulneración desde un enfoque de derechos, con lo cual, además encontramos una afección negativa en el principio de bilateralidad⁸⁸.

Por ejemplo, en virtud de la STC 3149-2004-AC/TC, la recurrente solicita, el cumplimiento de la Resolución Directoral N° 00794-EDJAEN emitida por la Unidad de Gestión Educativa de Jaén con fecha 20 de junio de 2003, resolución que dispone se abone a favor de la demandante la suma de S/. 2,624.72 nuevos soles, por concepto de subsidios por luto y sepelio que le corresponde, conforme a Ley; el TC decide declarar fundada la demanda de autos y por tanto ordena, a quien corresponda, dar inmediato cumplimiento y en sus propios términos a la Resolución materia objeto de litis.

Y, es partir de este caso que el TC cae en cuenta que la conducta infractora por parte de la administración pública, forma parte de una práctica de renuencia sistemática y reiterada, constituyendo situaciones o comportamientos contrarios con la Constitución que deben ser erradicados; por lo que se arriba a la conclusión que la

⁸⁸ Morales Godo (2009), parafraseando a Couture, establece que bilateralidad de audiencia, es un principio por la cual nadie puede ser condenado sin ser oído; no hay juicio que se siga a espaldas de la parte a quien eventualmente perjudica, y no hay audiencia válida si no se han dado a las dos partes, por igual, la garantía de defensa necesaria. Además, se dice que este principio es el de igualdad de las partes en juicio, por lo que se entiende como la materialización de la igualdad ante la ley.

actora no es la única que sufrió dicha contraversión; de ahí que se ordena al Ministerio de Educación que en el plazo de 10 días de notificada esta sentencia, informe al Tribunal sobre las acciones tomadas respecto de las responsabilidades de los funcionarios involucrados en las prácticas aludidas; el efecto de la sentencia se expande a todas aquellas personas que se encuentren en la misma situación.

De acuerdo a las líneas expresadas en este apartado, es fácil concluir que la autonomía procesal es una prerrogativa anómala del TC, pues no solo se configura como una institución con graves defectos en su traducción, sino que su elaboración, como entidad jurídica, es en demasía ineficiente, desde el punto de vista de la Teoría del Proceso. Sin duda, estas situaciones son los ingredientes perfectos para hacer de la autonomía procesal del TC un probable germen de origen para caos constitucional y la inseguridad jurídica.

Frente a este escenario tan hostil: ¿la autonomía procesal del TC tiene aún, alguna fuente de legitimación, que prevenga su inefable cuestionamiento? Pues desde el punto de vista del garantismo procesal de justificación constitucional: la defensa de los derechos fundamentales de la persona y la salvaguardia de nuestro orden consitucional, constituyen una panacea frente a todo crítica que pueda nacer en función a la autonomía procesal, bajo el entendido que el Derecho Procesal Constitucional es una rama de fines, antes que de medios; por tanto, esta inclinación teleológica del proceso pone en un plano de preeminencia a la justicia constitucional.

Sin embargo, debemos recordar que la óptica teleológica a la que se ha inclinado el Derecho Procesal Constitucional, en tanto, Derecho Constitucional ccretizado, no debe perder de vista, también, sus deficiencias, respecto a las cuales, según lo expone Abad Yupanqui (2008, pág. 148), no se ha de considerar la opinión

que propugna que la autonomía procesal del TC se fundamenta en la independencia del Derecho Procesal Constitucional, respecto al Derecho Procesal general; intentando reivindicar así – como ya lo habíamos señalado en antes – la instrumentalidad del proceso constitucional y “ (...) a partir de ahí interpretar, integrar y adaptar las categorías de los procesos constitucionales para cumplir con su finalidad urgente de proteger los principios y derechos fundamentales” (pág. 148)

Incluso este autor, considera que la configuración de la autonomía procesal, como instituto creador de normas procesales *ad hoc* es, desde siempre, una figura innecesaria, tanto en la experiencia comparada como en la nacional – tal como veremos más adelante – pues sería suficiente con acudir a la teoría de la interpretación y de la integración de las normas.

4.2.6. Límites a la autonomía procesal del Tribunal Constitucional: A modo de propuesta

Como todo modelo social o jurídico que se construye en base a la libertad, debe consagrar límites para no desembocar en efectos perjudiciales hacia terceros. Es por eso que Landa Arroyo (2009), no solo conceptualiza a la autonomía procesal en base al libre albedrío que esta confiere al TC, sino que además, deja entrever que esa facultad requiere de cierta dosis de responsabilidad con la finalidad de no convertirla en autorquía⁸⁹.

Más aún, si la autonomía procesal del TC se erige en una bomba de tiempo para el equilibrio constitucional, por los defectos formales y de fondo que en ella se contienen, pese a que los fines

⁸⁹ La capacidad de autolimitación del juzgador, a la que hace referencia Figueroa Gutarra (2018), se ve más acentuada porque la autonomía procesal, se erige como una herramienta que permite a la TC alcanzar ciertos fines de corte garantista, que desde una perspectiva inicial convierten a esta Corte Constitucional en un organismo privilegiado.

constitucionalmente relevantes, se sobreponen a casi todas las críticas construidas en torno a esta institución.

Es por eso que, para prevenir cualquier contratiempo que pueda comprometer las bases de nuestro modelo estatal, es necesario que la autonomía procesal del TC, se entienda desde la medida, como un concepto implícito a su construcción conceptual y aplicativa; ello por cuanto señala Figueroa Gutarra (2014, pág. 338): “(...) no es propio que la autonomía procesal pudiera representar un ejercicio irreflexivo de la interpretación constitucional, sino una labor de análisis en la cual la cautela sea el elemento relevante de esta figura”

Y, es justamente esta actitud cautelosa, a la que deberían sumarse los jueces constitucionales, cuando hagan uso de una institución tan controversial como la autonomía procesal del TC, la que ha llevado a concluir que esta ha de mantenerse vigente, según los postulados del activismo judicial restringido:

(...)activista es el juez en la defensa del orden constitucional y de los derechos fundamentales que emanan de las controversias sometidas a control constitucional, y restringido es este mismo juzgador en cuanto la autonomía procesal demanda igualmente prudencia en su aplicación (Figueroa Gutarra, 2014, pág. 338)

En virtud de ello, es que constitucionalistas de renombre han previsto algunos límites a los que los jueces deben inclinarse, con el fin de no hacer de esta prerrogativa irrestricta e irreflexiva en el ejercicio del Derecho. De esta manera, es que Landa Arroyo (2009), entiende que tales demarcaciones deben entenderse de nivel normativo (límites formales) y jurisprudencial (límites materiales).

Respecto a los límites formales señala que, en primer término, deben ser consideradas la Constitución y las leyes, por cuanto ellas

delimitan el marco para que el TC no usurpe las competencias de otros órganos, en virtud del principio de separación de poderes. Del mismo modo, precisa que los tratados sobre derechos humanos, al ser considerados como parte de nuestra normativa interna y por tanto como ejes interpretativos de la judicatura, el TC no puede limitar o restringir su alcance, por medio de su autonomía procesal, solo integrar los vacíos que de ellos surjan.

En esta misma clasificación, encontramos aquí a la vigencia de los derechos fundamentales y la primacía de la Constitución, los mismos que no solo se estatuyen como el principal sustento de la autonomía procesal, sino también como un límite a su aplicación, lo cual ha de materializarse a través de una adecuada justificación de los mismos. Por último, hallamos en esta disgregación del aspecto formal, al reconocimiento de los principios procesales constitucionales, en la medida que nos encontramos frente una Derecho Constitucional Concretizado.

De otra parte, en función a los límites materiales, Landa Arroyo (2009), precisa que las instituciones procesales que se trasladen a la judicatura constitucional, deben ser esbozadas bajo sus propias particularidades (principio de subsidiaridad). Asimismo, ha de observarse que la autonomía procesal sea idónea, necesaria y proporcional a los fines constitucionales que persigue (principio de razonabilidad y proporcionalidad) y finalmente acota que los jueces deben abstenerse de exceder el poder que la autonomía procesal les irroga (principio de interdicción de la arbitrariedad). Asimismo, debemos tener en consideración que los límites autoimpuestos por el TC, que se exponen el fundamento jurídico 3 de la STC contenida en el Expediente N° 020-2005-PI/TC:

- La regulación constitucional y legal de los principios fundamentales del proceso constitucional (artículo 200 de la Constitución, Código Procesal Constitucional y LOTC). Esta

labor, afirma, no supone una ampliación de las competencias del TC.

- Se realiza en base al uso del Derecho Constitucional material, pero no de manera absoluta.
- Se explica por el lugar que ocupa el Derecho Procesal Constitucional, sin que ello suponga negar las singularidades de la jurisdicción constitucional y los principios materiales que la informan.

Ahora bien, creemos que los límites que se han esbozados anteriormente, han sido concebidos sin tomar en cuenta las características intrínsecas, acertadas o disfuncionales, de la autonomía procesal y que, pese a ser funcionales *prima facie*, a la larga solo son meros preceptos enunciativos sin concreción en la realidad, como verdaderos elementos limítrofes de las prerrogativas irrestrictas del TC

Es por eso que, en este apartado nombraremos, algunos límites – a modo de propuesta – que se configuren como elementos argumentativos menos surrealistas, tanto desde la percepción conceptual de la autonomía procesal del TC, como desde una perspectiva argumentativa:

a) Límites en función a la estructura conceptual de la autonomía procesal

- Criterio de subsidiariedad

Como ya lo habíamos advertido líneas arriba, la autonomía procesal es un mecanismo de *ultima ratio*, es decir, su utilidad se hace innecesaria siempre que existan otros mecanismos que nos proporcionen una respuesta razonable frente a una problemática constitucional. Ahora bien, la pregunta cae por su propio peso: ¿Cuáles son estos otros mecanismos?, pues son las instituciones jurídicas – procesales tradicionales.

Ello nace bajo la idea que el juez constitucional, debe reconocer la legitimidad de las actuaciones del Legislador, la misma que solo debe desvirtuarse si las prerrogativas normativas a las que hacemos referencia, resultan insuficientes y, es solo ahí donde debe surgir el efecto integrador de la autonomía procesal.

- **Criterio de temporalidad**

Recordemos, además, que el TC siempre ha de ponderar su actuación en función al factor tiempo, es por ello que la urgencia, como un concepto subjetivo que se encuentra detrás de los fines constitucionales, es un elemento indispensable para no tornar en irreparable cualquier contraversión de índole constitucional y que, por tanto, debe exigirse como una condición fundamental ante la utilidad de la autonomía procesal.

Es por que el artículo 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos⁹⁰, logra materializarse a través de la autonomía procesal, por consagrar la utilidad de un recurso sencillo y rápido; procurando dejar de lado la mediatez y lejanía en la solución de conflictos sobre derechos.

b) Límites en función a un criterio argumentativo

Debemos entender que el arte de dar “buenas razones” – tesis explicada con mayor profundidad en el primer capítulo de este trabajo – ha tomado mayor preponderancia a través de los lineamientos del neoconstitucionalismo, pues es necesario que

⁹⁰ Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

el razonamiento humano posea un mayor grado de abstracción frente a conflictos que involucran derechos fundamentales.

Es por eso, que existe la necesidad de que los jueces logren adoptar una técnica justificativa apropiada, a fin de que la autonomía procesal pueda posicionarse en su faceta de fundamentación, con el objeto de convertirla en una concepto predecible, universal y uniforme⁹¹; lo cual podrá dotarla de mayor legitimidad en el quehacer de la justicia constitucional.

Ahora bien, como recordaremos, es la congruencia procesal la forma adjetiva por excelencia, que resulta ser sacrificada; lo cual no se estatuye en un mero problema de formalidad pues, como ya se había expresado, esta no pierde, en ningún momento su estatus de principio procesal, pese a la estrecha relación que tiene con las reglas jurídicas, y, por ende, con el principio de juricidad.

Por tanto, la tradicional confrontación entre la congruencia procesal y la autonomía procesal del TC, necesita ser analizada por medio de la técnica de ponderación la cual, como método interpretativo de principios, tiene como primer objetivo el asegurar que estos mantengan su jerarquía como tal dentro del ordenamiento jurídico, atribuyéndole a alguno de estos derechos en conflicto una “jerarquía móvil”. Ello bajo el análisis de tres subexámenes importantes: el de idoneidad, de necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha. Según este último, a decir de Barak (2017), es necesario otorgar ciertos pesos a cada uno de ellos.

⁹¹ Esto es posible gracias a que los lineamientos expuestos por el TC, a través de sus sentencias, se extiende a los demás órganos jurisdiccionales y administrativos, por cuanto estamos hablando que su emisor en un ente regulador.

Si bien, no es objeto de este trabajo ahondar más sobre el examen de cada uno de estos criterios ponderativos, un análisis externo de ellos, nos permitirá saber, sobre qué aspectos, el TC deberá ahondar la actividad argumentativa – la misma que se verá enriquecida con los matices de cada caso en concreto – cuando haga uso de su autonomía procesal.

Para ello, nos adscribiremos a algunas pautas que el mismo TC, ha proporcionado, a través de su doctrina jurisprudencial, según las cuales, para identificar estos tres subexámenes, es necesario, primero determina tanto el medio⁹², el objeto y fin⁹³; respecto de la controversia que se desea interiorizar.

En virtud de ello, creemos que el “medio”, sin duda es el sacrificio de alguna de las formas procesales, como la congruencia procesal ya sea en su vertiente objetiva (*extra petita*) o subjetiva (*extra petita*). Asimismo, el “objeto” el mantener el orden constitucional. Y, por último, el “fin” es la exaltación de un derecho fundamental que viene vinculado intrínsecamente al uso de la autonomía procesal.

⁹² “La intervención consiste en una restricción de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En tanto supone una relación finalista, la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio de que aquel se sirve para la obtención de un fin. La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, prima facie, aparece como contraria a la prohibición de discriminación” Fundamento jurídico 34 de la STC emitida en el Expediente N° 0045-2004-PI/TC y publicada el 14 de abril de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

Ello se condice cuando se afirma que “una de las principales funciones de la constitución es la de permitir a cada sociedad enfrentar con éxito las circunstancias cambiantes del tiempo” (Barak, 2017, pág. 89), por ende, en cada proceso interpretativo hemos de tomar en cuenta la finalidad constitucional, la misma que “se puede deducir a partir del lenguaje usado en el texto, de la historia, de la cultura y de los principios fundamentales de la nación” (Barak, 2017, pág. 71).

⁹³ “La finalidad del tratamiento diferente. El fin del tratamiento diferenciado comprende dos aspectos que deben ser distinguidos: objetivo y fin. El objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La finalidad o fin viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica normativamente la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado”. Fundamento jurídico 2.6 de la STC emitida en el Expediente N° 0045-2004- PI/TC. En el mismo sentido encontramos las sentencias emitidas en los Expedientes números 0003-2005-PI/TC (F.J. 327) y los acumulados 0025 y 0026-PI/TC (F.J. 74).

Como vemos, la finalidad justifica, en términos normativos, la legitimidad del objeto, es decir se cumple la condición propuesta por el TC en la determinación de estas variables.

Ahora bien, respecto al examen de idoneidad este consiste en establecer si existe una correspondencia entre el medio y el fin; conclusión a la que se podrá arribar en dos fases: primero determinando la relación entre el medio y el objeto, y; segundo estableciendo la relación entre el objeto y la finalidad⁹⁴. Para el caso que abordamos deberíamos entonces precisar si el sacrificio de la congruencia procesal (medio) logrará mantener el orden constitucional (objeto), y si dentro de este contexto es posible la exaltación de un derecho fundamental, adscrito a la autonomía procesal (fin)

Asimismo, en función al examen de necesidad, se analiza si existen medios alternativos, al optado, que sean menos gravosos. En este sentido, este examen implica una comparación entre medios: el establecido por el legislador con relación a uno o varios medios hipotéticos que hubiera podido adoptar para lograr la misma finalidad constitucional.

Ello implica que los medios hipotéticos alternativos sean igualmente idóneos; por tanto, es necesario determinar la existencia de al menos un medio hipotético igualmente idóneo

⁹⁴ "(l) a idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una *relación medio-fin*. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en igualdad – medio – y objetivo, y (2) el de la relación entre el *objetivo* y *la finalidad* de la intervención" Fundamento jurídico 38 de la STC emitida en el Expediente N° 0045-2004- PI/TC y publicada el 14 de abril de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

y de ser así, que este no incurra en algún sacrificio procesal⁹⁵y, de hacerlo, esto revista menor intensidad.

Debemos señalar en este punto, que el criterio de subsidiaridad al que debe regirse la autonomía procesal, se condice perfectamente con el análisis del examen de necesidad, pues es imprescindible considerar otras alternativas, que podrían ayudar a llegar al mismo resultado, antes de llegar a la conclusión de que el detrimento de alguna de las formas adjetivas, es la solución más viable.

Para terminar, por el examen de proporcionalidad en sentido estricto, el TC, determina que, por ella, se debe seguir la famosa ley de Alexis:” Cuando mayor es el grado de la satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Fundamento jurídico 2.9 de la STC emitida en el Expediente N° 0045-2004-PI/TC).

Es decir, es importante establecer que el derecho que se pretende enaltecer – que viene confinado de forma implícita a la autonomía procesal – debe tener un grado de satisfacción más elevado, en comparación con el grado de afectación que podría presentar la congruencia procesal. Esto, en efecto, puede trabajarse en función a valores asignados según los grados de afectación o satisfacción, a través de una escala tríadica con los valores elevado, medio y débil; que no propone Alexy, citado por Figueroa Gutarra (2014); o en su defecto, si

⁹⁵ “El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, (2.1) si tales medios -idóneos- *no intervienen en la prohibición de discriminación*, o, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste *menor* intensidad. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al objetivo del trato diferenciado, no con respecto a su finalidad. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado” Fundamento jurídico 39 de la STC recaída en el Expediente N° 0045-2004- PI/TC y publicada el 14 de abril de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

estas cargas argumentativas nos son suficientes para determinar la efectiva proporcionalidad entre estos principios, puede recurrirse a la efectivización de subniveles de afectación y satisfacción: elevado-elevado, elevado-medio, elevado-débil, medio-elevado, medio-medio, medio-débil, débil-elevado, débil-medio, y débil-débil.

En consecuencia, lo que nos permitirá realizar el análisis antes descrito, es la propensión de exigir una argumentación reforzada – es decir dar buenas razones – en las sentencias del TC, cuando este decida hacer uso de las libertades que le proporciona su autonomía procesal, lo que permitirá reivindicar la instrumentalidad del proceso; respecto de las siguientes consideraciones:

- Determinar si el detrimento de la congruencia procesal, permitirá exaltar cualquier derecho fundamental que se encuentre adscrito al uso de la autonomía procesal.
- Identificar otro medio que sea idóneo para mantener el equilibrio constitucional y que, a su vez, no sacrifique alguna vertiente del principio de congruencia procesal y, si lo hace, que sea en menor medida.
- Demostrar que el derecho que se pretende efectivizar, a través de la autonomía procesal, tiene un grado de satisfacción más elevado, en comparación con el grado de afectación que podría presentar la congruencia procesal; a través de los niveles o subniveles de afectación o satisfacción que podría asignárseles a cada uno de estos principios.

Empero, debemos recordar que, aun cuando esboce los límites más precisos, ellos nunca van a erigirse como elementos infranqueables, pues "(...) siempre dejan un margen importante de apreciación al TC y a la concepción que él mismo

tenga del ejercicio de sus funciones” (Mendoza Escalante, 2006, pág. 142)

Como habremos podido advertir a lo largo de todo este capítulo, la autonomía procesal del TC, aun cuando sea una fuente valiosa de herramientas procedimentales, que dotan de mayor afectividad y celeridad a la justicia constitucional; no podemos dejar de señalar que las deficiencias que se tejen en torno a ella, la hacen que se perciba como un concepto incipiente, cuya legitimidad en el sistema jurídico aún es muy débil; lo cual solo podrá ser superado siempre que las sentencias del TC que giren en torno a ella, plasmen un firme comportamiento argumentativo en el que se logren justificar y superar cada una de sus debilidades, construyendo una decisión pedagógica, instructiva y orientadora de su naturaleza de su jurídica.

4.3. INSTITUCIONES JURÍDICO – PROCESALES CREADAS A PARTIR DE LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, A TRAVÉS DE SU JURISPRUDENCIA

4.3.1. Un breve repaso histórico

La jurisprudencia, a lo largo de los años y en diferentes contextos, ha sido el medio propicio, a través del cual, los órganos jurisdiccionales encargados de velar por la supremacía de la constitución, han vertido esfuerzos para crear institutos procesales.

Ello nos lo recuerda bien Abad Yupanqui (2008), quien exalta, en primer término, la labor creativa del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, pues su pragmatismo le permitió no regirse estrictamente a la función de legislador negativo, creando de esta forma, la *judicial review* (control difuso) en 1803, a través del emblemático caso “Marbury Vs. Madison”, aun cuando la inaplicación de una norma, por considerarse inconstitucional, no era una prerrogativa otorgada por su constitución. Del mismo modo, encontramos que los tribunales constitucionales europeos,

también han incursionado en esta activa labor creativa procesal, por medio de la innovación de diferentes tipos de sentencias, como las interpretativas, procediendo, incluso, a recomendar al legislador.

Este autor también nos esboza la experiencia latinoamericana, en la creación de procesos de amparo en Argentina, a través de los casos “Angel Siri” (1957) y “Samuel Kot” (1958). Respecto al primero, esta tarea creativa se realizó para disponer el levantamiento de la orden de clausura de un diario efectuado por una decisión gubernamental. Posteriormente, en el caso “Samuel Kot” (1958), la Corte admitió la procedencia del amparo contra particulares.

Cómo olvidar, asimismo, la emblemática labor de algunos tribunales constitucionales que han extendido los efectos de las sentencias de amparo, tal como ha sucedido en Colombia, con el argumento de estar ante un “Estado de Cosas Inconstitucionales”, o ampliando su legitimación para declarar de oficio la inconstitucionalidad de un decreto gubernamental que perpetraba un golpe de Estado, como ocurrió en Guatemala.

Respecto a este último, debemos mencionar que la tarea del juez constitucional guatemalteco marcó un hito histórico, pues en mayo de 1993, declaró la inconstitucional de oficio del decreto denominado “Normas Temporales de Gobierno”, creado en un contexto golpista, cuyo tenor era arbitrario por donde se lo analizase, pues disolvía su Congreso, destituía a la Corte Suprema, etc. Ello se decidió así, pues la efectividad de esta norma tornaría inútil su función esencial: la defensa del orden inconstitucional.

El Perú, sin embargo, ha adoptado esta tradición creadora recién en el año 2002 – donde se le atribuye un perfil activista – pese a que la instalación de TC, como tal, se dio en 1996 – dejando atrás a su antecesor: el Tribunal de Garantías Constitucionales reconocido por la Constitución de 1993. Ello es así porque, en años

anteriores se vio severamente limitado por las constantes destituciones arbitrarias de sus magistrados, que le impedían tomar decisiones concretas para restablecer el orden constitucional.

En esta última etapa se desarrollaron algunas figuras no previstas por la ley. Esto ocurrió con la sentencia sobre terrorismo que precisó los tipos de sentencias en los procesos de inconstitucionalidad (STC contenida en el expediente 00010-2002-AI/TC) y con aquellas sentencias que acogieron la tesis colombiana del “Estado de Cosas Inconstitucional” (STC contenida en el expediente 02579-2002-HD/TC). Empero, es de verse que, en estos casos, el TC prescindió de la autonomía procesal para posicionar estas instituciones procesales en sus sentencias.

De hecho, si nos percatamos, además, en los ejemplos plasmados en la jurisprudencia comparada, todos los jueces constitucionales han prescindido de la llamada autonomía procesal, es por ello que autores, detractores de este instituto, como Abad Yupanqui (2008), avalan que debido a esta experiencia histórica, su aplicación es, por demás, innecesaria en el cumplimiento de los fines constitucionales.

Sin embargo, somos de la idea que, pese a no haber sido nombrada, de forma expresa, en esta primera etapa, la autonomía procesal ya estaba presente pero implícitamente⁹⁶, pero en sus brotes iniciales pues, en definitiva, en aquel entonces no se encontraba tan perfilada como la conocemos ahora. Ello se puede constatar, en la STC contenida en el expediente 02579-2003-HD/TC, donde el fundamento que expresó el TC para incorporar la figura del “Estado de cosas inconstitucional”, era que él – auto atribuyéndose la titularidad – era competente para fijar las reglas

⁹⁶ Esta percepción es compartida con Mendoza Escalante (2006), quien considera que tal principio ya había sido practicado antes de su expreso nombramiento en los casos Anicama y en el de Hoja de Coca.

procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales.

Bajo la misma línea de pensamiento el TC, para justificar la legitimidad de la creación de tipos de sentencias en el caso de terrorismo, se apoyó en la interpretación conforme a la Constitución, lo que en buena cuenta es la razón del Derecho Procesal Constitucional, entendido como Derecho Constitucional concretizado que, como ya vimos, es la base de la innovación de la autonomía procesal.

En una segunda etapa de la función creadora de nuestro TC, ya encontramos jurisprudencia, donde se desarrolla de forma expresa su autonomía procesal, a través de los casos Anicama (STC contenida en el expediente 1417-2004-AA/TC) y Hoja de Coca (STC contenida en el expediente 0020-2005-PI/TC). En función al primero, utiliza este instituto para crear reglas de remisión del proceso de amparo al proceso contencioso administrativo⁹⁷. En la argumentación expuesta, el principio de autonomía procesal se sustenta en el principio finalista de los procesos constitucionales y en el de adecuación de la formalidad a los fines del proceso.

En el caso, Hoja de Coca, posteriormente, el TC afirma que en su condición de “máximo intérprete de la Constitución” y en tanto “órgano supremo de control de la constitucionalidad”, él “es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de su jurisprudencia”

De esta manera, podemos distinguir dos grandes etapas en el desarrollo conceptual de la autonomía procesal: “una de auto atribución como *facultad implícita* (...) y otra, posterior, de reivindicación expresa de facultad sustentada en el principio de autonomía procesal” (Mendoza Escalante, 2006, pág. 120).

⁹⁷ “Estas reglas son dictadas en virtud del principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional (...)” Fundamento Jurídico 54 (tercer párrafo) de la STC contenida en el expediente 1417-2004-AA/TC

Respecto a la primera fase, tenemos como ejemplos al Estado de Cosas Inconstitucionales o la extensión del objeto en los procesos de inconstitucionalidad. Por tu parte, en la etapa de asentamiento expreso de la libertad de configuración del proceso constitucional, se encuentran la figura del partícipe o las reglas procesales de remisión a los procesos ordinarios.

4.3.2. Formas en las que se ejerce la creación de normas constitucionales procesales y la delimitación de la autonomía procesal del Tribunal Constitucional, en torno a ellas

Para Mendoza Escalante (2006) solo existen cuatro supuestos de creación de Derecho Procesal Constitucional, a los cuales haremos referencia a continuación, desde su perspectiva, hasta comprender la particularidad de la autonomía procesal, que la difieren del resto:

- a) Creación por interpretación de normas procesales constitucionales.** - Se presenta cuando, las normas procesales constitucionales, ya reguladas, presentan indeterminaciones que pueden ser semánticas (ambigüedad o vaguedad), sintácticas o gramaticales. Ahora bien, una norma procesal nueva surge, de la necesidad de dotar de contenido a tal indeterminación. La magnitud de creación de este supuesto es mínima.
- b) Creación por integración de lagunas de normas procesales constitucionales.** - Aquí, como es obvio, se recurre a la analogía, que se encarga de aplicar normas procesales ordinarias a un supuesto no previsto por las normas procesales constitucionales. La base normativa de este ítem, se encuentra en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que precisa:

En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina.

Al respecto, Mendoza Escalante (2006), precisa que, conforme puede observarse de la norma citada, existe un orden de prelación al momento de recurrir a una fuente supletoria para integrar una norma procesal constitucional, y lo preside, en definitiva, cualquier norma de carácter procesal (no constitucional) y es justamente este supuesto (aquí es donde encuentra explicación este apartado), el que el autor considera, excluyente en la creación procesal directa (por autonomía procesal) dejando de lado así, a normas procesales ya existentes como las del Código Civil o la Ley de Procedimiento Contencioso Administrativo. De esta manera, se entiende, como una verdadera labor creativa de normas procesales constitucionales, siempre que se recurra a la jurisprudencia, a los principios generales del Derecho Procesal y a la doctrina.

Ahora bien, del mismo precepto normativo, citado en antes, se puede extraer la condición para la consideración de este supuesto: que las normas procesales con la que se va a integrar no sean contrarias a los fines de los procesos constitucionales y que, a su vez, contribuyan a su mejor desarrollo, de lo contrario, es necesario recurrir a la autonomía procesal. Recordemos, por otro lado, que la magnitud de creación de este supuesto es mínima.

- c) Creación de normas procesales constitucionales por habilitación legal de otras normas procesales constitucionales.** - Este considerando es ajeno a la experiencia nacional, sin embargo, es tomado en cuenta, como parte de esta clasificación, pues se dio lugar en Alemania, por medio del artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional alemán (TFC), conforme a tal disposición, “El Tribunal Constitucional puede determinar en su sentencia quién la ejecuta; también puede determinar en el caso concreto la forma y el alcance de la ejecución”. Es a partir de aquí, donde el grado de creación se va acrecentando, en función a los otros dos supuestos.

d) Creación directa de normas procesales constitucionales. -

Mendoza Escalante (2006), al referirse a este apartado, hace referencia directa a la función que cumple la autonomía procesal, definiéndola desde la comparación que existe entre esta y la creación por integración, ya que es en tal modalidad donde puede presentar más dificultades al momento de identificarla. Así la conceptualiza del siguiente modo:

(...) la creación de normas procesales constitucionales se da cuando un vacío legislativo es integrado a través de la creación de una norma procesal ad hoc, valiéndose al efecto de cualquier recurso diferente a la aplicación analógica de normas procesales ordinarias. Es aquí donde tiene lugar la creación normativa en mérito al principio de autonomía procesal constitucional.

De este modo, nos da la materia prima para poder realizar el siguiente cuadro comparativo:

<i>Supuestos de creación procesal</i> <i>Criterios de diferenciación</i>	Creación por integración	Creación directa (Autonomía procesal)
Existencia de una laguna normativa procesal.	Sí	Sí
Fuente de integración	Normas procesales ordinarias (Ej. El Código Procesal Civil o la Ley de Procedimiento Contencioso Administrativo)	Normas procesales <i>ad hoc</i> (Inspiradas en la jurisprudencia, los principios generales del Derecho Procesal y la doctrina.)
Grado o magnitud de creación	De mínimo a medio.	Máximo.

Cuadro 3 Diferencias entre la creación por integración y la autonomía procesal.

Frente a ello, podemos concluir, en definitiva, que la autonomía procesal, como creación directa de normas procesales constitucionales, trasciende a la analogía aquí prevista (creación

por integración), pues cuando las fuentes que integran ese vacío ya no son suficientes, se abre un amplio espacio de discrecionalidad para innovar con figuras procesales, no convencionales para el ordenamiento jurídico – procesal en su conjunto.

Ahora bien, no podemos dejar pasar desapercibido, que la autonomía procesal, también utiliza al Derecho Comparado como una fuente para la integración de normas procesales⁹⁸. Sobre el particular, Mendoza Escalante (2006), opina que esta fuente, solo confiere legitimidad a la incorporación de nuevos institutos procesales al derecho nacional, más la competencia (implícita o expresa) para ello, proviene directamente del TC⁹⁹; es decir, es aquí donde este se atribuye un amplio margen de discrecionalidad, en función a su autonomía procesal.

4.3.3. Algunos ejemplos en los que el Tribunal Constitucional creó Instituciones jurídico – procesales a partir de su autonomía procesal

4.3.3.1. El partícipe

La figura del partícipe, como un nuevo sujeto procesal, se dio a conocer a través de la demanda de inconstitucionalidad contra diferentes artículos de la Ley Orgánica de la Consejo Nacional de la Magistratura, Ley N° 26397 (STC emitidas en los expedientes 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. Resolución de Admisibilidad), donde los demandantes eran Los Colegios de Abogados de Arequipa y del Cono Norte, mientras que como

⁹⁸ Ejemplo de ello es el emblemático instituto de “Estado de Cosas Inconstitucionales” que el TC ha exportado desde Colombia.

⁹⁹ Recordemos que líneas arriba mencionamos que para justificar la incorporación del “Estado de Cosas Inconstitucionales”, el TC manifestó – auto atribuyéndose la titularidad – que era él, el competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales.

demandado figuraba el Congreso de la República. Ahora el TC, requería de manera imprescindible los aportes interpretativos, tanto del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) como de la Academia de la Magistratura (AMAG), sin embargo, ninguna norma de carácter procesal (Código Procesal Civil) le proporcionaba las herramientas para este fin, así que de forma expresa utilizó la figura de la autonomía procesal a fin de cubrir este vacío, de ahí que nació la institución procesal del “partícipe”.

Como ya se dijo, la intervención del partícipe tiene como propósito “aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional que contribuya al procedimiento interpretativo”. Además, se trata de sujetos que, en atención a las funciones que la Constitución les ha otorgado, “detentan una especial cualificación en la materia objeto de interpretación constitucional”.

Pese a ello, no tiene la cualificación de parte, por lo que está imposibilitado de proponer excepciones o plantear nulidades, aun así, debe ser notificado de la demanda y la contestación, puede presentar informe escrito (establece, además, el plazo para su presentación, condicionado a la valoración del propio TC), intervenir en la vista de la causa – esto último, es considerado, por el TC, como el momento cumbre de su actuación.

Ahora bien, la razones que expone el TC para la incorporación de esta figura, se sustentan a través de fundamentos teóricos, comprendidos desde la Constitución, por lo que es aquí, donde se refleja la percepción del Derecho Constitucional concretizado, al que se adscribe nuestro Supremo Intérprete, es por ello

que él mismo establece que ha hecho “una interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales”

Considera, pues el TC, que una pluralidad de intérpretes de la Constitución, “optimiza un enriquecimiento de los puntos de vista que el Tribunal Constitucional, en cuanto supremo intérprete de la Constitución, ha de considerar para examinar un proceso de inconstitucionalidad.” Del mismo modo, hace énfasis en el “carácter democrático” de este tipo de proceso que se dilucida en un “ámbito de publicidad”, el de la audiencia pública, a modo de un “diálogo constitucional, democrático, plural y abierto”

Empero, aun cuando este discurso de connotación constitucional, parezca acertado y persuasivo, Abad Yupanqui (2008) es enfático en precisar que la introducción de esta figura fue innecesaria, ya que resultaba suficiente con hacer uso del artículo 119 de Código Procesal Constitucional¹⁰⁰, lo que le hubiera permitido solicitar un informe escrito, tal como en experiencias anteriores; con lo que comprueba, según él, que sí existía una norma procesal que pudiese cubrir su necesidad interpretativa a través de otros involucrados en el proceso.

¹⁰⁰ Artículo 119 del Código Procesal Constitucional. Solicitud de información: “El Tribunal puede solicitar a los poderes del Estado y a los órganos de la Administración Pública todos los informes y documentos que considere necesarios para la resolución de los procesos de su competencia. En tal caso, el Tribunal habilita un plazo para que las partes conozcan de ellos y puedan alegar lo que convenga a su derecho. El Tribunal dispone las medidas necesarias para preservar el secreto que legalmente afecta a determinada documentación, y el que, por decisión motivada, acuerda para su actuación”

4.3.3.2. Extensión del objeto en el proceso de inconstitucionalidad

Tradicionalmente, la Constitución precisa, de forma taxativa, cuáles son las normas que pueden ser objeto de inconstitucionalidad¹⁰¹, es decir, aquellas que deben ser excluidas del ordenamiento jurídico peruano, a través de un control concentrado que solo puede ser ejercicio por el TC. Lo que, a decir, de Mendoza Escalante (2006), no es otra cosa que la “extensión de la fuerza normativa de la Constitución”

Así pues, la extensión de las normas objeto de control, al ámbito de las leyes de reforma constitucional, pese a que no tiene rango de ley, se funda en la competencia implícita que el TC se atribuye, debido a que ellas se incorporan al ordenamiento jurídico mediante una ley, además, porque al ser vocero del poder constituyente, asume la titularidad legítima para ejercer el control jurídico del poder constituido (STC emitida en el expediente N° 0050-2004-AI/ TC).

Frente a la inconstitucionalidad de normas infralegales, discrepamos con Mendoza Escalante (2006), quien considera que la extensión del objeto del proceso es una manifestación de la autonomía procesal del TC pues según este ente, la *ratio* por la que se llega a establecer dicho supuesto radica en la indeterminación del artículo 78 del Código Procesal Constitucional¹⁰², pues no especifica que la inconstitucionalidad de las normas por

¹⁰¹ Artículo 200, inc. 4 de la Constitución: “La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.”

¹⁰² Artículo 78 del Código Procesal Constitucional: “**Inconstitucionalidad de normas conexas:** La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia.”

extensión necesiten formar parte del mismo cuerpo normativo o posean igual jerarquía que la norma cuestionada; es por ello que somos de la idea que nos encontramos frente a una creación por interpretación, cuya intervención, como ya vimos, es mínima.

Através de la STC comprendida en el Exp. 045-2004-PI/TC, el TC adquiere una actitud muy osada al pretender que normas que ya no están en vigencia (derogadas), puedan ser declaradas inconstitucionales, bajo la premisa de la “Supremacía de la Constitución”, en tres supuesto, dos de los cuales (las primeras que se mencionen), son verdaderas expresiones de la creación directa de normas procesales del TC: a) cuando sean susceptible de ser aplicada a hechos, situaciones y relaciones jurídicas acaecidas durante el tiempo en que estuvo vigente; b) cuando es aplicada ultractivamente; y, finalmente, c), en los supuestos de normas penales o tributarias, cuya declaración de inconstitucionalidad despliega efectos retroactivos absolutos – es decir, han de motivar la reapertura de procesos con autoridad de cosa juzgada.

4.3.3.3. Reglas procesales de remisión al proceso ordinario

El caso Anicama, sin duda, constituye un gran hito en el quehacer jurisdiccional del TC (STC. comprendida en el Expediente. N^o 1417-2005-AA/TC), pues es aquí, donde refiere expresamente a su autonomía procesal, como una herramienta que le permite atribuirse la competencia de creación de reglas procesales.

Este es un proceso de amparo, en el que el recurrente solicita el reconocimiento de su derecho de pensión, pues su ex empleadora pretende desconocer dos años de aportaciones, con lo que no llegaría a cumplir los veinte

años que se requieren para que se le avale el derecho a la jubilación por reducción de personal.

En virtud de ello, el TC, a lo largo de toda la sentencia, como es común en su tarea interpretativa, hace un despliegue sobre las bases teóricas que circundan al derecho a la pensión, abocándose a determinar su contenido constitucionalmente protegido, en tanto, se entiende como un derecho fundamental de configuración legal.

Sin embargo, en el ínterin de su análisis, precisa que, si bien las cuestiones que atentan contra el contenido constitucionalmente protegido de la pensión, deben ser conocidas por medio del amparo, aquellas que no se condicen con tal contenido, han de dilucidarse a través del procedimiento contencioso administrativo, en tanto es la Administración Pública, la que debiera hacer efectivo el derecho a la pensión, siempre que se cumplan con los requisitos exigidos; conclusión arribada de lo contemplado por la Ley N° 27584.

Determinada la vía judicial en la que debiesen ventilarse las pretensiones que no se encuentren dentro del contenido constitucionalmente protegido de este derecho, el TC, haciendo mención a su autonomía procesal, procede a precisar las reglas necesarias para encausar las demandas de amparo en trámite que sean declaradas improcedentes, cuyo contenido no sea objeto de ser resuelto en un amparo. La primera regla hace alusión al procedimiento que se debe seguir para remitir la causa al juez competente en lo contencioso administrativo:

Las demandas de amparo en trámite que (...) sean declaradas improcedentes, deberán ser

remitidas al juzgado de origen (Juez Civil encargado de meritar el proceso de amparo en primera instancia), quien deberá remitir el expediente judicial al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo (en los lugares en los que éstos existan) o deberá avocarse al conocimiento del proceso (en los lugares en los que no existan Jueces Especializados en lo Contencioso Administrativo). (Primer párrafo del Fundamento Jurídico 54 de la STC. comprendida en el Expediente. N. ° 1417-2005-AA/TC)

Asimismo, el TC establece una segunda regla destinada a regular la etapa postulatoria del proceso contencioso administrativo:

Una vez que el Juez competente del proceso contencioso administrativo se avoque al conocimiento de la causa, deberá entenderse presentada y admitida la demanda contencioso administrativa (...), se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso contencioso administrativo. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso. (Segundo párrafo del Fundamento Jurídico 54 de la STC. comprendida en el Expediente. N. ° 1417-2005-AA/TC).

Cabe precisar que, como advierte Mendoza Escalante (2006), estas reglas de procedencia no solo han sido aplicadas en torno al derecho a la pensión, sino que el TC las ha trasladado a procesos de amparo donde se discutían el reconocimiento del derecho al trabajo y libertad de empresa, derecho al trabajo ante sanciones impuestas por municipalidades e, incluso, frente a los supuestos de procedencia en las demandas de cumplimiento.

4.3.3.4. Variación jurisprudencial prospectiva o *prospective overruling*

El *overruling*, es una técnica procesal de origen sajón, caracterizada por proponer un cambio jurisprudencial, a través de parámetros constitucionales, pero que no serán aplicados al caso, al propósito del cual se enunciaron, sino a situaciones futuras verificables.

En el caso Gallegari Herazo, (STC del Expediente N° 0090-2004-AA/TC), que versa sobre una sentencia de amparo, el recurrente pretende que se deje sin efecto, la norma mediante la cual, se varía su situación jurídica de actividad a una situación de retiro por renovación de cuadro, que se lleva a cabo en virtud de una facultad discrecional del Presidente de la República.

La razón por la que ese colegiado decide sustraerse de la materia y no aplicar la variación jurisprudencial que expone en la sentencia al hecho que motivan la controversia *in comento*, es que el recurrente ha hecho efectivo el cobro de sus beneficios sociales y, por tanto, da por consentida la ruptura de su vínculo laboral.

Aun así, decide, analizar todas las consideraciones de relevancia que se tejen en torno a la figura de retiro por renovación de cuadro, en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, con lo que el TC, se propone a lograr dos cosas: la primera, implica establecer lineamientos, con base constitucional, con los que se logrará la variación jurisprudencial, hasta entonces adoptada; la segunda, se basa en precisar que tales criterios de modificación jurisprudencial se harán efectivas una vez que la administración castrense, por medio de la publicación oficial de la sentencia, tome conocimiento de ello y adopte

las medidas que fuesen necesarias; es decir, estamos hablando de una efectividad progresiva de dichos lineamientos constitucionales.

A grandes rasgos, los mencionados criterios, se enfocan en establecer que esta facultad del Presidente de la República, debe tener en cuenta, según su naturaleza, todos los derechos que acoge el debido procedimiento, entre ellos el derecho de defensa, la proporcionalidad y la interdicción de la arbitrariedad y, la debida motivación de las resoluciones.

Así se hace énfasis en el derecho de defensa, que según precisa el TC, su verificación en este tipo de procedimientos no determina la validez de la decisión adoptada, pues no es una consecuencia atribuida por el ejercicio del *ius puniendi*, que caracterizan a las sanciones derivadas del procedimiento contencioso administrativo o el derecho penal.

Pese a excluir la eficacia del derecho de defensa, sí se promueve que las resoluciones en las que establezca la variación de la situación jurídica del interesado, estén debidamente motivadas, pues solo a través del ejercicio de dar buenas razones para ello, de acuerdo a las especiales circunstancias del caso, y no solo mediante la mención de la norma que los posibilita al ejercicio de esta potestad, se podrá lograr que la decisión adoptada no esté premunida de vicios de razonabilidad o proporcionalidad. A su vez, se logrará entender, a través de ello, el porqué el derecho de trabajo no está siendo afectado.

A través de las medidas adoptadas por la administración castrense, para efectuar los lineamientos mencionados, a decir de Mendoza Escalante (2006), el TC pretende ordenar un comportamiento de las autoridades públicas, con un enfoque de derechos fundamentales.

4.3.3.5. Inconstitucionalidad por Omisión

4.3.3.5.1. Algunas consideraciones previas en torno a la idea de “omisión”

Según precisa Fernández Rodríguez (2002), la omisión por sí, es un término que debe entenderse como una manifestación de la voluntad del hombre, de hecho, la conducta humana, haciendo una clasificación genérica de ella, se percibe como positiva y negativa, caracterizada, esta última, por la carencia de un elemento físico que solo puede nacer a partir de la acción. Ahora, la inactividad humana, precisa, solo tendrá relevancia en el exterior si trastoca el orden de valores que es protegido por un sistema¹⁰³, por tanto, una omisión trascendental en mundo real, es aquella que se trasluce en el incumplimiento de la obligación que exige una conducta protectora del orden establecido por aquellos valores.

De otra parte, el autor anteriormente aludido, tras una puntual remembranza histórica, en el ámbito jurídico, del uso que se le dio a la omisión concluye que, desde el Derecho Romano hasta el Derecho Canónico, ya sea como una exteriorización del olvido o un incumplimiento de

¹⁰³ Si trasladamos a la omisión a un contexto jurídico, los valores a los que alude este autor, serían aquellos con naturaleza constitucional, y el sistema que los protege, sin duda, es el Estado Constitucional de Derecho.

obligaciones, este era atribuido a persona físicas, es por ello que propone que, tal término, en el ámbito de las omisiones constitucionales, hubiera sido acertadamente reemplazado por “dejación” o “inactividad”, pues su generalidad permite que la falta de actividad también pueda ser atribuida a órganos.

Asimismo, cree él, que la reprochabilidad de las omisiones constitucionales fue trasladada desde el seno del Derecho Penal, pues la carga antijurídica, en el fondo es la misma para ambas: “vulneración del ordenamiento jurídico a causa de dejar de hacer por parte de quien está obligado a actuar, obligación que tiene su origen en una norma vigente en el momento de acontecer la infracción” (Fernández Rodríguez, 2002, pág. 54). Sin embargo, uno de los principales elementos en lo que diferente es que, el Derecho Penal, clásicamente está dirigido a personas físicas, en cambio, en la omisión inconstitucional, el sujeto infractor es el Poder Legislativo o, como sugieren algunos actores, el Poder Ejecutivo.

No debe olvidarse, sin embargo, que esta institución, fue reconocida jurisprudencialmente, por vez primera por TCF, a través de la sentencia 26/1969, del 29 de enero de 1969, que tuvo por objeto declarar la omisión legislativa inconstitucional del régimen de derechos de los hijos ilegítimos, que por disposición del constituyente debían ser igualados por ley a los hijos legítimos (Eto Cruz, 2014)

En esa línea de pensamiento, no debemos olvidar que es el Derecho Comparado, la fuente que dota de legitimidad al TC, para posicionar a una figura procesal, dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Esta situación podremos entenderla mejor en el desarrollo del Estado de Cosas Inconstitucionales, que se muestra como un caso paradigmático.

Por último, debe considerarse las razones que fundamentan la necesidad de inclusión del control de las omisiones, de acuerdo a lo señalado por Fernández Rodríguez, citado por el TC (STC N° 0006-2008-PI):

a) la necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución, b) la reivindicación de la naturaleza “social” del Estado constitucional, en el entendido, de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales; c) la necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución; d) la naturaleza y rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena; y, e) finalmente, la necesidad de tomar en serio las “obligaciones constitucionales”, en este caso, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales

4.3.3.5.2. Tesis que pretenden conceptualizar a la Inconstitucionalidad por Omisión

De la extensa doctrina encargada de estudiar esta institución jurídica, Rivas Alva (2000) alude a dos de las tesis que se han construido en torno a ella, con el fin de inducir a la formulación de un concepto de la Inconstitucionalidad por Omisión: la obligacionista y la no obligacionista.

La primera, es aquella que presupone la existencia de una obligación que emana del propio texto constitucional, que es desobedecido; se entiende que aquella formulación constitucional es un “encargo a legislar”. En otras palabras, Tejadura Tejada, citado por Rivas Alva (2000), manifiesta que “En sentido jurídico – constitucional, “omisión” significa no hacer aquello a la que de forma concreta se estaba constitucionalmente obligado” (pág. 338)

En contraste, en tesis no obligacionista, no se necesita que exista un mandato para legislar, es por ello que, según esta teoría, cualquier contexto derivado de la inactividad legislativa que, provoquen situaciones jurídicas contrarias a la Constitución, serán consideradas como omisiones inconstitucionales.

Ahora, tanto el TC¹⁰⁴ como Rivas Alva (2000), asumen que la tesis obligacionista de los silencios legislativo es la más coherente en su

¹⁰⁴ Según el Fundamento Jurídico 36 de la STC contenida en el Expediente N° 0006-2008-PI/TC, el TC exige un “mandato claro” a partir del cual puede deducirse la inactividad legislativa.

aplicación pues, de acuerdo a este último, ellos es así, pese a que una de las principales críticas que emanan en torno a esta teórica, es que se correría el riesgo de considerar que al Poder Legislativo como un mero ejecutor de la Constitución, antes que un intérprete, por lo cual el TC tendría que controlar esta actividad, mas no la consecuencia jurídicas que de su conducta pueden derivar; cayendo en la peligroso juego de afectar su facultad de legislar, que es una atribución, a todas luces, política: “la fijación por controlar la actividad legislativa podría llevar al TC a una invasión en el terreno de la política” (pág. 54)

4.3.3.5.3. Elementos que componen al concepto de Inconstitucionalidad por Omisión, desde la tesis obligacionista

Es en función a la tesis obligacionista que se ha esbozado un concepto de la Incondicionalidad por Omisión, que reúne cada uno de los elementos que la caracterizan y que deberían plasmarse en los fallos del TC:

La falta de desarrollo por parte de Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que impida su eficaz aplicación (Fernández Rodríguez, 2002, pág. 56)

Es por ello que, de acuerdo al concepto propuesto por Fernández Rodríguez (2002), destaca los siguientes elementos, tanto desde la perspectiva de la omisión como de la inconstitucionalidad:

A. Falta de desarrollo

Esta idea hace alusión directa a la omisión y, sin pensarlo, este autor con lo afirmado aquí, establecía ya una de las clasificaciones a las que más acude sociedad jurídica en torno a la tipología de las omisiones inconstitucionales.

Así, este autor manifiesta que la idea que se debe entender por omisión, debe ser amplia, por lo que incluye:

- La total ausencia de legislación
- Presencia de una normativa parcial, que abarca tanto una regulación que se olvida de una parte importante de la materia, así como el no considerar, en su formulación, a todos los destinatarios de la norma, lo que trae como consecuencia una vulneración explícita al principio a la igualdad.

Respecto a la primera, hoy en día se considera como una omisión absoluta u omisiones del legislador, mientras que las segundas son entendidas como omisiones relativas¹⁰⁵ u omisiones de la ley. Esta clasificación también es recogida por nuestro Supremo Intérprete, en el Fundamento

¹⁰⁵ Sobre el particular Rivas Alva (2000), citando textualmente Hernández Valles, nos proporciona un ejemplo:

Las omisiones relativas se producen en aquellos casos en que el legislador, al prohibir una determinada actividad que había sido válida hasta ese momento, olvida introducir disposiciones transitorias que reglamenten o respeten los derechos adquiridos de quienes lo habían ejercido anteriormente.

Jurídico 42 de la STC contenida en el Expediente N° 0006-2008-PI/TC¹⁰⁶:

Fernández Rodríguez (2002) hace una conclusión acertada para este apartado: “En todos estos supuestos estamos ante un no actuar que, siendo una decisión política, tiene consecuencias jurídicas (la inconstitucionalidad)” (pág. 56)

B. La inconstitucionalidad

Todos los preceptos que vamos a exponer a continuación, son presupuestos que configuran una conducta vulneradora de la Constitución, cuya concurrencia, trae como única consecuencia: la inconstitucionalidad.

a) Inactividad del Poder Legislativo (Sujeto Infractor)

Frente a las diferentes conceptualizaciones de la omisión inconstitucional, que la doctrina comparada ha configurado, Fernández Rodríguez (2002), ha inferido que tenemos a dos grandes grupos: aquellos que se adscriben a esta institución desde una perspectiva extensa y lo que se inclinan por una percepción reducida de aquella.

¹⁰⁶ “La doctrina suele distinguir las omisiones absolutas u omisiones del legislador de las omisiones relativas u omisiones de la ley. Las primeras están referidas a los silencios totales del legislador sobre determinadas materias cuya regulación o tratamiento legislativo viene exigido desde la Constitución y cuya exigencia por el órgano jurisdiccional puede tornarse en necesaria para la eficacia efectiva de la norma fundamental. Las omisiones de la ley u omisiones relativas en cambio están referidas al silencio de la ley en extremo que no haya sido normado causando perjuicio en la tutela de los derechos”

La concepción amplia, se caracteriza porque la omisión proviene de la inactividad de cualquiera de los poderes públicos, quienes se abstienen de emitir determinados actos políticos, administrativos o de decisiones judiciales. Mientras que la percepción restringida de este instituto dota de exclusividad, respecto a su inactividad, al Poder Legislativo.

La doctrina mayoritaria, apoya a esta última, pues es la Ley, es su sentido estricto, el único vehículo, por medio del cual la norma constitucional verá su desarrollo y, por tanto, su eficacia. Y, es precisamente el Poder Legislativo, según lo prescribe el Estado Democrático de Derecho, el órgano al que se la asignado la tarea de emitir dichas normas legislativas, respaldado por la legitimidad otorgada por la voluntad popular. (Fernández Rodríguez, 2002).

Muchos entienden que el Ejecutivo, por estar premunido de facultades legislativas por delegación, también debe considerarse como un sujeto infractor por sus abstenciones normativas, por ejemplo, cuando omite reglamentar a determinadas leyes o no regule el contenido de la ley estatutaria; sin embargo, se cree que dicha inactividad puede verse revertida mediante el proceso de Acción

de Popular. Excepcionalmente, el Ejecutivo podría figurar dentro del sujeto infractor al que aludimos aquí, siempre que exista una norma constitucional que, de forma específica, le delegara la facultad de desarrollar su contenido mediante disposiciones legales. (Rivas Alva, 2000)

Ahora bien, es válido preguntarse, si configuraría una omisión inconstitucional, cuando se advierte que el Poder Legislativo está realizando un proyecto de ley, concurriendo, durante ese periodo, un caso que permita dilucidar la inactividad vulneradora de una norma constitucional. Para dar respuesta es este supuesto se ha dicho que: "(...) la fiscalización de la Inconstitucionalidad por Omisión debe continuar en la medida que no se sabe cómo acabará el susodicho procedimiento y si al término del mismo va a tener posibilidades de eficacia" (Fernández Rodríguez, 2002, pág. 57)

b) Periodo temporal excesivo (Plazo razonable)

Este es el elemento que denota claramente la relatividad de la institución, para cuya concreción es imprescindible el quehacer jurisdiccional de los órganos constitucionales. Ello es así porque, en general, las disposiciones constitucionales que ameritan ser

desarrolladas, no precisan plazos perentorios en los que el Poder Legislativo despliegue sus competencias legislativas para datarlas de eficacia. (Fernández Rodríguez, 2002)

En virtud del desarrollo casuístico requerido el TC, ha optado, con la finalidad de objetivizar a este “periodo temporal excesivo”, establecer el concepto de “plazo razonable”, cuyo vértice originario es el principio de razonabilidad (artículo 200 de la Constitución). Ahora bien, el momento a partir del cual empieza a computar dicho plazo, ha sido determinado por el TC, para quien no corre desde el momento de la promulgación de la Constitución¹⁰⁷, sino “a partir de una decisión judicial en la que el juez constitucional, a través de un fallo, da cuenta de la inconstitucionalidad” (Fundamento Jurídico 45 de la STC contenida en el Expediente N° 0006-2008-PI/TC).

c) Preceptos de obligatorio y concreto desarrollo: los encargos del legislador

El objeto de este apartado es delimitar qué norma constitucional, del basto conjunto de precepto de esta naturaleza – entendiendo que casi todas ellas son

¹⁰⁷ Para Rivas Alva (2000), ello es así porque “es justo pensar que una ley demore, máxime en un contexto de gran fragmentariedad partidaria, como es el caso peruano(...) siendo irrazonable que sus disposiciones (se refiere a la Constitución) sean desarrolladas de inmediato” (pág. 343)

incompletas – necesitan de desarrollo para su eficacia.

Para este efecto, empezaremos por establecer la clasificación entre normas constitucionales auto aplicativo y heteroaplicativas, que se desprende de lo establecido por el TC:

La distinta eficacia de las disposiciones constitucionales, da lugar a que éstas puedan ser divididas entre «normas regla» y «normas principio». Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización. (Fundamento Jurídico 11 de la STC contenida en el Expediente N° 1417-2005-PI/TC)

Ahora bien, para complementar a estas normas heteroaplicativas, es necesario el despliegue de actividades de cualquiera de los poderes públicos, cuya omisión puede, en consecuencia, generar afectaciones a los derechos fundamentales (que es el objeto del Amparo, por ejemplo) o crear situaciones en las que las normas devengan en simples enunciados, sin eficacia; y, es partir de aquí donde se exige una ley para

revertir esta situación, por lo que se precisa a la Inconstitucionalidad, como proceso que controla silencios legislativos. Por lo tanto, de esta última acción depende la operatividad de las normas heteroaplicativas, que pueden ser de dos clases: i) normas constitucionales que exijan una disposición infraconstitucional para su eficacia (primer párrafo del artículo 31 de la Constitución) y ii) basta que las autoridades públicas alineen su conducta, de acuerdo a los valores que establece (artículo 43 de la Constitución)

Evidentemente, las normas que son objeto de la Inconstitucionalidad por Omisión, son aquellas disposiciones heteroaplicativas de configuración legal, es decir, que requieren ser desarrolladas por leyes para su eficacia, es así que las disposiciones a las que aludimos son llamadas “encargos del legislador” que se conceptualiza de la siguiente manera: “norma constitucional de eficacia limitada que, dada la previsión explícita o implícita, en ella contenida, resulta de obligatorio y concreto desarrollo para que cobre eficacia plena” (Fernández Rodríguez, 2002, pág. 58)

Los encargos del legislador o normas heteroaplicativas de configuración legal, según precisa Rivas Alva (2000), se

clasifican en: i) encargo de cumplimiento discrecional (cuyo desarrollo legislativo se entiende como una mera facultad, como lo establecido en el artículo 74 de la Constitución), ii) encargos de cumplimiento obligatorio o explícito (asignan un tarea legislativa concreta, como el artículo 175 de la Constitución) y iii) los encargos implícitos (tiene un carácter imperativo evidente, más no explícito, como el artículo 4 de la Constitución).

Sin embargo, consideramos que solo los dos últimos elementos que se mencionaron deben ser considerados como verdaderos encargos al legislador pues, a decir de Fernández Rodríguez (2002), es importante que en ellos se pueda advertir el carácter imperativo de legislar, ya se de manera implícita o explícita, por ende, aquellas normas, en donde se preve una potestad facultativo expresa, deben ser descartadas de plano.

A ello debe agregarse, una característica adicional a este tipo de normas, a fin de poder indentificarlas, como verdaderos “encargos del legislador”. Así, el TC, ha establecido que debe estar “referido a un ámbito específico claramente identificable”, es por ello que nos da un caso clásico, de lo que no debiera

considerarse como un verdadero mandato obligacional a legislar:

Así, por ejemplo, las normas que adscriben fines de política en general, como puede ser "el logro del bienestar social" no identifican cuáles son los ámbitos específicos en los que se debe legislar, por lo que en este caso no se configura el fenómeno de la Inconstitucionalidad por Omisión. (Fundamento Jurídico 33 de la STC emitida en el expediente N° 05427-2009-PC/TC)

Por último, debe precisarse que los principios constitucionales, extraídos del sentido global de las normas de la Constitución, no deben formar parte del objeto de la Inconstitucionalidad por Omisión, pues su finalidad se circunscribe a "(...) conseguir vigencia en todo el ordenamiento y ser cumplidos en las distintas aplicaciones de la Ley Fundamental" (Fernández Rodríguez, 2002, pág. 58). De ahí que, se excluyan a las normas constitucionales heteroaplicativas, como el artículo 43 de la Constitución, pues su estructura solo informa sobre el principio de separación de poderes.

d) Ineficacia de la norma constitucional

Este elemento es producto de la concurrencia de un encargo al legislador y la inactividad del mismo, lo que desemboca en que aquella norma prescinda de cumplimiento real en la sociedad, pues la parquedad del texto

constitucional, sin desarrollo legislativo, imposibilita a los ciudadanos a adecuar su conducta en torno a ella.

4.3.3.6. Estado de Cosas Inconstitucionales

4.3.3.6.1. Algunas consideraciones previas

Como ya habíamos advertido en líneas precedentes, este instituto, es un aporte de la Corte Constitucional de Colombia, reconocido hacia el año de 1997. Así, a través de la Sentencia de Unificación N° 559/1997, dictada con ocasión de resolver dos procesos acumulados de tutela promovidos por un total de cuarenta y cinco docentes en ejercicio, contra los municipios de María la Baja y Zambrano, con la finalidad de establecer si los alcaldes de estos municipios vulneraron el derecho fundamental a la salud u otros derechos fundamentales al omitir afiliarlos a un fondo de prestaciones sociales, a pesar de que existía la obligación legal de hacerlo y del hecho que se les descontaba un porcentaje de su salario mensual para tal fin.

De esta manera, la Corte Colombiana resolvió, en función a las siguientes consideraciones: “se trata de un problema general que afecta a un número significativo de docentes del país” y que ante esta situación debía “emitir una orden a las autoridades públicas competentes, con el objeto de que a la mayor brevedad adopten las medidas conducentes a fin de eliminar los factores que inciden en generar un Estado de Cosas Inconstitucionales

que resulta abiertamente inconstitucional”. En este tipo de casos, se aprecia que “la causa de la vulneración no se origina de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de las distintas entidades”

En la experiencia peruana, nuestro TC acogió, por primera vez, esta técnica procesal en ocasión del caso Julia Eleyza Arellano Serquén (STC contenida en el expediente N° 02579-2003-HD/TC) debemos recordar que, al momento de la emisión de dicha jurisprudencia, el TC no hacía mención explícita de su autonomía procesal, como fundamento para legitimar la creación de normas procesales; sin embargo, como ya lo había advertido Mendoza Escalante (2006): es a través de esta figura, donde se puede evidenciar la primera etapa del desarrollo conceptual del autonomía procesal que se traduce como una “auto atribución como *facultad implícita*”. Es por ello que, cuando el TC expresó el fundamento del que se avalaba para incorporar al Estado de cosas Inconstitucionales, precisó que era que él – auto atribuyéndose la titularidad – a le competía fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales; lo que en buena cuenta hace alusión a las bases primigenias de la autonomía procesal.

Ahora bien, habíamos referido que todo instituto o norma procesal que emerja de la autonomía procesal debe tener un carácter innovador, es decir que no sean la mera interpretación o integración de figuras procesales exportadas de otras fuentes, sin embargo, es de unánime acuerdo en la doctrina, que aquellas instituciones que sean incorporadas a nuestro sistema jurídico, desde el seno del Derecho Comparado, también serán considerados como una manifestación de la autonomía procesal, pese a su preexistencia y su relatividad como instituto procesal novísimo. De hecho, como ya se había referido, el Derecho Comparado, es una fuente que confiere legitimidad al TC para introducir estas instituciones al sistema jurídico nacional, pero su tarea termina ahí, pues la competencia, como en el caso Arellano Serquén, debe provenir directamente del órgano constitucional que lo utiliza.

4.3.3.6.2. El Estado de Cosas Inconstitucionales y su relación con otros procesos constitucionales

Según se había previsto en antes, las omisiones constitucionales de los poderes públicos, repercuten directamente en los derechos fundamentales o provoca que la Constitución sea considerada como un mero enunciado sin eficacia. En función a esta último, la inconstitucionalidad aparece como el remedio idóneo para reivindicar la Supremacía constitucional, ya sea a través de su función

como legislador negativo (inciso 4, artículo 200 de la Constitución) o como un legislador activo (Inconstitucionalidad por Omisión)

Para salvaguardar la preeminencia de los derechos fundamentales, son aplicables todos los procesos de tutela, como el amparo, hábeas data, hábeas corpus y acción de cumplimiento. Es por eso que, de acuerdo a lo prescrito por la STC emitida en el expediente N° 0006-2008-PI/TC, una vulneración masiva y generalizada de derechos fundamentales (considerada como una de los presupuestos de la declaratoria de Estado de Cosas Inconstitucionales) solo podrán advertirse en función a los procesos mencionados, por lo que solo aquí será aplicable el Estado de Cosas Inconstitucionales ; más no en la acción de inconstitucionalidad, cuyo objeto de protección es diferente (Supremacía de la Constitución).

De ahí la incompatibilidad entre el Estado de Cosas Inconstitucionales y el proceso de inconstitucionalidad, la misma que se traduce, además, en otro supuesto: la acción de inconstitucionalidad, de acuerdo al artículo 82 de la Constitución, busca que sus sentencias tengan carácter de vinculantes, mientras que el Estado de Cosas Inconstitucionales, pretende sobrepasar aquella expectativa, pues de acuerdo a Mendoza Escalante (2006), la extensión de los efectos *inter partes*, tiene como fundamento el efecto el efecto extra

proceso de una sentencia que debe ser cumplida por autoridades y poderes públicos, más no el efecto vinculante de la sentencia.

4.3.3.6.3. Delimitación conceptual

El Estado de Cosas Inconstitucionales tiene muchas aristas en torno a su formulación conceptual, sin embargo, la doctrina jurisprudencial peruana no ha compendiado todos estos elementos con el fin de crear una definición unitaria, es por ello que recurriremos al ordenamiento jurídico colombiano, desde donde se asentaron sus cimientos, para poder entender y analizar a cabalidad esta interesante figura procesal.

Así, a través de la sentencia T-025 de 2004, la Corte colombiana enumera los factores que se deben tener en cuenta para determinar cuándo estamos frente a un estado de cosas inconstitucional:

- i. La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas.
- ii. La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos.
- iii. La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.
- iv. La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones

y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.

- v. El hecho de que, si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

Rodríguez Garavito, citado por Quintero Lyons, Navarro Monterroza & Irina Meza (2011), resume todos estos elementos en dos factores: como condiciones de proceso (fallas estructurales de las políticas públicas en el país) y condiciones de resultado (violación masiva y sistematizada de los derechos fundamentales de un número indeterminado de personas). Además, las autoras agregan un elemento adicional, a modo de propuesta complementaria, entendiendo que un tercer factor estaría compuesto por la necesidad imperiosa del trabajo en conjunto de diversas autoridades públicas para la modificación de una realidad que resulta contraria a la Constitución.

De lo expuesto, se puede advertir que esta figura procesal, al igual que la Inconstitucionalidad por Omisión, necesita de una norma constitucional de carácter obligatorio que vincule el actuar de los poderes públicos. Es por eso que, de su omisión o actuación contraria a este derecho, de forma sistemática, se puede concluir que existen serias fallas estructurales en el país.

Ahora la solución al problema estatal, es propuesto directamente por la corte constitucional a su cargo, pues una vez que declara el Estado de Cosas Inconstitucionales, es necesario que “se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración” (Fundamento Jurídico 19 de la STC del Exp. N° 2579-2003-HD/TC). Es decir que, el TC, desde un enfoque de derechos fundamentales, establece las pautas que han de seguir los sujetos infractores a fin de que ellos adopten las medidas correctivas correspondientes y con lo cual debiese cesar la masiva vulneración constitucional; en este punto es necesario tener cuidado de no generar una situación de “populismo judicial”, tal como advertíamos en el capítulo anterior, pues la no previsión presupuestal para llevar a cabo los lineamientos propuesto por el TC, harían que este instituto procesal pierda su legitimidad, como mecanismo protector de derechos fundamentales.

Ahora la consecuencia que deriva de ello, es justamente el rasgo particular de este instituto: “La característica esencial de la declaración de una determinada situación como un Estado de Cosas Inconstitucionales consiste en extender

los efectos de una decisión a personas que no fueron demandantes ni participaron en el proceso que dio origen a la declaratoria respectiva, pero que se encuentran en la misma situación que fue identificada como inconstitucional” (STC recaída en el Exp. N° 04878-2008-PA/TC). Es por eso que Mendoza Escalante (2006) precisa que esta figura corresponde al acto procesal de la Sentencia, a través de la cual se reconoce la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, al considerar que sus efectos van más allá de la eficacia *inter partes*.

Ahora, si la sentencia se llega a ejecutar según los lineamientos que ha ordenado el TC a los poderes públicos y estos se extienden a todas las situaciones jurídicas sustancialmente iguales a las que originaron el proceso. Ello trae como natural consecuencia la disminución de la carga procesal, pues tal como precisa Figueroa Gutarra (2014), ahorra muchas de las etapas procesales, como la absolución de la demanda, la emisión de la sentencia respectiva, la interposición de los respectivos recursos de apelación, la audiencia propia de apelación ante la instancia superior y la emisión de un segundo fallo propio de la instancia de revisión, etc.

Esto sucedería en el mejor de los casos, pero qué pasa si la sentencia que declara un Estado de Cosas Inconstitucionales y que, además establece obligaciones concretas a los poderes públicos, no llega a ser efectiva en una

situación equiparable a la que dio origen esta infracción constitucional, debido a la renuencia de las autoridades del Estado; pues el TC ya ha precisado una respuesta para ello: “aparte de que se ordene la remisión de copias de los actuados por la violación del derecho constitucional concretamente afectado, también se dispondrá que se abra proceso penal por desacato de una sentencia del Tribunal Constitucional” (Sentencia 03149-2004-AC/TC)

Según las características que hemos reunido en líneas anteriores, nos atrevemos a formular una concepto tentativo del Estado de Cosas inconstitucionales: institución procesal creada por el TC - través de la legitimidad que le proporciona la doctrina comparada colombiana - que a partir de un proceso de tutela de derechos, identifica una vulneración masiva y generalizada de los derechos fundamentales provenientes de la omisión de los poderes públicos, como sujetos infractores, de normas constitucionales obligatorias. Es ahí donde el TC al declarar el Estado de Cosas Inconstitucionales, prevé líneas de acción que los sujetos infractores deben acatar, dentro de un plazo razonable, a fin de restablecer esta situación, cuyos efectos deben sobrepasar la eficacia *inter partes*, reduciendo así la carga procesal existente.

4.3.3.6.4. Relación con las políticas públicas

Debe referirse que el Estado de Cosas Inconstitucionales ha sido reconocida desde su creación como una técnica para extender los efectos de una sentencia de tutela de derechos fundamentales a sujetos que no sean parte del proceso, para lograr la eficacia ultra partes de una sentencia, a partir de una respuesta implementada por algunos Tribunales y Cortes Constitucionales para resolver un litigio que revela problemas estructurales de fondo, es decir, que involucran la revisión y/o adopción de políticas públicas y la necesaria interrelación entre los poderes del Estado (Vásquez Armas, 2017)

Evidentemente, esta implementación de nuevas políticas públicas, debe hacerse de manera progresiva, por lo que coincidimos con Falla Ly & Zapata Tello (2014), respecto a que es un desatino del Tribunal, preteder que las insituciones les remitan informe de sus acciones, en un plazo desproporcionalemnte corto, dando como salida más coherete, la siguiente:

Nuestra posición es que no es recomendable que se encomiende a la institución pública que afectó los derechos fundamentales, la labor de informar al Tribunal Constitucional sobre el cumplimiento de las reformas. Creemos que sería más ideal encargarle la labor de seguimiento a la Defensoría del Pueblo (...) (pág. 11)

CAPÍTULO V
EFFECTOS POLÍTICOS DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR EL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EN TORNO A LA
INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN Y EL ESTADO DE COSAS
INCONSTITUCIONALES

5.1. LO QUE DEBERÍAMOS ENTENDER POR “EFECTOS POLÍTICOS” O “INTERVENCIÓN POLÍTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL”

Antes de empezar a reseñar los casos que hemos seleccionado en torno a las figuras procesales, objeto de nuestra investigación, es necesario que recordemos brevemente lo que, para efectos de este trabajo, es considerado “política”, en la medida que este concepto posee otras acepciones que, de no excluirlas, podrían desvirtuar completamente el sentido de la tesis.

Así recordaremos, que en el desarrollado del Capítulo III de la tesis, al inmiscuirnos en el quehacer político del TC en la dirección del Estado, fue García Pelayo (1981), quien nos dio las pautas necesarias para entender a cabalidad cada una de las dimensiones de la política; concluyendo, después de realizar un somero desarrollo de cada una de sus acepciones, que el TC, en tanto actor político, podría desplegar sus actividades dentro de la macropolítica, específicamente en el subsistema político – estatal, donde los tradicionales poderes públicos toman decisiones en nombre del Estado, a través de la implementación de normas imperativas o políticas públicas y, la intervención del TC, en esas dos tareas, solo es legitimada – de acuerdo al principio de corrección funcional – si aquellos poderes estatales postergan irrazonablemente su agenda social, lo cual se evidencia dentro de un contexto de inestabilidad democrática.

Por tanto, el objetivo de este capítulo será, precisamente, encontrar sentencias, donde el TC, ya sea directa o indirectamente, se atribuya la tarea de esbozar lineamiento para la implantación de normas imperativas o políticas públicas; ello a través, según lo propugna esta investigación, de la aplicación de dos instituciones procesales: la Inconstitucionalidad por Omisión y el Estado de Cosas Inconstitucionales; figuras cuya aplicación está habilitada por la autonomía procesal del TC.

5.2. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EN TORNO A SUS EFECTOS POLÍTICOS

Debemos advertir que las instituciones que hemos de analizar, han sido modificadas por el TC, respecto a cómo fueron ideadas primigeniamente, es por ello que el lector no deberá extrañarse si el sentido aplicativo de estas instituciones no guarda idéntica concordancia con lo expuesto en el capítulo precedente, es por ello que, para evitar algunas confusiones, plasmaremos ciertas presiones sobre el particular.

En virtud de ello, es preciso mencionar, como ya se hizo en el capítulo anterior, que tanto la Inconstitucionalidad por Omisión y el Estado de Cosas Inconstitucionales, fueron concebidas jurisprudencialmente por los órganos constitucionales de Alemania y Colombia, de forma respectiva. Es por eso que, pese a que no son verdaderas creaciones del TC, tal como debieran ser, según la autonomía procesal, tal situación de exportación de figuras procesales, es una excepción a este supuesto, por lo que es el Derecho Comparado, la fuente que dota de legitimidad al TC para realizar una tarea de esta naturaleza. No obstante, debido a las modificaciones sustanciales que el TC ha hecho en ellas, podrían concebirse, hasta cierto punto, como invenciones propiamente dichas

Además, deber tenerse presente, que el análisis que realizaremos a continuación, estará enfocado, principalmente a cómo el TC ha hecho uso de estas normas procesales, y las decisiones políticas, que surgen de su aplicación. Es por eso que, solo excepcionalmente, y cuando sea pertinente, haremos alusión a cuestiones puramente materiales.

5.2.1. La Inconstitucionalidad por Omisión

Como puede advertirse del capítulo que versa sobre los aspectos metodológicos, referente a la muestra, teníamos por objetivo realizar el análisis de cinco sentencias, en lo que respecta a esta figura procesal. No obstante, de la búsqueda exhaustiva que hemos realizado del trabajo jurisprudencial del TC, hemos tomado conocimiento que, desde la primera vez que el Supremos Intérprete

aplicó esta institución, han sido contadas las veces que ha hecho uso de ella; es por eso que solo analizaremos tres, pues son las que consideramos, las que más se ajustan a nuestras metas.

5.2.1.1. Inconstitucionalidad por Omisión de configuración jurisprudencial

Recordando un poco sobre lo que comentábamos en el capítulo anterior, a cerca de la Inconstitucionalidad por Omisión: una de los presupuestos, que configuraban la construcción conceptual de esta figura, era que debiese existir un “encargo al legislador” – en lo referente a la corriente obligacionista – que no es otra cosa que una norma constitucional que exige, de manera implícita o explícita, al Poder Legislativo, que la desarrolle normativamente, a través de la emisión de leyes, para garantizar su eficacia, ya que como mero mandato constitucional se encuentra limitada para ello.

Pese a esto, el TC, no satisfecho con haber introducido una figura procesal ajena en nuestro ordenamiento jurídico, la ha innovado, además, al ampliar los supuestos que se enmarcan dentro del concepto de “encargo al legislador”, que ha decir de Eto Cruz (2014) ahora se debe concebir como un mandato constitucional de regulación normativa, precepto que no solo acepta a la norma constitucional como tal, sino que además incluye, a las sentencias exhortativas¹⁰⁸ vinculantes, por medio de las cuales, el TC establece una orden para legislar.

¹⁰⁸ Eto Cruz (2014), expresa que pertenecen a las “sentencias interpretativas – manipulativas” y las define en los siguientes términos:

Si bien en ella se declara la inconstitucionalidad de la norma legal en cuestión, el Tribunal no dispone su expulsión inmediata del ordenamiento jurídico, sino que concede al Congreso de la República un plazo para expedir la ley sustitutoria que sea conforme a la Constitución (*vacatio sententiae*). (pág. 518)

Recordemos que este tipo de sentencias, pertenecen a la clasificación de sentencias interpretativas, una creación de nuestro TC (a través de la STC contenido en el Exp. 004-2004-CC/TC), que se sub divide en sentencias de especie (la labor de juez es meramente “declarativa”, ya que se limita a aplicar la norma constitucional u otros preceptos directamente conectados con

Esto, por cuanto tales sentencias, de acuerdo a lo que propugna este autor, son la “concretización” o “intermediación interpretativa” de las normas constitucionales. Empero, pese a que esta justificación, *a priori*, parece razonable, hay investigadores, como Rivas Alva (2000), que piensan que esta situación no expresaría otra cosa que un judicialismo puro, pues lo que pretende el TC es “equiparar sus pronunciamientos a las propias cláusulas constitucionales” (pág. 343)

a) Caso hoja de coca. STC N° 0006-2008-PI/TC

- Antecedentes fácticos y normativos

La referida sentencia se formula en virtud de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Poder Ejecutivo (Presidente de la República), mediante la cual solicita, como pretensión principal, que se declaren inconstitucionales los artículos 1¹⁰⁹ y 2¹¹⁰ de la Ordenanza Regional N.º 022-2008, emitida por el Gobierno Regional de Puno, siendo sus pretensiones accesorias, la inconstitucionalidad por conexidad de los demás artículos de la ordenanza antes mencionada.

ella) y de principio (son las que forman la jurisprudencia propiamente dicha, porque interpretan el alcance y el sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y forjan verdaderos preceptos vinculantes), estas últimas, a su vez, contienen a las sentencias estimativas y las desestimativas y, es justamente en las primeras, donde podemos encontrar a las “interpretativas – manipulativas”, de las que se desprende, como ya se dijo a las “sentencias exhortativas” (Figuroa Gutarra, 2018)

¹⁰⁹ Artículo Primero. - Reconocer a la planta de Coca, como Patrimonio Regional, cultural inmaterial, etnobotánico, sociológico histórico, alimenticio, medicinal e industrial, como símbolo del Pueblo quechua – aymara de la Región de Puno.

¹¹⁰ Artículo Segundo. - Reconocer como zonas cocaleras de cultivo tradicional a las cuencas de: Inambari y Tambopata en la Provincia de Sandia; y a la cuenca del Inambari en la Provincia de Carabaya; donde el volumen de cultivo guarde estricta relación directa con la carga familiar, el sueldo mínimo vital, o el equivalente a una UIT por mes, mientras no exista otra fuente de ingreso rentable. Asimismo, declárese de interés regional el cultivo del arbusto de la hoja de coca debiéndose imponer políticas de revalorización de la misma, como recurso natural y patrimonial de Puno”.

Esta sería la segunda vez en la que el TC tiene la oportunidad de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una Ordenanza Regional (Gobierno Regional de Cuzco y Huánuco)¹¹¹, en la que se pretendía reconocer a la planta de hoja de coca como patrimonio cultural y símbolo del quechua - aymara de una región y declaraba a determinadas cuencas como zonas cocalera. Es por ello que el demandante solicita, además, que el TC adopte medidas eficaces para evitar que esta se vuelva una práctica usual, pues arguye que con esta ordenanza, se estaría tramando una estrategia de ruptura del orden constitucional, que terminaría favoreciendo al narcotráfico.

El TC admitió que, en efecto, nos encontrábamos ante un caso similar al resuelto en su STC N° 0020-2005-PI/TC y acumulado, y por ello, reiteró su desarrollo en torno al derecho a la identidad cultural en su jurisprudencia y la consideración de la hoja de coca como expresión de la identidad cultural:

De este modo, cabe resaltar la íntima relación del cultivo y uso tradicional de la hoja de coca como parte de un conjunto de prácticas sociales, culturales, medicinales y de intercambio comercial, de determinadas comunidades de nuestro país, con el derecho reconocido en el artículo 2.19 de la Constitución que protege el derecho a la identidad étnica y cultural, obligando al Estado a proteger estas manifestaciones como expresión del pluralismo que constituye el principio

¹¹¹ En las STC N° 0020-2005-PI/TC y STC N° 0021-2005-PI/TC (acumulados) se declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República (junto con más de 31 congresistas como litisconsortes activos facultativos) contra dos ordenanzas regionales expedidas por los Gobiernos Regionales de Cuzco y Huánuco. Tales ordenanzas declaraban a la planta de hoja de coca como patrimonio cultural de la Nación y reconocieron como zonas de producción tradicional a zonas de su circunscripción.

que define al Estado Constitucional y democrático de Derecho. (Fundamento Jurídico 32)

Es por ello que luego de un largo desarrollo en sus fundamentos jurídicos, decidió declarar inconstitucionales los artículo 1 y 2 de la Ordenanza del Gobierno Regional N° 022-2008 del Gobierno Regional de Puno y, en consecuencia, también, los demás artículo, bajo el argumento de conexidad; arguyendo que:

(...)la competencia asumida por el Gobierno Regional de Puno de declarar a la hoja de coca patrimonio cultural y señalar que su cultivo es tradicional, y que por ende puede cultivarse a discreción dentro de la circunscripción del Gobierno Regional de Puno es excesiva, primero porque no es una que esté asignada en la Constitución y en las demás leyes, segundo porque no ha considerado la situación real del destino de la hoja de coca y tercero porque estando la producción, comercio e industrialización de la hoja de la coca relacionada al narcotráfico, según los índices expresados anteriormente, se hace evidente que constituye política nacional la lucha contra el narcotráfico, el consumo de drogas y la masificación e internacionalización de ésta. (Fundamento Jurídico 90)

- **Análisis respecto a la intervención política del TC**

Así, para determinar que se había configurado “un supuesto de omisión legislativa por delimitación jurisprudencial del derecho a la identidad”, se estipuló que concurrían los ciertos elementos.

En primero lugar, el TC nos recuerda que, través de las STC N° 0020-2005-PI/TC y STC N° 0021-2005-PI/TC, exhortó al Congreso de la República a reconocer a la hoja de coca como Patrimonio Cultural de la Nación, de acuerdo a lo que señaló, en el Fundamento Jurídico 111 de estos expediente:

Todo lo dicho, evidencia que desde hace siglos el uso tradicional (chaccheo, mágico religioso, ceremonial y medicinal) de la planta de la hoja de coca, forma parte de la identidad cultural de los pueblos originarios del Perú. Por ello, este Colegiado comparte la preocupación de los demandados por el ocio del legislador nacional al no haber reconocido expresamente al uso tradicional de la planta como patrimonio cultural inmaterial de la nación. En tanto dicha inercia legislativa persista se corre el riesgo de generar una Inconstitucionalidad por Omisión, no sólo por afectar el derecho a la identidad cultural de muchos peruanos (artículo 2º 19 de la Constitución), sino también por afectar el derecho a la igualdad (artículo 2º 2 de la Constitución).

De esta manera el TC nos recuerda que, el desarrollo interpretativo que él realiza de las cláusulas orgánicas de la Constitución, deben ser considerados, también, como mandatos constitucionales de regulación normativa, cuya existencia de por sí, constituyen disposiciones de obligatorio cumplimiento para los poderes públicos a los que va dirigido.

Recordemos – como ya nos habíamos adelantado líneas arriba – que esta situación es objeto de múltiples observaciones, pues se puede considerar como una extralimitación de la legitimidad conferida al TC, que él considere que su quehacer

interpretativo sea equiparado, al mismo nivel, con los contenidos de la Constitución. Máxime si, los parámetros jurisprudenciales sobre los que rige su discurso constitucional, son objeto de constantes alteraciones y cambios; es decir, lo que en buena cuenta está haciendo el TC es expresar que el contenido del texto constitucional está expuesto a constantes alteraciones, lo que nos haría pensar que nuestro Supremo Intérprete, se encarga de construir conceptos que, a la larga, podrían conllevar a una manifiesta inseguridad jurídica.

Asimismo, otro de los elementos por los que se construye esta omisión legislativa, es el hecho que hayan transcurrido más de 3 años desde que se expresaron estas exhortaciones. Sin embargo, el transcurso del tiempo, por sí solo, no pueden considerarse como un exceso del plazo razonable, pues a él deben aunarse otros factores, a fin de esbozar adecuadamente esta definición, pues tal como lo señalábamos en el capítulo anterior, la disposición de dicho plazo depende del desarrollo jurisprudencial y de las implicancias del caso en concreto.

Así pues, los componentes que complementan al devenir del tiempo, en la construcción de esta extralimitación de plazo razonable, son los conflictos sociales y jurídicos, surgidos a parti del ocio del Legislativo. Es por eso que, de haber emitido normas conforme lo había establecido el TC, ningún otro Gobierno Regional hubiere osado en poner en vigencias ordenanzas, cuyo contenido arriesgaba gravemente la estabilidad del orden constitucional.

Por otro lado, el TC intenta justificar su intervención política implícita, por coadyudar a la activación legislativa en determinados sentidos. Entre estos argumentos están, las facultades que les son conferidas por el principio de colaboración de los poderes del Estado; asimismo, citando la valoración de la Constitución que hace Alexy, establece que su intervención está permitada en aquello que se considera “constitucionalmente prohibido” y “constitucionalmente necesario”, mas no en lo “constitucionalmente posible”:

En este esquema metodológico, puede establecerse que el control de la acción negativa del legislador, está en directa relación con lo que es “constitucionalmente imposible”. Cuando la actividad del legislador a través de la ley incursiona dentro de este ámbito, la actuación del Tribunal se orienta a eliminar dicha intromisión prohibida por la Constitución. En cambio, el control de las omisiones al legislador se ubicaría en lo que es “constitucionalmente necesario” y no obstante no ha sido atendido por el legislador. Finalmente, aquello que es “solo constitucionalmente posible” se ubica en terreno propio del legislador y por tanto puede ser atendido en la forma en que lo crea conveniente e incluso en el tiempo que lo juzgue necesario. De este modo, la acción del Tribunal Constitucional se legitima, tanto para el control de lo que está *constitucionalmente prohibido*, así como para exigir aquello que resulta “*constitucionalmente necesario*”. (Fundamento Jurídico 39)

En otras palabras, lo “constitucionalmente prohibido” entra en el terreno de la actividad

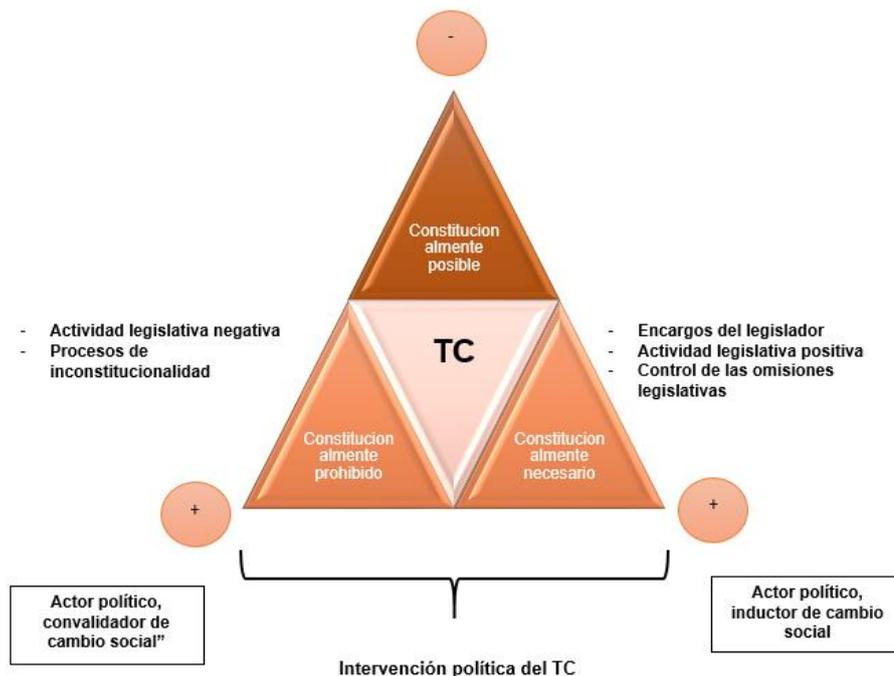
negativa del TC, a través de la labor que realiza en los procesos de inconstitucionalidad, en los que eventualmente, se encarga de expulsar determinadas normas, con rango de ley, del ordenamiento jurídico. Mientras que lo “constitucionalmente necesario” es aquello a los que se ha llamado “encargos del legislador”, y tal como lo concibe el TC, esto puede ser tanto una norma constitucional, cuyo desarrollo tenga carácter vinculante para los poderes públicos, o las exhortaciones obligatorias que realiza a través de sus sentencias; con lo cual se puede materializar su labor legislativa positiva.

Evidentemente, lo “solo constitucionalmente posible”¹¹² no está al alcance del control del TC, pues si bien establece lineamientos de actuaciones para los poderes del Estado, su connotación es meramente facultativa, de ahí que, este concepto de libre albedrío no sea considerado dentro de la

¹¹² El TC, precisa que esta patente actuación legislativa facultativa se configura como:

(...) aquella decisión que corresponde al legislador adoptar, y que puede tomar cuando exista una multiplicidad de medios para hacer efectiva una disposición constitucional, o cuando las disposiciones no requieran desarrollo legislativo para ser directamente aplicables (derechos civiles y políticos de eficacia directa) (Fundamento Jurídico 33 de la STC emitida en el expediente N° 05427-2009-PC/TC)

definición de “encargos del legislador”. Lo señalado se puede resumir, a través del siguiente esquema:



Bajo la misma línea de pensamiento, en su Fundamento Jurídico 51, el TC direcciona claramente el actuar del Legislativo, planteando una vez más su connotación política, al establecer que la dimensión política – valga la redundancia – que se debe adoptar para declarar a la hoja de coca como Patrimonio Cultural de la Nación, consiste en la toma de decisiones¹¹³ que debe seguir el Legislativo para la declaración de parámetros, lineamientos y excepciones.

De esta manera, y no obstante no figurar en el fallo, el Tribunal declaró que el Congreso de la República estaba obligado a actuar en la próxima legislatura “emitiendo una ley que recoja las aspiraciones de los

¹¹³ Recordemos que el “tomar decisiones” es el común denominador en cada una de las acepciones de política que nos expone García Pelayo (1981), tanto en su sentido amplio como restringido.

pueblos andinos y amazónicos que ven reflejada parte de su identidad constitucionalmente reconocida, en el cultivo, uso y tratamiento en general de la planta de la hoja de coca” (Fundamento Jurídico 47), lo que permitiría, a la par, evitar los permanentes conflictos que esta desidia generaba.

Como habremos podido advertir, la omisión a la que ha incurrido el Legislador, se centra en una total ausencia de normatividad sobre la materia, es por eso que es factible establecer que, el silencio que el TC intenta remediar, es lo que se llama en doctrina, una omisión absoluta u omisión del Legislador.

Ello no sin antes, plantear una advertencia al Legislativo que de hacer caso omiso, por reiterada vez, a las exhortaciones que en esa sentencias se plantean, iba a “analizar la viabilidad de considerar patrimonio cultural a la hoja de coca en relación con la Convención 1961, desarrollando los motivos, impedimentos, o concordancias existentes (...) realizando un desarrollo constitucional expreso” (Fundamento Jurídico 54).

De hecho, establece que su actuar está delimitado solo por el “análisis de viabilidad”, a fin de evitar plantear un conflicto entre sus actuaciones y las bases del principio de separación de poderes. No obstante, ello nos parece un fundamento, con sabor a demagogia, en el que plantea casi de manera expresa, que él podría reemplazar fácilmente al Legislativo en su tarea normar preceptos constitucionales, en virtud del carácter viculante de sus sentencias, dando claras luces – como lo

planteábamos en el capítulo III – que él tiene la virtualidad de constituirse en un Poder público, pero solo cuando haya evidencias de fragilidad constitucional. Es aquí, donde creemos que se encuentra el punto más álgido de la intervención política del TC.

Ahora bien, hasta el momento no hay vestigios en los que el Legislador haya desarrollado una norma legal, en la que reconozca cada una de las recomendaciones del TC, salvo el intento fallido del Proyecto del Ley N° 1792/ 2017 – CR, iniciativa planteada por el entonces congresista Benicio Ríos Ocsa, integrante del grupo de “Alianza para el Congreso”. Esta potencial norma, tenía por objeto incorporar a la planta de hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como patrimonio natural de la nación, que es regulada por la Ley N° 28477.

Esto, de acuerdo se menciona en su exposición de motivos, por las exhortaciones que se realizaron en los STC N° 0020-2005-PI/TC y STC N° 0021-2005-PI/TC; sin embargo, el gran error de este dispositivo fue que, de una lectura integral de lo prescrito por el TC, se debió tener por patrimonio cultural a los usos medicinales o tradicionales que se le puede dar a la hoja de coca, más no a la hoja misma, pues puede entenderse que se está revistiendo de legalidad al narcotráfico.

Pese a que la omisión legislativa persiste – hasta el momento en que se escribió esta investigación – debemos dejar en claro que la advertencia del TC no ha podido materializarse, creemos, porque ningún otro Gobierno Regional ha emitido ordenanzas

similares, como las que fueron declaradas inconstitucionales. Ello, de seguro, por que ha quedado claro que el único habilitado, constitucional y legalmente, para proponer normas en las que se declare a la hoja de coca como patrimonio cultura o viabilicen esta normativa, a través de políticas públicas, son los poderes que conforman al gobierno central, ya sea por medio del Legislativo o el Ejecutivo.

b) Caso libre desafiliación. STC N° 0014-2007-PI/TC

Al ser este un supuesto de omisión por configuración jurisprudencial – y para un desarrollo más orgánico del análisis de este caso – debemos tener en cuenta, en primer lugar, que la sentencia que emitió precedentemente, y sobre la cual, considera que hay un mandato constitucionalmente obligatorio de regulación normativa, al que el Legislativo hizo caso omiso, total o parcialmente.

El STC referida, se encuentra contenida en el expediente N° 01776-2004-AA/TC, de fecha 26 de enero del 2007, en el cual el TC analizó una demanda de amparo, cuyo petitorio era que se deje sin efecto el contrato de afiliación a una AFP, de un trabajador minero. Por este caso, el TC tuvo la oportunidad de evaluar si existía o no la capacidad de retorno al Sistema Público pensionario (SPuP), pues mientras la legislación había permitido el traslado del SPuP al Sistema Privado Pensionario (SPrP), no había hecho lo mismo en sentido inverso; lo que juzgó inconstitucional.

Pues había previsto que, al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de libre acceso a los sistemas previsionales, reconocido por el artículo 11 de la Constitución, establecía la posibilidad de retorno del SPPrP al SPuP.

En ese sentido, el TC señaló que este regreso no podía ser absoluto, debiendo seguir los siguientes parámetros, que se rigen por criterios de razonabilidad y proporcionalidad: i) el caso del aportante en el que al momento del trasladarse del SPuP al SPPrP, ya cumplía con los requisitos para obtener una pensión; ii) el caso en el que la afiliación al SPPrP tenía como antecedente una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFPs); y iii) el caso del trabajador cuyas condiciones laborales impliquen un riesgo para su vida o salud. Es por eso, que, para aquel entonces, en el punto resolutive 4, exhortó al legislador que emita, en el más breve plazo posible, las normas que viabilicen la desafiliación del SPPrP, en los casos desarrollados en su fundamentación.

En virtud de tal exhortación, el 27 de marzo del 2007, es decir a aproximadamente dos meses exactos de la publicación de la sentencia aludida, se publicó en el diario oficial el Peruano la Ley 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, promulgada por el Congreso de la República, que buscaba recoger las interpretaciones sostenidas por el TC en esta sentencia de amparo.

Hasta aquí podemos observar, que los mecanismos de innovación de carácter procesal, como la figura de Inconstitucionalidad por Omisión, no siempre son necesarios para que la intervención política del TC se exteriorice y sea, hasta cierto punto exitosa, pues el Legislativo, en este supuesto acató, casi de inmediato las recomendaciones de nuestro supremo intérprete, emitiendo toda una normativa al respecto, a partir de la una sentencia exhortativa.

Sin embargo, la citada Ley fue impugnada por un grupo de congresistas (más del 25% del número legal), ya que consideraban – entre otras consideraciones que no desarrollaremos aquí pues excede la materia de la tesis – que los artículos 1¹¹⁴ y 2¹¹⁵ habían excluido, de los supuestos de válido retorno al SPuP, que habían sido previsto en la STC N° 01776-2004-AA/TC, a la indebida información (información engañosa, información insuficiente o falta de información) de la que puede haber sido víctima el trabajador al momento de afiliarse al SPrP.

De esta manera, el TC, el 04 de mayo del 2009, emitió la STC N° 0014-2007-PI, que le sirvió, como un espacio interpretativo para examinar la rebeldía legislativa que había sido advertida por los demandantes. Así preciso que, el primer y tercer supuesto había sido

¹¹⁴ **Artículo 1°.** _ **Desafiliación retorno a Sistema Nacional de Pensiones**

Podrán desafiliarse y retornar al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que hubiesen ingresado al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995, y que al momento de hacer efectiva tal desafiliación les corresponda una pensión de jubilación en el SNP, independientemente de la edad.

¹¹⁵ **Artículo 2°.** _ **Desafiliación por derecho a pensión**

Adicionalmente, podrán desafiliarse y retornar al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que al momento o de su afiliación a este, cuenten con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SNP.

debidamente recogido por el artículo 2 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la cuestionada Ley. Respecto a los cual, el único supuesto que no estaba recogido era el segundo. Esto se explica mejor, en el siguiente cuadro:

STC N° 01776-2004-AA/TC	Ley 28991
<p>Primero supuesto: El caso del aportante en el que al momento del trasladarse del SPuP al SPrP, ya cumplía con los requisitos para obtener una pensión.</p>	<p>Artículo 2 Quienes al momento de afiliarse al SPrP, hubieran cumplido con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SPuP</p>
<p>Segundo supuesto El caso en el que la afiliación al SPrP tenía como antecedente una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de AFPs</p>	<p>OMISIÓN LEGISLATIVA</p>
<p>Tercer supuesto El caso del trabajador cuyas condiciones laborales impliquen un riesgo para su vida o salud</p>	<p>Primera Disposición Final y Transitoria. Podrán desafiliarse del SPrP todos los afiliados que realicen labores que impliquen riesgo para la vida o la salud que se encuentren bajo el alcance de la Ley 27252, cuando cumplan los requisitos para obtener una pensión de jubilación (SPuP)</p>

Cuadro 4 Supuestos de desafiliación del SPrP y retorno al SPuP

Bajo estos considerandos, podemos observar claramente que el Legislador no ha incurrido en una omisión absoluta, pues ha recogido, de manera adecuada, dos de los tres supuestos que el TC había exhortado legislar, en una sentencia anterior; es por eso que este es un claro ejemplo de omisión relativa u omisión de ley, donde se prevé la presencia de una normatividad parcial, respecto a un punto importante de la materia, como es, en este caso, la falta de regulación del supuesto de haberse trasladado al SPrP en proporción a una indebida, insuficiente y/o inoportuna información.

Ello, después de haber considerado que este silencio era contrario al artículo 2 (inciso 2) y al artículo 65 de la Constitución, que garantizan el derecho a la información de los bienes o servicios que adquieren las personas, en su condición de usuarios. Y, en consecuencia, se advertía una trasgresión al derecho a elegir libremente un sistema de seguridad social (artículo 11 de la Constitución). Esto se expresó en los siguientes términos:

(...) la omisión en la que ha incurrido el legislador (...) resulta inconstitucional (...) el derecho fundamental del usuario (aportante al fondo de pensiones) a recibir de los organismos competentes (AFPs, Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones -SBS-, y Oficina de Normalización Previsional -ONP-) la adecuada y oportuna información sobre el servicio que se le brinda o se le va a brindar (la administración del fondo de su pensión), el cual, como una singular concretización del derecho fundamental a la información, reconocido por el artículo 2° 4 de la Constitución, se encuentra recogido en el artículo 65° de la misma Norma Fundamental. Lo que, a su vez, da lugar a una violación del derecho fundamental a elegir libremente un sistema de seguridad social (libertad que sólo puede ser debidamente ejercida sobre la base de una adecuada información como presupuesto imperativo de la válida formación de la voluntad), previsto en el artículo 11° constitucional. (Fundamento Jurídico 10)

Frente a esta evidente situación inconstitucional que presentaba la ley, de forma parcial, respecto solo a un vacío legislativo que había omitido desarrollar, precisó que la pretensión de los demandantes de expulsar los artículos 1 y 2 de la ley deliberada, no era adecuada pues, “daría lugar a una inconstitucionalidad mayor”, es por ello que estableció que una solución razonable, que

permitiese integrar el vacío legislativo, se podría encontrar, a través de una interpretación concretizadora de la Constitución,

De hecho, explica el TC, que el vacío omitido es, en palabras de Alexy, “algo constitucionalmente necesario”, es por ello que juzga “exigible establecer una regla de Derecho vinculante y con alcance general que permita cubrir la inconstitucional omisión legislativa”. Dicha regla es:

Constituye causal de desafiliación del SPPrP y de consecuente derecho de retorno al SPuP, la acreditación de que la decisión de afiliarse al SPPrP fue consecuencia de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de la AFP o de la Administración Pública. (Fundamento Jurídico 20)

Empero, esta no es la única regulación que el TC se atreve a establecer, pues desarrolla mecanismos que complementan ese supuesto normativo jurisprudencial, al precisar dos elementos, respecto al plazo para hacerse efectiva y regla de carga de la prueba a la que se debería adscribir: i) no opera ningún plazo prescriptorio para alegar la violación al derecho a la información, mientras se mantenga el estado de indebida información, por tratarse una violación constitucional continuada¹¹⁶ y ii) se rige bajo el criterio

¹¹⁶ Respecto a la violación constitucional continuada el TC, establece:

(...) en los supuestos de afectación continuada de derechos fundamentales, la fuerza normativa de la Constitución obliga a dispensar al asunto un tratamiento cualitativamente distinto.

La razón de ello estriba en que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos legales, los derechos fundamentales no tienen soporte en la voluntad de un poder constituido, sino en el reconocimiento que de su superioridad axiológica realiza el Poder Constituyente al incorporarlos en la Norma Fundamental. En tal sentido, la pervivencia de su afectación, exige, cuando menos *prima facie*, que su contenido normativo se imponga frente al valor de la seguridad jurídica basada en una norma infraconstitucional, impidiendo que el paso del tiempo evite la declaración jurisdiccional de nulidad del acto lesivo permanente (Fundamento Jurídico 19)

de carga de prueba dinámica, en virtud del cual, quien se encuentre en obligación de probar los hechos es la parte que tiene el dominio y control de la información, es por eso que esta exigencia recae sobre las SBS y las AFPs.

A diferencia del caso que analizábamos anteriormente, el TC no precisa ninguna advertencia sobre la posibilidad de cubrir el vacío legislativo, a través de su facultad de interpretación constitucional, sino que esta vez, la concretiza, por lo que aquella virtualidad de constituirse en un Poder público, ante un contexto de inestabilidad constitucional, ahora ya es un hecho, por lo cual creemos que la intervención política del TC, ya no se manifiesta de forma implícita, ya que la figura de Inconstitucionalidad por Omisión, le ha servido de enganche para justificar el reemplazo de las facultades normativas al Poder Legislativo, en el que ha incurrido. Por lo tanto, este es uno de los ejemplos más palpables, en donde el TC es un verdadero actor político.

5.2.1.2. Inconstitucionalidad por Omisión cuyo sujeto infractor es el Poder Ejecutivo

Sin duda, la variación del sujeto infractor de la clásica figura de Inconstitucionalidad por Omisión, es una modificación realmente significativa, que ha merecido, por parte del TC un arduo trabajo de argumentación, sentado en el quehacer interpretativo constitucional sobre el que se respalda.

Es por eso que, hacer recaer sobre el Ejecutivo – en tanto es un poder público premunido también por facultades legislativas – la obligación de dotar de eficacia a mandatos constitucionales, solo pudo llevarse a cabo a

través de un Proceso de Cumplimiento¹¹⁷, cuya naturaleza, lo dota de la capacidad para aceptar una figura como la estudiada, con menores traumatismos como las que hubiesen sufrido otras acciones constitucionales.

c) Caso AIDSESEP. STC. N° 05427-2009-PC/TC

Este es un caso, ciertamente particular, donde se aplica la Inconstitucionalidad por Omisión, pero con el fin de desarrollar reglamentariamente un Convenio Internacional (Convenio N° 169 de la OIT), a cargo del Poder Ejecutivo, materializado a través del Ministerio de Energía y Minas. Es pues, aún más especial, si tenemos en cuenta que el TC, asumió esta tarea, en un contexto donde no existía una Ley¹¹⁸, que versase propiamente sobre consulta previa, que sirviera, además, de apoyo para concretizar la obligación de normar, a través de un reglamento.

Así pues, el 03 de agosto del 2007, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESEP), en mérito a un proceso de cumplimiento, pretende que el Ministerio de Energía y Minas cumpla con las disposiciones del Convenio antes referido, por lo que, en consecuencia, debería adecuar sus normas, reglamentos y directivas, de acuerdo a este tratado internacional, respecto a los derechos de consulta, la tierra, el territorio y los recursos naturales.

¹¹⁷ Ello pese a que – como se precisó en el capítulo anterior – autores como Rivas Alva (2000) consideraban que la Acción Popular era un proceso más idóneo para estos fines.

¹¹⁸ El Estado peruano promulgó en setiembre de 2011 la Ley N° 29785, “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT”, y su correspondiente Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012 MC.

Sin embargo, de los Fundamentos Jurídicos 30 y 31 de esta sentencia, se puede advertir que el TC, delimita su campo de análisis, considerando que pronunciarse sobre los elementos como “tierra”, “territorio” y “recursos naturales”, escapa de las competencias exclusivas – máxime si no existe ni siquiera una obligación directa – que vincularían directamente al Ministerio de Energía y Minas.

Es por ello que establece que su discusión solo comprende la verificación del deber de reglamentación que corresponde a esta entidad del Estado, pero únicamente en relación al derecho de consulta previa e informada de los pueblos indígenas, reconocido en el inciso 2 del artículo 6 del Convenio N° 169.

Para determinar ello, como el caso se desarrolla a través de un proceso de cumplimiento, hace una modificación tal, respecto a la naturaleza de este, que de alguna manera deja entrever que esta acción, podría servir como fuente para entender a la Inconstitucionalidad por Omisión, como una derivación de esta, pues los postulados que propugnan ambas figuras gravitan sobre la necesidad de dotar de eficacia a determinados postulados normativos, ya sean de rango legal, infra legal o constitucional. De hecho, en la sustancia original de estas instituciones, podrían llegarse a comprender la siguiente diferenciación:

Inconstitucionalidad por Omisión	Proceso de cumplimiento
Se exige a los poderes públicos la eficacia de mandatos constitucionales.	Se exige a una autoridad o funcionario público, la eficacia de una ley o un acto administrativo firme,
Fuente obligacional: La norma con rango constitucional.	Fuente obligacional: La ley o el acto administrativo firme.
Sujetos infractores: El Poder Legislativo (por regla general) y el Poder Ejecutivo (siempre que exista una norma que constitucional que lo vincule directamente)	Sujetos infractores: autoridad o funcionario público.

Cuadro 5 Diferencias entre la Inconstitucionalidad por Omisión y el proceso de cumplimiento.

Frente a un contexto, donde se necesita cohesionar diversos elementos de estas instituciones, para poder dar una coherente respuesta a la pretensión de recurrente, el TC se cuestiona si “el proceso de cumplimiento es el mecanismo procesal adecuado para examinar la comisión de una omisión normativa inconstitucional” (Fundamento Jurídico 23),

En otras palabras, lo que intenta dilucidar el TC es si existe la posibilidad de entender que el proceso de cumplimiento puede admitir como fuente obligacional a una norma de rango constitucional y como sujeto infractor a una entidad que se transfigura en un Poder Público (Poder ejecutivo – Ministerio de Energía y Minas) lo que, en buena cuenta, estaría haciendo es crear un “Frankenstein” procesal que, como veremos no es la única modificación a lo que estará sujeta esta nueva innovación jurídica del TC, proceso al que ha pretendido llamar “adecuación o redimensionamiento del proceso de cumplimiento”.

Esto bajo dos argumentos que dan cuenta de forma implícita que el TC hace uso de la discrecionalidad conferida por su autonomía procesal. El primer fundamento, es de carácter estrictamente constitucional, lo que propone que esta nueva creación procesal, se enmarca en lo que se ha llamado Derecho Constitucional Concretizado que, como ya precisamos, es uno de los principales cimientos de su autonomía. Así reza textualmente:

Este Tribunal estima que es su deber inexcusable preferir aquella (hace referencia a la disposición constitucional) que más favorece la Defensa de la Constitución, la persona y su dignidad y, por ello, aquella, que mejor resguarde sus derechos fundamentales (Fundamento Jurídico 23)

Del mismo modo, se agencia de una herramienta que propugna la necesidad de coherencia por parte del legislador, por lo cual acude un argumento que alude a un raciocinio lógico, que refiere indirectamente al clásico aforismo jurídico “el que puede lo más, puede lo menos”

(...) si en nuestro ordenamiento se brinda adecuada protección al derecho a la efectividad de las disposiciones legales o los actos administrativos, con mayor razón se puede exigir, a través de este proceso, que se tutele el derecho a convertir en realidad jurídico-constitucional aquello que está inscrito en una norma de rango constitucional. (Fundamento Jurídico 10)

En la misma línea de pensamiento, justifica su novísima creación procesal, en el “deber de todo juez de impartir justicia en el caso concreto, aun en ausencia de ley o la deficiencia de esta, tal y como lo ordena la propia Constitución, en su artículo 139, inciso 8 (Fundamento Jurídico 23). Con lo cual, termina por

convencernos que está haciendo mención al libre albedrío que le confiere su auto conferida, autonomía procesal.

Ahora bien, el “Frankenstein” procesal al que hacíamos alusión en antes, encuentra una nueva modificación, pues ya no solo tenemos a un proceso de cumplimiento desnaturalizado casi por completo en su esencia natural, por la variación del sujeto infractor, sino porque la fuente obligacional, no proviene directamente del Convenio N° 169, sino que el TC, establece que esta vinculatoriedad proviene directamente de legislación internacional periférica, de cuya interpretación se puede concluir que el Perú se encuentra obligado a adoptar medidas de derecho interno (normas legales e infra legales), a fin de dotar de eficacia a los derechos recocidos por el citado convenio.

Como ya vimos, la norma que necesita ser desarrollada, mediante mecanismos de derechos internos es el Convenio N° 169, que, en el limbo conceptual de la Inconstitucionalidad por Omisión, se condice claramente como aquellos a lo que se considera “constitucionalmente necesario”, pues la deber de eficacia emana de su propia regulación. Sin embargo, en esta innovadora figura procesal, como la fuente obligacional no es la misma que el dispositivo carente de eficacia, lo “constitucionalmente necesario” necesita de otros criterios para configurarse como tal, en este caso, esto viene expuesto por la inestabilidad democrática y social que se ha producido a consecuencia de la elusión normativa de los agentes públicos, así precisa que:

(...) el reciente Reporte de Conflictos Sociales N.º 75, elaborado por la Defensoría del Pueblo, actualizado al 31 de mayo del 2010, señala que, del total de 255 conflictos sociales existentes en nuestro país, 132 son casos de tipo socio ambiental (es decir, el 51.8%), muchos de los cuales, como es conocimiento público, tienen entre sus protagonistas a pueblos indígenas. Ta situación demuestra, a criterio de este Tribunal, que la falta de regulación o inercia reglamentaria, sobre todo en el sector que compromete al Ministerio demandado, viene ocasionando un estado latente de inseguridad jurídica que pone en estado de desprotección no sólo los derechos de los pueblos indígenas (Fundamento Jurídico 39)

Asimismo, respecto a esta situación, hace referencia a los conflictos socio - ambientales, que al momento de emitida la sentencia, había causado mayor controversia:

(...) minusvalorado considerablemente los derechos de los pueblos indígenas de nuestro país y ha desencadenado no pocos conflictos sociales con saldos más que lamentables. Es preciso recodar, en este punto, que en el momento más álgido del conflicto sucedido en la localidad de Bagua, los pueblos indígenas de la Amazonía enarbolaron como uno de sus principales reclamos la derogación de los decretos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo, justificados en la ausencia del procedimiento de consulta previa que no se había seguido al promulgar estos decretos (Fundamento Jurídico 45)

Finalmente, también se habla de exceso del plazo razonable, el mismo que no varía, de acuerdo a cómo se concibe este desde la tradicional percepción de la Inconstitucionalidad por Omisión, pues además de referirse al periodo de tiempo transcurrido desde la suscripción del citado Convenio (15 años al momento de emitida esta sentencia), menciona, además, a la

situación de inestabilidad de la que ya hablábamos en antes.

De esta manera, podemos prever la mutación de una entidad procesal que ha reunido características tanto de la Inconstitucionalidad por Omisión, como del proceso de cumplimiento, además de ostentar matices propios. Todo ello con la finalidad de poder concretizar sus fines constitucionales. Esto se puede visualizar ilustrativamente de la siguiente manera:

Instituciones procesales	Inconstitucionalidad por Omisión	Proceso de cumplimiento	Frankenstein procesal	Frankenstein procesal aplicado al caso concreto
Criterios				
Sujeto infractor	Poder Legislativo o Poder Ejecutivo	Autoridad o funcionario público.	Poder Ejecutivo	Ministerio de Energía y Minas
Fuente obligacional (encargos)	La norma con rango constitucional	La Ley	Tratado de Internacionales.	<ul style="list-style-type: none"> - Declaración de la Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (entre otros instrumentos internacionales)
Norma carente de eficacia			Convenio de Derechos Humanos	Convenio N° 169 de la OIT
Criterios para establecer lo "constitucionalmente necesario"		No aplica	Norma carente de eficacia + Fuente obligacional + Situación inconstitucional (conflictos socio ambientales)	
Criterios para establecer el exceso de plazo razonable	Periodo de tiempo - Situación inconstitucional	No aplica	<ul style="list-style-type: none"> - Periodo de tiempo - Situación inconstitucional 	<ul style="list-style-type: none"> - 15 años desde la suscripción del Convenio - Situación inconstitucional (conflictos socio ambientales)

Cuadro 6 Redimensionamiento del proceso de cumplimiento, desde la teoría de la Inconstitucionalidad por Omisión: El Frankenstein Procesal.

Ahora bien, la importancia de que el TC haya creado una figura procesal, variando el proceso de cumplimiento, desde lo modalidades que nos ofrece la Inconstitucionalidad por Omisión, en que la “inconvencionalidad por omisión” no solo encuentra solución en tribunales internacionales, cuando se propone ejecutar sus propias sentencias; sino que se nos muestra una nueva gama de posibilidades en donde el TC, gracias a su discrecionalidad en el ámbito procesal, está en la posibilidad de crear nuevas figuras que ayuden a la consecución de este fin. Así pues, el TC, precisa:

(...) al habilitar el presente proceso de cumplimiento para dar respuesta a una supuesta violación de los derechos reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT, este Tribunal no sólo pretende cumplir la obligación internacional de proteger judicialmente los derechos consagrados en el Convenio, sino que intenta llevar a cabo una auténtica labor preventiva de la responsabilidad internacional del Estado peruano en esta materia. (Fundamento Jurídico 24)

Finalmente, el TC resuelve ordenar al Ministerio de Energía y Minas que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Ello por cuanto el TC consideró que, de la reglamentación hasta ese momento emitida, no se apreciaba un desarrollo idóneo del Convenio N° 169 de la OIT, concluyendo que se había incurrido en un supuesto de “incumplimiento parcial de sus derechos de reglamentar el derecho a la consulta”. Estableciendo, además, que no cuestiona la

constitucionalidad de la normativa analizada, pues solo se ha evocado a verificar su insuficiencia. Por lo tanto, no es preciso corregir ello con su derogación, sino con la implementación de una reglamentación especial para los pueblos indígenas. (Fundamentos Jurídicos 65 y 65)

Como habremos podido advertir, la autonomía procesal, a diferencia de los casos analizados con anterioridad, da muestras evidentes, de su capacidad para reconducir los procesos hacia los fines constitucionales a los que se desean llegar, ello pese a que no se la mencionó expresamente.

Empero, la intervención jurídica del TC se ha evidenciado en menor medida, en tanto este no se introduce ninguna cláusula de advertencia, que persuada al Ministerio de Energía y Minas de reemplazarlo en sus competencias legislativas, pese a los conflictos que en este momento se estaban suscitando, lo que evidenciaba una fuerte tendencia de ruptura del orden constitucional (tal como se hizo en el caso hoja de coca), o lo que va más allá, no se llegó a concretizar tal advertencia, a través de la emisión de la normativa que ya había exhortado en su emisión (como en el caso libre afiliación)

Por lo dicho, se puede concluir que una intensa actividad de creación procesal del TC, en virtud de su autonomía procesal, no siempre es proporcional al grado de intervención política del TC.

Ahora bien, que una de los grandes retos de esta sentencia, es que se dio en un contexto donde no se había emitido una ley que versase propiamente sobre la consulta previa de los pueblos indígenas, sin

embargo, en el Fundamento Jurídico 66 de esta sentencia, el TC advierte que en mayo del 2010 había sido aprobada la “Ley sobre Derechos de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT”, sin embargo, su puesta en vigencia había sido suspendida, al momento de emitida esta sentencia (junio del 2010) pues el Presidente de la República había observado esta norma; lo que en consecuencia obligó a ese colegiado a Exhortar al Congreso de la República culmine con los trámites de su promulgación, en el término más inmediato posible.

Habiendo previsto que durante la redacción de su sentencia se había estado gestando la promulgación de una Ley que pueda configurarse como respaldo para la reglamentación ordenada al Ministerio de Energía y Minas, el TC precisó que esta debería ajustarse a lo establecido en la legislación comentada, de ser finalmente promulgada, ante el temor que el haber propiciado que una regulación dispersa y contradictoria.

En efecto, El Estado peruano promulgó en setiembre de 2011 la Ley 29785, “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT”, y su correspondiente Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012 MC. Y, en base a esta normativa, es que el demandado ha emitido una serie de normas especiales que regulan el derecho de consulta de estos grupos diferenciados. Así tenemos:

- Resolución Ministerial N° 209 – 2015 – MEM/DM, que resuelve aprobar los procedimientos

administrativos, en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la Dirección a cargo.

- Resolución Viceministerial N° 013 – 2016– VMI– MC, que resuelve aprobar la Directiva N° 001 – 2016– VMI/MC, “Procedimientos para la aplicación de lo dispuesto en la Décimo Quinta Disposición Complementaria, transitoria y final del Reglamento de la Ley N° 29785”. Además de encargar a la Dirección de Derechos de los Pueblos Indígenas y a la Dirección de Consulta Previa, realizar las acciones que sean necesarias a efectos de dar cumplimiento a esa directiva.
- Resolución Directoral N° 90 – 2018– MEM/DGAAE, que resuelve aprobar la “Guía para la formulación e implementación de Planes Informativos aplicables a los servicios públicos energéticos en el marco del Reglamento de la Ley N° 29785”
- Resolución Directoral N° 563 – 2018– MEM/DGAAE, que resuelve aprobar “Los lineamientos para la realización de la consulta previa de las actividades energéticas a cargo de la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos”

De esta manera, ante la contingencia suscitada en la elaboración de esta sentencia, que fue la aprobación de la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT”, no tuvimos oportunidad de poder observar cómo el Ministerio de Energía y Minas, emitía reglamentación, como la anterior, sin un respaldo legal, teniendo como única fuente al Convenio por sí solo.

Pese a ello, el TC nos ha dejado, por medio de la doctrina jurisprudencial desarrollada en este texto, una figura procesal que puede servir como precedente para estimar la obligación del Ejecutivo de emitir una reglamentación, a fin de efectivizar tratados que versen sobre derechos humanos, aún sin la existencia de una Ley de por medio.

5.2.2. Estado de Cosas Inconstitucionales

5.2.2.1. La estructuración de una política pública, a través de los elementos del Estado de Cosas Inconstitucionales, como figura procesal.

Al haber dado por agotada la explicación de cómo el TC interviene políticamente en la construcción de normas imperativas, a través de la Inconstitucionalidad por Omisión, solo queda demostrar que el TC también se puede constituir como un verdadero actor en la formulación de políticas públicas, teniendo como herramienta, esta vez, a la institución adjetiva de Estado de Cosas Inconstitucionales.

Para este último fin, debemos sumergirnos – pero solo superficialmente, pues escapa del objeto de esta tesis – en la tarea de entender qué es una “política pública” y en qué fases de su construcción, el TC se muestra como un ente activo. Ahora bien, el esbozo conceptual de una política pública, no solo responde al qué hacer, sino al cómo ejecutarla, de ahí que sea su definición demuestra cierto grado de complejidad:

(...) las políticas públicas constituyen un conjunto de acciones y decisiones coherentes, racionalmente adoptadas por los poderes públicos en coordinación con los actores sociales y/o privados, orientados a resolver de manera puntual un problema de naturaleza pública o que afecta a un determinado grupo

de individuos en relación con la protección progresiva de sus derechos, para cuyo fin se destinan recursos técnicos, humanos, físicos y económicos de distinta naturaleza. (Ku Yanasupo, 2013, pág. 59)

Asimismo, esta autora precisa que, para dotar de eficacia a estas líneas de conducción social, es necesario tener en cuenta elementos periféricos, que no forman parte de su constitución en sí, de esta manera, cita a Medellín Terrones, quien ha determinado que “Las políticas públicas hay que examinarlas desde el régimen político y el gobierno¹¹⁹” (Ku Yanasupo, 2013, pág. 62). Es por ello que precisa que su éxito depende, en gran medida, de los actores que intervienen en su proceso de formulación (poder legislativo, al poder ejecutivo y a los partidos políticos) y del contexto en que estos se desenvuelven¹²⁰.

Ubicándonos ya, en el análisis interno de los elementos estructurales de una política pública, es importante destacar que para muchos, la eficacia a largo plazo de los cambios sociales y estructurales a los que desea arribar, no se encuentra en la etapa de ejecución o post ejecución,

¹¹⁹ Al respecto precisa que:

El régimen político marca los límites y las posibilidades de los procesos de formulación de las políticas públicas, determinando un ámbito democrático o autoritario, son el ¿quién? y el ¿cómo? en relación con el Estado Constitucional, siendo el ¿qué? los contenidos habilitados por la Constitución, la “esfera de lo indecible” que estableciese Luigi Ferrajoli; y el gobierno, la forma concreta en que el régimen político expresa las acciones del Estado en la sociedad, definiendo las prioridades en la agenda pública y conduciendo a la sociedad a objetivos determinados. (Ku Yanasupo, 2013, pág. 63)

¹²⁰ En función a ello, nos proporciona el siguiente ejemplo:

(...) un poder legislativo poco representativo de los intereses de las minorías, y más bien influenciado por intereses particulares de grupos de poder, seguramente aprobarán leyes ineficientes para la disminución de las desigualdades sociales; incluso, la actuación de un legislativo de esta naturaleza puede entorpecer la implementación de las políticas estructuradas por el ejecutivo. Por otro lado, un legislativo representativo de la ciudadanía que apruebe leyes respetuosas del marco constitucional, y orientadas a la implementación de políticas para el desarrollo de ciertos derechos sociales, podría verse limitado por un régimen político precario y dictatorial, sumergido en la corrupción. (Ku Yanasupo, 2013, pág. 62)

sino en la correcta identificación de los problemas, la puesta en marcha de la agenda social que ello implica y, por supuesto, el establecimiento de plan de acción; que en buena cuenta se construye, en lo que podríamos llamar “la etapa pasiva de la materialización de la política pública”, es por ello que, para muchos debe concebirse a este concepto como un “proceso decisional complejo”. El mismo que se evidencia en las tres primeras fases de la secuencia de una política pública:

Secuencia	1 Fase	2 Fase	3 Fase	4 Fase	5 Fase
Terminología	Surgimiento de los problemas	Inclusión en la agenda social	Formulación y decisión del programa de la política	Implementación de la Política	Evaluación de la política
Contenido	<ul style="list-style-type: none"> - Surgimiento de un problema - Percepción del problema - Definición del problema e identificación de sus posibles causas - Representación del problema 	<ul style="list-style-type: none"> - Selección de los problemas emergentes (filtro) - Esquema de formulación del modelo causal - Respuestas de los poderes públicos a los problemas que se reconocen que han de ser objeto de una política. 	<ul style="list-style-type: none"> - Definición del modelo causal - Definición de la o las soluciones adoptadas al problema aceptable - Proceso de contraste entre las soluciones ideales y los medios disponibles - Selección de los instrumentos de acción 	<ul style="list-style-type: none"> - Aplicación de las soluciones seleccionadas - Acción de los agentes administrativos, a cargo de la implementación 	<ul style="list-style-type: none"> - Determinación de los posibles efectos de la política - Evaluación de la eficacia, de la eficiencia, de la pertinencia de lo realizado respecto al problema inicial.
Principales cuestionamientos del analista	¿Cómo se ha tomado conciencia del problema?	¿Cuáles son los factores que han llevado al gobierno a actuar ante este problema?	¿Cuáles son las soluciones propuestas y aceptadas por parte del Gobierno y del Parlamento? ¿Qué procesos se han seguido para formular dichas soluciones?	¿Se han aplicado las decisiones del Gobierno y del Parlamento?	¿Cuáles han sido los elementos directos e indirectos de la política?

Cuadro 7 Secuencia de una política pública. Elaborado por Joan Subirats, Peter Knoepfel, Corinne Larrue y Frédéric Varone, en su libro "Análisis y gestión de políticas públicas" (2008) (Ku Yanasupo, 2013, pág. 64)

Si nos centramos en la política pública como un “proceso decisional complejo”, podremos darnos cuenta que su formulación no está sujeta únicamente a sus tradicionales actores (poder legislativo, al poder ejecutivo y a los partidos políticos). De hecho, los jueces constitucionales, a lo largo de la historia¹²¹, han cumplido un importante rol en este asunto, es por ello que la justicia constitucional ha sido un medio conductor para activar al órgano estatal, en la reestructuración social.

Experiencias parecidas las podemos encontrar en las actuaciones de nuestro TC, sin embargo, nos causa gran sorpresa cómo los factores, identificados por Rodríguez Garavito, citado por Quintero Lyons, Navarro Monterroza

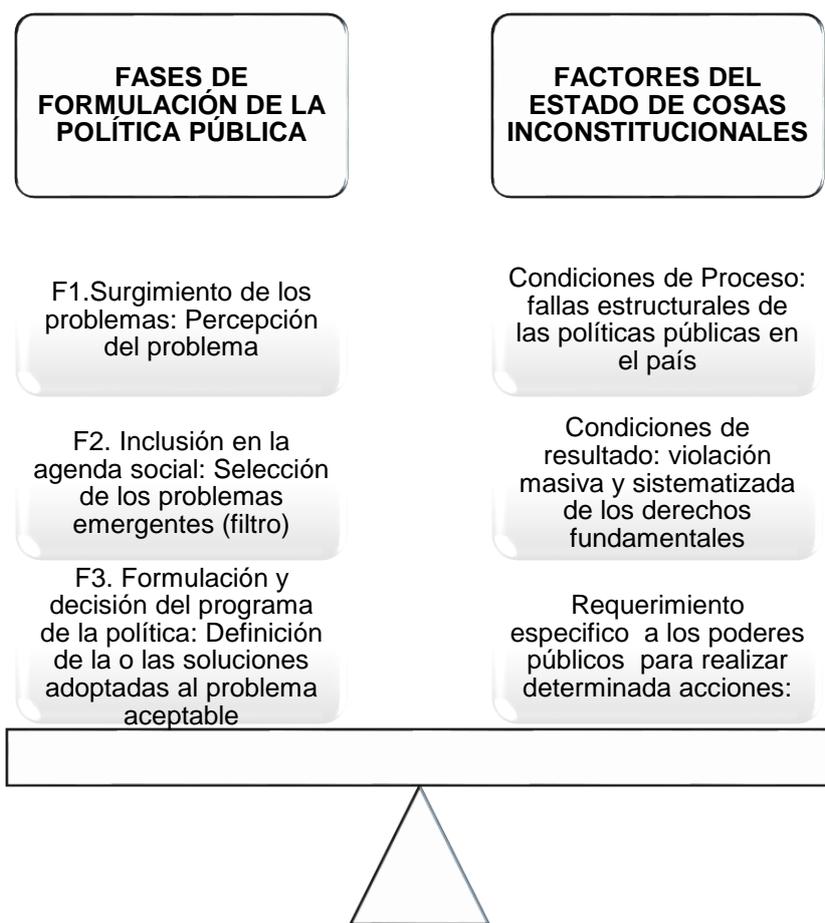
¹²¹ Ku Yanasupo (2013), ocupa varias páginas de su trabajo para exponer las experiencias de las cortes constitucionales de Estado Unidos, Colombia y Argentina; respecto a la relación de su quehacer interpretativo con la formulación de políticas públicas. Todo ello es resumido de esta manera:

(...) la Suprema Corte de Estados Unidos destaca la forma cómo se han diseñado importantes políticas públicas en dicha nación, como las referidas a la segregación racial, al tratamiento de los inmigrantes, a las políticas de acción afirmativa en materia educativa y laboral, temas sobre los que -por cierto- previamente ha existido un fuerte desacuerdo social sobre las alternativas para su tratamiento.

La intervención en el ámbito de las políticas públicas por la Corte Constitucional de Colombia responde a la concepción que tienen sus jueces respecto a la importancia de la labor que ellos desempeñan para la implementación de la Constitución mediante una interpretación amplia de los derechos. Esta práctica ha tenido su principal expresión en la intervención que tuvo la Corte en la política pública que venía implementando el Estado colombiano para otorgar un trato preferente a la población desplazada; así como, en la creación de una política contra el bullying para prevenir los casos de acoso u hostigamiento escolar.

En el caso de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, su actuación se dio principalmente en el diseño e implementación de la política pública previsional en Argentina, que consistió en la revisión de sus lineamientos centrales elaborados durante la década de los noventa y la construcción de un marco jurídico para la protección efectiva de los derechos de los jubilados. A través de este caso la Corte Suprema implementó un modelo de intervención judicial respetuosa de las instancias de decisión democrática, consistente en la verificación de la vulneración de los mínimos esenciales y el control de la razonabilidad y efectividad de las políticas existentes, sin que por ello se dé el reemplazo de las autoridades competentes en la fijación de tales políticas. (Ku Yanasupo, 2013, págs. 192-193)

& Irina Meza (2011), que resumen los elementos del estado de cosas inconstitucionales – para mayor precisión revisar el capítulo anterior –, en tanto figura procesal, se condiga casi – sino es de modo total y exacto – idénticamente con las tres fases de la política pública, que nos dan la idea de un “proceso decisional complejo”. Esto es resumido gráficamente de la siguiente manera:



No pretendemos con esta comparación, atribuirnos la conclusión de que el TC es, sin lugar a dudas, un ente cuya actuación ha sido relevante en las políticas públicas – hecho que también se ha identificado en cortes constitucionales internacionales. Lo que sí, nos parece innovador, es haber identificado que el TC, ya sea de manera consciente o no, ha introducido, a través de su autonomía procesal, un instituto como el Estado de Cosas

Inconstitucionales , cuya estructura se parezca mucho a la de una política pública, lo que ha suscitado que el TC sea un verdadero actor político pues, so pretexto de ejecutar su quehacer interpretativo, ha desplazado a los tradicionales actores de las políticas públicas, al menos en su etapa decisional, pues es hasta donde sus competencias y posibilidad técnica y presupuestal, se lo permiten.

Ahora bien, frente a la exigencia de dotar a las políticas públicas de un enfoque de Derechos Humanos, el TC se convierte, hasta cierto punto, en el referente más idóneo para construir líneas de acción de esta naturaleza ya que entre sus fines se encuentra la defensa irrestricta de estas facultades garantistas. Es por ello que se dice:

(...) mientras a los analistas les interesa la eficiencia económica y cómo las políticas pueden afectar a la sociedad en su conjunto, a los políticos les interesa la distribución de los productos y cómo las políticas públicas afectan a ciertos individuos y grupos. Frente a ello es posible apreciar la necesidad de reemplazar un enfoque eminentemente técnico en el que se asume que en el caso de las políticas públicas basta un enfoque dual: técnico y político, por una perspectiva de los derechos humanos que necesita además el enfoque jurídico y social que permitan incorporar plenamente los derechos humanos, como principio y objetivo de las políticas públicas. (Bernal Ballesteros citado por Ku Yanasupo, 2013, pág. 68)

De esta manera, el análisis que pretendemos hacer de los casos, debe estar enfocado en precisar ciertos aspectos del TC:

- Identificar las causas del problema y las fallas estructurales que la refuerzan. (Fase 1 o Condiciones de Proceso)

- Precisar las consecuencias del problema, entre ellos la afectación masiva y sistemática de derechos humanos (Fase 2 o Condiciones de resultado)
- Identificar el programa político que el TC ha formulado, que deben seguir los poderes públicos, a modo de requerimientos sobre las acciones específicas que deben realizar. (Fase 3 o Plan de acción)

Al respecto, debemos precisar, aunque no se mencionen en el desarrollo analítico de las sentencias, la primera fase la estructuración de una política pública, tiene cabida, de manera implícita, con lo que se ha llamado “situación detonadora”, que es definido por Medellín Torres como un “un hecho, una circunstancia o un propósito que, por sus dimensiones políticas y sus formas de manifestación, llama la atención de los ciudadanos, las autoridades gubernamentales y de los aspirantes a gobernar, sobre la necesidad de actuar” (Ku Yanasupo, 2013, pág. 65) .

Sin embargo, para los fines de este trabajo debemos establecer que nos centraremos en una “situación detonadora reactiva”, es decir, cuyo objeto es la corrección de un desequilibrio existente de connotación socio – política, a diferencia de la “situación detonadora proactiva”, que se ve enfocada en crear contextos de desarrollo futuro, que no implican precisamente un hecho patógeno preexistente (Ku Yanasupo, 2013)

Evidentemente el TC, no se pronuncia respecto a un caso de oficio por las repercusiones sociales y políticas que estas traen a largo plazo, sino que da cuenta de un problema patógeno, a partir de un caso en concreto, en función al cual va estableciendo generalidades,

explotando a lo máximo la capacidad inductiva que se abre espacio a través de su despliegue argumentativo. De ahí que, cuando hagamos referencia de los hechos específicos que dieron origen a la sentencia, se debe recordar que ellos constituyen en una verdadera “situación detonadora reactiva”

De otra parte, la posibilidad de que los efectos de las sentencias expedida por el TC, también beneficien a otras personas que se encuentran bajo la misma situación de vulnerabilidad que las partes, lo que convierte al TC, en un verdadero “agente de inducción social”, poniendo en evidencia, una vez más, su rol pacificador. Por tanto, podemos concluir que el TC, al involucrarse en la formulación activa de políticas públicas, se convierte en un “actor político de inducción de al cambio social”, deducción que se reforzará aún, después del respectivo análisis de casos.

Por otro lado, debemos recordar que el TC al no intervenir en la fase ejecutiva de la política pública, puede que ordene o exhorte a los poderes públicos, líneas de acción que las instituciones estatales no estén en la posibilidad de cumplir, sobre todo por falta de presupuesto, es por ello que el TC debería prever tales circunstancias para no deslegitimar las decisiones propuestas en sus sentencias. Es decir, se debe evitar – como ya habíamos precisado – caer en el “populismo judicial”

En la selección de la jurisprudencia que se va a exponer a continuación, hemos tenido que seguir ciertos criterios, pues aun cuando el TC, en reiteradas veces, ha identificado situaciones que considera como Estado de Cosas Inconstitucionales , no en todas estas experiencias se ha recogido el verdadero y primigenio espíritu de la

figura procesal – pues solo así se condice con los parámetros de las políticas públicas – ya que su uso se ha restringido a dar solución solo a los conflictos surgidos por las partes que impulsaron el proceso o simplemente no ha cumplido con el requisito de que la práctica de vulneración de derechos realmente sea sistemática y masiva¹²².

Además, es preciso advertir que, si bien creemos que la estructura de la figura procesal de Estado de Cosas Inconstitucionales, coincide con las fases decisoriales que componen a la construcción de una política pública, aquellas no se encuentran identificadas y ordenadas como tal en la redacción que el TC nos presenta por medio de sus sentencias, es por ello que nuestro aporte será identificar los argumentos que expone de manera dispersa, y sistematizarlos a modo de una política pública propiamente dicha.

Aunque, como es habitual, la forma en que el TC resuelve los casos no es unánime, por tanto, no siempre, las fases de la una política pública coincidirán, en todas sus dimensiones, con los elementos de la figura procesal estudiada. Pero, el aporte que la actividad interpretativa del TC en cualquiera de las fases antes mencionadas es indiscutible, como se verá a continuación.

¹²² Por ejemplo, en el caso contenido en la STC 3149-2004-AC, a cuyo propósito del proceso de cumplimiento seguido por Gloria Yarlequé Torres, para que el Director de la Unidad de Gestión Educativa de Jaén, cumpla con la Resolución Directoral N° 00794-EDJAEN que disponía el pago de S/. 2,624.72 por concepto de subsidios por luto y sepelio. Aquí la supuesta vulneración masiva y sistematiza, en los mismos términos que la recurrente, se puede comprobar con la identificación de solo trece casos iguales.

a) Caso salud mental en centros penitenciarios. STC N° 03426-2008-PHC/TC

- Situación detonadora reactiva

El Sr. Pedro Tomás Marroquín Bravo, con fecha 4 de marzo de 2008, interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Pedro Gonzalo Marroquín Soto, y la dirige contra el Director del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), don Leonardo Caparrós Gamarra a fin de que cumpla con ejecutar la medida de seguridad de internación que ha sido dispuesta judicialmente, y que, en consecuencia, el favorecido sea trasladado a un centro hospitalario y reciba tratamiento médico especializado, alegando que se vulnera su derecho constitucional a la integridad personal.

Pese a que la pretensión del demandante se estableció, como se expuso en el párrafo precedente el TC, haciendo uso del principio *iura novit curia* y la suplencia de queja deficiente, determinó que el Director del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), no debería ostentar la calidad de demandante, pues quien tiene a su cargo el traslado del favorecido a los centros penitenciarios es, en realidad, el Director del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho, máxime si él había tenido la oportunidad de comparecer en el proceso. Bajo la misma línea, propuso que además de la integridad personal del favorecido, otros de los derechos afectados con este desacato, era su salud mental.

Por tanto, el objeto de la demanda fue delimitado teniendo en cuenta que el Director del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho cumpla

con ejecutar la medida de seguridad de internación dispuesta a favor de don Pedro Gonzalo Marroquín Soto por la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte en el proceso penal que se le siguió por el delito de homicidio calificado (Exp. N° 2240-2007), y que, en consecuencia, el favorecido sea trasladado a un centro hospitalario y sea internado para que reciba tratamiento médico especializado, toda vez que padece de síndrome psicótico esquizofrénico paranoide, pues el incumplimiento de la medida de seguridad decretada vulneraría su derecho a la integridad personal y la salud mental.

- **Identificación de las fases de una política pública, a partir de estado cosas inconstitucionales.**

Fase 1

Una vez identificada la situación detonadora, el TC intenta buscar las razones del porqué la medida de seguridad ordenada, específicamente la internación, no ha sido ejecutada y, por ende, no se ha procedido al respectivo traslado a un centro médico, donde se le pueda proporcionar el tratamiento apropiado.

Así, el TC precisa que la primera y, más importante, razón por la que no se ha hecho efectivo el mandato judicial es por la falta de disponibilidad suficiente de recursos logísticos (camas) en los establecimientos de salud mental.

Es a partir de aquí, de donde empieza a indagarse que tal problema no es una situación aislada, sino antigua y frecuente, por lo que trae a colación el Informe Defensorial N° 102 emitido por la Defensoría

del Pueblo, en el 2005, titulado "Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental", puso de relieve que **"la falta de camas en los hospitales que brindan servicios de salud mental ha llevado a que actualmente permanezcan internadas en establecimientos penitenciarios 58 personas con enfermedades mentales.** Algunas de estas personas se encuentran de manera permanente en el tóxico del penal o, incluso, en celdas denominadas cuartos de meditación" énfasis nuestro (Fundamento Jurídico 24)

Asimismo, precisa que Comisión Multisectorial (integrada por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Economía y Finanzas, entre otros) encargada de "Evaluar la Problemática del Sistema Penitenciario y Propuestas de Solución", creada el 18 de setiembre de 2006, mediante Resolución Ministerial N° 336- 2006-PCM; en su Informe Final publicado en el diario oficial "El Peruano" el 15 de diciembre de 2006, en el rubro Salud Penitenciaria, apartado 4.- Traslado de internos psiquiátricos a Hospitales de Salud Mental, señaló que **"Se propone que los Hospitales de Salud Mental amplíen su capacidad de albergue para recibir a los internos inimputables sujetos a medidas de seguridad,** así como a internos sentenciados a penas privativas de libertad que, por efecto de la privación de libertad, han desarrollado alguna enfermedad mental" énfasis nuestro (Fundamento Jurídico 17)

Detrás del hecho, que establece escasez de camas en estos centros médicos, el TC ha identificado un problema que subyace a aquel – que constituiría la segunda razón de ineficacia de la medida de internación – esto es que la causa por la que estos nosocomios se encuentran copados de pacientes, se da en tanto los jueces no ponen atención a los informes médicos que precisan que otros internos, internados por considerárseles inimputables, ya se encuentran en condiciones de darles el alta, en tanto están obligados a realizar evaluaciones periódicas, en función a dichos informes, a fin de determinar tres opciones: levantar la medida de seguridad, no levantar la medida de seguridad o precisar que esta persona reciba tratamiento ambulatorio.

A esta conclusión se llegó a partir de la información proporcionada, una vez más por la Defensoría del Pueblo, en el mismo informe señalado precedentemente: "aun cuando en muchos casos los directores de los hospitales emiten los referidos informes médicos, indicando que los/las pacientes se encuentran en condiciones de alta, estos informes no son tomados en consideración por los/las jueces que dispusieron las medidas de internación" (Fundamento Jurídico 24)

Tanto la falta de logística en los nosocomios, como la omisión de los jueces, a cargo de la ejecución de las medidas de seguridad, son contextos que responde a problemas de orden estructural, incluso existente en políticas públicas que se habían creado en torno a ellas:

Se aprecia que existen escasos planes, programas y servicios de salud mental dirigidos a personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación. Los existentes no están debidamente articulados entre los sectores e instituciones del Estado, lo cual se aleja por entero del Plan Estratégico del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) para el período **2007-2011**, que recoge las propuestas de la Comisión Multisectorial, creada por la Resolución Ministerial N° 336- 2006-PCM de fecha 18 de setiembre de 2006, e integrada por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Economía y Finanzas, entre otros, y que en el rubro V Lineamientos Estratégicos: Salud Penitenciaria, señala que es prioridad para el INPE: *"Desarrollar y/o fortalecer los vínculos con el Ministerio de Salud en los respectivos niveles regional y local, así como la asistencia y traslado de internospsiquiátricos a Hospitales de Salud Mental"*. (Fundamento Jurídico 30)

FASE 2

La consecuencia directa de las situaciones analizadas por el TC, es que, tal como lo establece el Informe Defensoría N° 102 "estas personas se encuentran de manera permanente en el tópico del penal o, incluso, en celdas denominadas cuartos de meditación". De ahí que el TC precise:

La situación descrita en los fundamentos que preceden permite constatar a este Tribunal Constitucional la violación masiva y/o generalizada de uno o varios derechos fundamentales (derecho a la salud, integridad personal, etc.) que afectan a un número significativo que personas que adolecen de enfermedad mental. Pero, además, esta situación de hecho contraria a la Constitución, permite reconocer a este

Colegiado la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de las personas que adolecen de enfermedad mental, dentro de las que se encuentran las personas sujetas a medidas de internación (Fundamento Jurídico 30)

FASE 3

Para dar una cabal solución a los problemas expuesto el TC, precisa que es necesaria la adopción de actividades coordinadas y mancomunadas de diversos sectores estatales, por considerar que la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental, constituye un **Estado de Cosas Inconstitucionales**.

Lo cual da cuenta que la omisión a la que hace referencia es la que, indirectamente, está tratando de integrar, al proyectar el siguiente esbozo de actuación estatal, enfocado al cumplimiento de tareas específicas para los poderes públicos:

- **Respecto al Ministerio de Economía y Finanzas:** se le ordena que adopte las medidas necesarias que permitan el incremento gradual del presupuesto destinado al Ministerio de Salud, concretamente a los centros hospitalarios de salud mental del país. Ello en tanto, “no puede alegarse deficiencias del propio Estado para evitar el cumplimiento de un mandato judicial que dispone la internación de una persona que padece una enfermedad mental a efectos de que sea sometida a un tratamiento médico especializado” (Fundamento Jurídico 30)

- **Respecto al Poder Judicial:** se le ordena que adopte las medidas correctivas para que todos los jueces del país emitan pronunciamiento oportuno sobre los informes médicos que les son remitidos por las autoridades de salud, que recomienden el cese de la medida de seguridad de internación; ello a fin de evitar que los nosocomios se encuentren imposibilitados de recibir a más pacientes.
- **Respecto al Congreso de la República:** se le exhorta a que proceda a la aprobación de una ley que regule el tratamiento, supervisión, procedimiento, ejecución y cese de las medidas de seguridad de internación; esto tiene el mismo propósito que la orden anterior.
- **Respecto al Poder Ejecutivo:** se le exhorta a que adopte las medidas necesarias que tengan por objeto superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución, fortaleciendo los niveles de coordinación con el Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, el Ministerio de Economía y Finanzas, etc.

En función a la disposición de dar seguimiento al cumplimiento de la sentencia y precisar un informe de ello en el plazo de 90 días, que se le impone a la Defensoría del Pueblo, podemos advertir que el TC, incluso desea inmiscuirse en la parte ejecutiva de la política pública, que indirectamente está construyendo, tanto en su implementación como en su evaluación (Fase 4 y 5)

b) Caso derecho a la educación de personas en extrema pobreza, en zonas rurales. STC N° 00853-2015-PA/TC

- Situación detonadora reactiva

El 4 de noviembre de 2013, doña Marleni Cieza Fernández y doña Elita Cieza Fernández (hermanas) presentan demanda de amparo contra el director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Utcubamba (UGEL de Utcubamba), con la finalidad de que se les reconozca su derecho a estudiar en el primer grado de educación secundaria en la I. E. 16957 Jesús Divino Maestro, del caserío La Flor, distrito de Cumba, provincia de Utcubamba, Amazonas. Además, solicitan que se les incluya en la nómina de matrícula del citado grado, pues la demandada la observó.

Al respecto, las demandantes manifiestan que debido a que en el caserío en el que viven (Perlamayo del distrito de Bagua Grande) no existe institución educativa que imparta el nivel secundario, sea en la modalidad regular o alternativa, se vieron obligadas a recurrir a la Institución Educativa 16957 Jesús Divino Maestro, del caserío La Flor del distrito de Cumba (centro de educación básica regular). Además, el centro alternativo más cercano se encuentra aproximadamente a cuatro horas de distancia (dos horas caminando y dos horas en movilidad), hecho que hace imposible acudir diariamente.

Asimismo, la emplazada ha señalado que la matrícula y nómina de matrícula han sido observadas (pese a que el Director. del centro de

estudios aludido sí incluyó a las recurrentes en la nómina de matrícula) debido a que las recurrentes no cumplen con la edad cronológica para seguir estudios secundarios en la modalidad de educación básica regular, por lo que deben continuar dichos estudios en un centro de educación básica alternativa (CEBA). Además, en el recurso de apelación, ha señalado que el CEBA más cercano es Matiaza Rimachi (Bagua Grande) y que las interesadas deben solicitar a la UGEL que dicho centro extienda sus servicios a otros caseríos, por necesidad de servicio.

- **Identificación de las fases de una política pública, a partir de estado cosas inconstitucionales**

FASE 1

Al introducirse en el estudio de este caso, el TC contextualizó la problemática en la afectación de dos características fundamentales del proceso educativo, la disponibilidad¹²³ y la accesibilidad¹²⁴. Siendo que la afectación subyacente en cada una de ellas, recaía en cuestiones en cuestiones

¹²³ (...) la disponibilidad como uno de los contenidos mínimos del derecho a la educación, implica la existencia de instituciones y programas de enseñanza en cantidad *suficiente* en el ámbito del Estado. (Fundamento Jurídico 15)

¹²⁴ Sobre el particular, el del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, precisó:

b) Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:

i) No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (...).

ii) Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia).

iii) Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos (...)

sociales de largo aliento, en que el Perú, como país, se encontraba sumergido.

En función a la disponibilidad educativa, en tanto obligación estatal de financiar la cantidad necesaria de instituciones educativas al servicio de toda la población, el TC precisó que el problema que ese encontraba detrás de la insuficiencia de recursos económicos para solventar económicamente la construcción de centros educativos, sobre todo en zonas rurales, donde la pobreza es casi siempre el denominador común; era la corrupción, así manifestó:

(...) la realidad política ha revelado como hecho constante en las últimas décadas cómo la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó la atención de derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la educación (Fundamento Jurídico 23)

En referencia a la accesibilidad educativa, el TC evidencia que las cifras respecto a la esperanza de vida escolar, el analfabetismo o la tasa de deserción escolar, se muestran negativas sobre todo en grupos vulnerables como las mujeres (niñas y adolescentes), más si estas se encuentran en un ámbito rural. Ello se atribuye, dice el TC, a los patrones culturales patriarcales, que relegan al rol femenino a un estatus secundario, circunscribiendo sus capacidades, por ejemplo, a los quehaceres del hogar.

Respecto a la pobreza propiamente dicha, precisó que esta tiene una relación directa con el derecho a la educación pues fomentan la vulnerabilidad de las personas, de ahí que recuerda:

(...) en el *Informe Técnico "Evolución de la pobreza monetaria 2009-2015"*, elaborado por el INEI en abril de 2016, destaca (en su página 50) que "la aplicación de los test-estadísticos permitió establecer para el año 2015, cinco grupos de departamentos con niveles de pobreza extrema semejantes teniendo en consideración que la precisión de los estimadores puntuales no tuvieran diferencias significativas. **El primer grupo lo integra Cajamarca con tasa de pobreza extrema entre 16,6% y 23,9%. El segundo grupo de departamentos con tasas de pobreza extrema entre, 8,8% y 12,3% se encuentran: Amazonas, Ayacucho, Huancavelica** (Fundamento Jurídico 73)

Estas cuestiones de naturaleza estructural, encuentran su punto de debilidad, en cuanto pertenecen a una política pública de ejecución progresiva que intenta dotar a las personas pobres en el ámbito rural del efectivo ejercicio del derecho a la educación (tanto en su vertiente de disponibilidad y accesibilidad), pero sus obligaciones cumplir con ello, no tiene fecha ni plazo (Fundamento Jurídico 73):

(...) el principio de progresividad en el gasto al que hace alusión la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución no puede ser atendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante inacción del Estado, pues, para este Colegiado, la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas. (Fundamento Jurídico 23)

FASE 2

Evidentemente, la corrupción, como ya dijimos antes, es una causa directa que afecta a la disponibilidad educativa, que se materializa en el déficit de centros educativos en nuestro país, así el TC cree conveniente demostrar ello, mediante la presentación de cifras estadísticas que dan cuenta, por ejemplo, que la atención de la educación rural, es numéricamente inferior al de las zonas urbanas. Además, la ausencia de centros educativos en zonas rurales, genera que muchas personas dejen de estudiar por esta causa, con un porcentaje mayor, claro está en espacio consideradas rurales. Esto se explica de la siguiente manera:

(...) la atención de la educación rural, lo que se expresa, por ejemplo, en el menor porcentaje alcanzado por ésta para el año 2015 en lo referente a tales indicadores: 14,4 % (locales públicos en buen estado) y 25.6 % (locales públicos con electricidad, agua potable y desagüe). En ese sentido, existe una brecha si se compara tales resultados con los porcentajes urbanos en ambos rubros: 19 % y 75.7 %, respectivamente (Fundamento Jurídico 19)

(...)

Relacionado con ello se encuentra el indicador relativo a la distribución de la población con edades entre 13 y 19 años que dejó de estudiar por ausencia de centros educativos. Si bien dicho porcentaje tiende a disminuir, según lo observado en los últimos cinco años, se advierte una brecha entre la tasa de deserción por esta razón en el ámbito urbano (0.1 %) y la del ámbito rural (4.2 %), siendo preocupante también la brecha existente entre mujeres (6.6 %) y varones (1.6%) en este último ámbito (Fundamento Jurídico 22)

De otra parte, como ya habíamos anunciado, los tres factores que nos muestran cifras negativas en función a la disponibilidad del derecho a la educación son la esperanza de vida escolar, el analfabetismo y la tasa de deserción escolar. Así se precisó:

En lo que respecta a la esperanza de vida escolar (o número de años que una persona puede esperar que pase en el nivel educativo básico y superior), si bien esta se ha mantenido en el mismo porcentaje en los últimos tres años, el número de años de vida escolar alcanzado en la escuela rural (12.8) es menor que el de la escuela urbana (14.0), y a su vez, dentro de aquella, el número de años de vida escolar alcanzado por las mujeres (12.6) es aún menor que el de los varones (13.0), **influyendo en ello también el nivel de pobreza.** (Énfasis nuestro)
(Fundamento Jurídico 27)

(...)

Asimismo, en lo referente a la tasa de analfabetismo en mayores de 15 años, según el Minedu, si bien tiende a disminuir en los últimos años, se advierte una brecha entre mujeres y varones, toda vez que el porcentaje de mujeres analfabetas mayores de 15 años en el año 2015 fue de 8.9 %, frente al porcentaje de varones analfabetos mayores de 15 años en dicho año, ascendente a 3 %. Brecha que se acrecienta en el caso de la educación rural, donde el porcentaje de mujeres analfabetas alcanza el 23.4 %, frente al porcentaje de varones, ascendente a 7.4 %, **influyendo también para ello el nivel de pobreza** (énfasis nuestro)
(Fundamento Jurídico 28)

(...)

Además, merece especial atención la tasa de deserción escolar por

problemas económicos, que en el año 2015 ascendió a 43.4 % del total de la población que dejó de estudiar entre los 13 y 19 años, siendo el porcentaje rural (44.2 %) más elevado que el urbano (42.8 %) (Énfasis nuestro) (Fundamento Jurídico 28)

Estando así la situación, el TC, considera que el caso de las recurrentes, es representativa de las personas que pertenecen al ámbito rural y se encuentran en estado de extrema pobreza, situaciones que acentúan el grado de vulnerabilidad del ser humano, lo que limita el pleno ejercicio de su derecho a la educación, pues no existe la disponibilidad ni la accesibilidad que es necesaria en todo proceso educativo.

Con esto se da cuenta, que existe un contexto en el que la afectación de derechos de forma sistematizada y generalizada. De ahí que precise: “(...) declararse un *estado de cosas inconstitucionales* en el caso de la disponibilidad y accesibilidad a la educación de tales personas de extrema” (Fundamento Jurídico 75); aunque creemos, por el especial énfasis que se le dio a los derechos conculcados de las mujeres en este ámbito – por cuanto las recurrentes eran mujeres – que la declaración de un Estado de Cosas Inconstitucionales , debió centrarse también en ellas y no solo circunscribirse a factores como la pobreza o el hecho de vivir en una zona rural.

FASE 3

Con el afán de no condicionar el derecho a la educación a voluntad de los operadores estatales, por ser considerado un derechos de ejecución

progresiva, el TC ordenó al Ministerio de Educación, el diseño, propuesta y ejecución de un **plan de acción que en un plazo máximo de cuatro años que vencería el 28 de julio de 2021,** año del bicentenario, pueda asegurar la disponibilidad y accesibilidad a la educación de niños, adolescentes y mayores de edad, de extrema pobreza del ámbito rural, empezando por los departamentos de Cajamarca, Amazonas, Ayacucho y Huancavelica.

Debemos indicar que aquí, si bien pareciese que el TC ordena la planificación de una política pública, desde su ideación, en realidad, ya deja sentadas las bases del problema, su identificación como tal y las consecuencias que de ellas derivan (Fase 1 y Fase 2), que son aspectos propios de la configuración de una política pública.

Ahora respecto, al diseño de las acciones que deberían seguir los poderes públicos (Fase 3), debemos reconocer que esta vez el TC se ha limitado a encargárselo al Ministerio de Educación, pero al menos ha precisado indirectamente que el primer paso debe estar presidido por el Ministerio de Educación; es por eso que debemos establecer que la intervención política del TC, en comparación con el caso anterior, se presenta en menor medida.

c) Protección de la diversidad lingüística. STC N° 00889-2017-PA/TC

- Situación detonadora reactiva

La Sra. María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco, 24.11.2014, interpuesto una demanda de amparo

en contra de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, solicitando se le permita continuar comercializando sus productos de manera ambulatoria en el mismo espacio y horario, que venía ocupando desde 1986. Por consiguiente, requiere se deje sin efecto la carta de compromiso suscrita el 15 de abril del 2014, (mediante la cual se variaron los lineamientos para el ejercicio del comercio ambulatorio) cuyo contenido desconoce, puesto que es quechuahablante y analfabeta en el idioma castellano.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional, por aplicación del principio de *iura novit curia*, consideró que el asunto litigioso radicaba en determinar si, desde una perspectiva constitucional, la precitada carta de compromiso, sin traducción alguna al quechua, podía resultar vinculante o no a la demandante en su condición alegada de quechuahablante y analfabeta en el idioma castellano, y si la restricción de horas para expender productos en un área pública lesiona su derecho a la libertad de trabajo (no analizaremos este último punto por ser irrelevante para nuestro objetivos)

- **Identificación de las primeras fases de una política pública, a partir de estado cosas inconstitucionales.**

Debe precisarse que el TC pone evidencia serias fallas estructurales de la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad (Decreto Supremo 005-2017-MC); que el Estado ha puesto en marcha a través

de las disposiciones de la Ley 29735 que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación fomento y difusión de las Lenguas Originarias en el Perú (Ley de Lenguas)

Pues la misma responde a las exigencias prescritas los artículos 2, (inciso 19), 17, 48, 149 y 199 de la Constitución; que propugnan el derecho de toda persona a comunicarse en su propia lengua, además del hecho de que, si dicha lengua es predominante en una determinada zona geográfica del país, debe ser declarada oficial (obligación de institucionalizar su uso en dicha zona) junto al castellano.

De ahí que el Estado no ha adoptado las medidas prevista por la ley de Lenguas, que ayudarían a impulsar esta oficialización; así, en su artículo 5.1, se precisa el mandato dirigido al Ministerio de Educación para elaborar y publicar el Mapa Etnolingüística del Perú (de acuerdo al reglamento de la ley de lenguas es la herramienta de planificación que permite identificar y determinar la predominancia de una lengua indígena u originaria, así como la adecuada toma de decisiones en materia de uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas indígenas u originarias"), que serviría como base para diseñar el Registro Nacional de Lenguas Originarias, en el que se registrarían las lenguas originarias oficiales; sin embargo se ha hecho caso omiso a tal obligación establecida.

Por tanto, al no contar con este registro, es poco probable que el artículo 12 de la Leguas se efectivice, en tanto determina que la oficialidad de una lengua originarias es un presupuesto básico para que las entidades públicas o privadas que brindan servicios públicos, se acojan a una serie de obligaciones, como el publicar las normas, documentos y comunicados oficiales, así como toda información vinculada con la población indígena u originaria, en la lengua indígena u originaria predominante.

Como hemos podido observar, el problema nace a partir de la inacción de los organismos del Estado, a quienes, por mandato legal se les ha asignado el desarrollo de determinadas tareas, de ahí que el TC reproche en cierta manera, a la Ministerio de Educación que han trascurrido poco más de 7 años (al momento de la publicación de la sentencia) de no haber hecho intento, siquiera, de diseñar el Mapa Etnolingüística del Perú, que es una herramienta que hubiera contribuido a la oficialización de muchas lenguas originarias y; aún más el transcurrido 25 años de la entrada en vigencia de la Constitución y no se han hecho esfuerzos concretos por preservar la cultura etnolingüística de nuestro país.

La consecuencia directa de esta evasión funcional del Estado, según aprecia el TC, es la discriminación por indiferenciación en la que estarían incurriendo, por ejemplo, la Administración Pública. Así se precisa:

Se está produciendo una discriminación por indiferenciación, puesto que el Estado viene tratando de la misma forma a quien tiene como lengua materna el castellano y quien no, cuando tiene el deber de adoptar medidas afirmativas o positivas para que este último no solo no se vea afectado en su derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad a nivel nacional, sino también en su derecho a que la lengua predominante en una zona sea, junto al castellano, el idioma oficial de comunicación por parte del Estado. Tales medidas son las especificadas en la ley de lenguas y su reglamento, las cuales hasta la fecha no han sido suficientemente implementadas. (Fundamento Jurídico 22)

(...)

En ningún caso, el desconocimiento del castellano puede perjudicar a los quechuahablantes en sus relaciones con la Administración Pública, o ponerlos en una situación de desventaja frente a quienes, por el contrario, son competentes en el castellano. (Fundamento Jurídico 38)

Aunque no se mencione la vulneración masiva y sistemática de un determinado derecho fundamental, que sirva como base para argumentar la declaración de Estado de Cosas Inconstitucionales, a lo largo de toda la sentencia se puede intuir que la omisión del Estado de no hacer oficial muchas de las lenguas originarias, a través de la adopción de determinadas medidas, como la elaboración de una Mapa Etnolingüística del Perú y el consecuente diseño de Registro Nacional de Lenguas Originarias; constituye, una trasgresión del derecho constitucional al uso del propio idioma ante cualquier autoridad, que afecta a todas las personas que hacen uso de los más

de 47 idiomas registrado en nuestro país, por lo que precisa:

(...) corresponde la declaración de un estado de cosas inconstitucional en relación con la ausencia de efectiva vigencia del derecho a que el Estado se comunique oficialmente en lenguas originarias en las zonas del país donde ellas son predominantes (...) (Fundamento Jurídico 49)

Debemos precisar que, aunque la necesidad de que los organismos estatales se avoquen a determinadas funciones que realcen la importancia de la preservación lingüística, se encuentre formando parte de los lineamientos de la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad Decreto Supremo 005-2017-MC);, materializada en la Ley de lenguas (el aporte del TC es que, a través de la sentencia analizada, no solo ha revalorado la importancias de la diversidad lingüística de nuestro país, sino que ha actualizado la problemática que subyace en la no vulneración del derecho al uso del propio idioma ante cualquier autoridad, que solo podrá efectivizarse a través de la oficialización de las mismas, de ahí que redunde en el mandato establecido por la Ley de lenguas:

- **Respecto al Ministerio de Educación** disponer que el Ministerio de Educación que en un plazo no mayor a 6 meses contado a partir de la fecha de publicación de esta sentencia y en cumplimiento del mandato notoriamente vencido, contenido en el artículo 5.1 y la Segunda Disposición

Complementaria de la Ley 29735 (Ley de Lenguas, vigente desde el 6 de julio de 2011) —en coordinación con el Ministerio de Cultura, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, los Gobiernos Regionales y las organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios— elabore y publique el Mapa Etnolingüístico del Perú, tal como lo exige el artículo 5.1 de la ley de lenguas, a efectos de que se determine qué lenguas originarias y en qué zonas del país resultan predominantes y, por ende, también oficiales.

Debemos tener en cuenta que, si bien la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad (Decreto Supremo 005-2017-MC); ya tenía lineamiento de acción propuestos, el TC la reestructuró realizando la problemática de trasfondo, con lo cual puso en marcha la fase de ejecución de esta política pública, ya que siete meses después de publicada esta sentencia, se aprobó el Mapa Etnolingüístico: lenguas de los pueblo indígenas y originarios del Perú, mediante el Decreto Supremo 11-2018-MINEDU, con lo cual se pueden idéntica las lenguas predominantes de alguna zona determinada y considerarla como oficial; así en su artículo 1 precisa:

El Mapa Etnolingüístico del Perú es un sistema informativo conformado por mapas y base de datos cuantitativos y cualitativos de las o los habitantes de las lenguas indígenas u originarias

vigentes y de aquellas lenguas extintas en el Perú; asimismo, constituye una herramienta de planificación que permite identificar y determinar la predominancia de la lengua indígena u originaria y la adecuada toma de decisiones en materia de uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas indígenas u originarias

CAPÍTULO VI

LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, COMO MEDIO PARA JUSTIFICAR SU INTERVENCIÓN POLÍTICA – CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

6.1. RELACIÓN ENTRE LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU INTERVENCIÓN POLÍTICA

En el segundo capítulo de esta tesis, expresamos que desarrollar los postulados que se tejen en torno al neoconstitucionalismo, era un ejercicio adecuado que nos ayudaría en la larga tarea de comprobar la hipótesis formulada. Ello bajo la percepción de brindar un soporte metodológico y conceptual a la intervención política del TC, pues esta teoría forma parte de uno de los principales pilares del trabajo investigativo que nos ocupa.

Esto es así, porque el neoconstitucionalismo, como ideología, se ve revestida por la idea de limitar el poder, a través de la preminencia que los derechos fundamentales merecen. Además, este nuevo paradigma, entendido como una línea metodológica, incide en la interpretación constitucional, al intentar dotarla de matices morales y axiológicos, sin perder de vista que las normas que forman parte del marco constitucional, están orientadas a actualizarse constantemente, de acuerdo al contexto social existente, con la finalidad de coadyuvar al ser humano a afrontar sus circunstancias.

Ahora, bajo el entendido de que la limitación del poder, es el cimiento de la intervención política del TC, intentamos poner énfasis en la percepción de los derechos fundamentales, ya que ellos se entienden como el canal para atribuirse la prerrogativa de restringir el poder de un ente legitimado para ello; es por eso que presentamos atención al modelo cuadrimensional de la democracia – en tanto se explica de acuerdo a la clasificación de los derechos fundamentales (políticos, civiles, de libertad y sociales) – que nos esquematiza Ferrajoli, pero con mayor énfasis a su faceta sustancial, que determina que los poderes públicos, deban (democracia social) o no (democracia liberal) adoptar determinadas decisiones.

Además, si entendemos que el actuar político del TC, se circunscribe en la intervención decisional que este realiza, dentro del subsistema político – estatal, tanto en la implementación de normas imperativas como en la de políticas pública; entonces podremos entender que la limitación del poder – percibida esta, como la idea fuerza del neoconstitucionalismo – debe manifestarse, también, en la potestad que tiene el TC para inmiscuirse en el quehacer de otros poderes públicos, siempre que ellos posterguen la agenda social que se les ha asignado, creando el marco perfecto para la inestabilidad democrática del país.

Y, es justo en este punto, donde la función pacificadora del TC encuentra sentido, pues este actúa como un instrumento de consenso, convirtiéndose en un “actor político, inductor de cambio social”, característica que encuentra asidero en la corriente de activismo judicial.

Es por eso que, bajo estos considerandos, se llega entender la afirmación que propusimos, cuando discutíamos la posición que debiera ocupar el TC según la teoría de división de poderes: “Ha de constituirse en un poder más, pero de forma intermitente, cuando el contexto de inestabilidad democrática se acentúe con mayor claridad”. Idea, que en buena cuenta no hace más reforzar la naturaleza política del Supremo Intérprete, pues ello implica que el TC al arrogarse las atribuciones de un verdadero poder público, desplaza, circunstancialmente, a aquel que ha causado una situación de inestabilidad – ya sea por la sola omisión de sus deberes estatales o por circunstancias de ruptura del orden constitucional causado por ella – hasta reestablecer los niveles de constitucionalidad, a través de un control homeostático, momento en el cual, tanto el TC como el poder público trasgresor, regresan a formar parte del tradicional sistema estatal que hemos adoptado.

Asimismo, la intervención política del Tribunal Constitucional, puede tener lugar, por diversas técnicas aplicadas en sus dictámenes como, por ejemplo, en las denominadas sentencias exhortativas, cuyo objeto principal es disuadir al Legislador de emitir determinadas normas. Pese a esto, consideramos que esta expresión no tiene la fuerza vinculante suficiente

como para determinar realmente el rumbo que ha de tomar un poder público.

Sin embargo, nuestro Supremo Intérprete, en tanto, entiende que las figuras procesales son la forma más adecuada para viabilizar sus decisiones, hace uso de una de las herramientas procedimentales más poderosas que tiene, por el gran margen de discrecionalidad que le otorga, al crear figuras procesales, con una preocupante maleabilidad orientada a cumplir determinados fines constitucionales, sin pasar por alto la novedad que ellas implican dentro del mundo del Derecho tradicional. Estamos hablando pues, de la autonomía procesal, que un instrumento exclusivo del TC.

De esta manera, la autonomía procesal, es el medio del que se vale el TC para que su papel, como actor político, se mantenga activo y se dinamice. Pues, es a través de terminadas instituciones configuradas, a propósito de invocar su autonomía, el TC puede revestirse de las prerrogativas de otros poderes públicos.

Así, tenemos que las dos manifestaciones, por excelencia, de la política, a las que hacíamos alusión líneas arriba – implementación de normas imperativas y políticas pública – llegan a ser materia de la justicia constitucional, de forma atípica, solo si el TC se adscribe a la posibilidad de configuración procesal que le otorga su autonomía procesal, introduciendo así, instituciones como le Inconstitucionalidad por Omisión y el Estado de Cosas inconstitucionales, figuras instrumentalizadas por el Supremo Intérprete, desde la perspectiva del Derecho Constitucional concretizado.

Pese a esto, debemos advertir, que estas figuras procesales, le dan la posibilidad al TC de constituirse, como un actor político, pero no siempre con el grado de intervención deseado. Situación, en la que caímos en cuenta, después de analizar los casos planteados en el capítulo anterior.

De esta manera, al desarrollar el caso “Hoja de Coca”, pudimos observar que el punto más álgido de intervención política del TC, se encontraba en su Fundamento Jurídico 54, donde este, a modo de advertencia al Legislativo, precisa que de hacer caso omiso, por reiterada vez, a las

exhortaciones que en esas sentencias se plantean, iba a “analizar la viabilidad de considerar patrimonio cultural a la hoja de coca en relación con la Convención 1961, desarrollando los motivos, impedimentos, o concordancias existentes (...) realizando un desarrollo constitucional expreso”

Esto es así, porque, en buena cuenta, el TC está aduciendo que él podría reemplazar fácilmente al Legislativo en su tarea de normar preceptos constitucionales, con lo cual tiene la virtualidad de constituirse en un poder público, pero solo cuando haya evidencias de fragilidad constitucional. Empero, en el caso en concreto, solo es un intermediario de actuación del Legislativo, por ello es que creemos que aquí, el grado de intervención política es medio.

En el caso “Libre desafiliación”, es donde encontramos un grado de intervención mayor, pues el TC, efectivamente, reemplaza al Legislativo en una omisión relativa, constituyéndose, de esta manera, en un verdadero poder público, pero de forma netamente provisional – lo cual se condice con la posición que el TC ocupa en el principio de separación de poderes que habíamos propuesto. Esto se evidencia en el Fundamento Jurídico 20 de la sentencia en mención:

Constituye causal de desafiliación del SPPrP y de consecuente derecho de retorno al SPuP, la acreditación de que la decisión de afiliarse al SPPrP fue consecuencia de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de la AFP o de la Administración Pública.

Por último, respecto al caso “AIDSESEP”, debemos precisar que es, quizás, el ejemplo más relevante de innovación procesal, pues varía el proceso de cumplimiento, desde las modalidades que nos ofrece la Inconstitucionalidad por Omisión, dando como resultado a lo que nosotros hemos pretendido llamar el “Frankenstein procesal”, a través del cual, el TC resuelve ordenar al Ministerio de Energía y Minas que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Pese a esto, la intervención política del TC, se ha evidenciado en menor medida, en tanto este no se introduce ninguna cláusula de advertencia, que persuada al Ministerio de Energía y Minas de reemplazarlo en sus competencias legislativas, pese a los conflictos que en ese momento se estaban suscitando, lo que evidenciaba una fuerte tendencia de ruptura del orden constitucional (tal como se hizo en el caso hoja de coca), o lo que va más allá, no se llegó a concretizar tal advertencia, a través de la emisión de la normativa que ya había exhortado (como en el caso libre afiliación) En consecuencia, se puede concluir que una intensa actividad de creación procesal del TC, en virtud de su autonomía procesal, no siempre es proporcional al grado de intervención política del TC.

Ahora respecto a los casos analizados en virtud de la figura de Estado de Cosas Inconstitucionales, lo que llegamos a concluir es que, en dos de ellos, se podía observar que las sentencias desarrolladas traían implícitas algunas de las fases de estructuración de una política pública, en lo concerniente al proceso decisional. Así, sucedió con el caso de “Salud mental en Centros Penitenciarios”, en el cual pudimos identificar a las tres fases de formulación de la política pública (Surgimiento de los problemas, Inclusión en la agenda social y Formulación y decisión del programa de la política), concluyendo así, que el grado de intervención política del TC es mayor en este punto. En el “Caso derecho a la educación de personas en extrema pobreza, en zonas rurales”, si bien es cierto, solo identificamos las dos primeras fases, pues el TC no ha realizado un esbozo del programa político a seguir, la fase decisional sí se precisa, es por eso que el grado de intervención política, según consideramos, es medio.

En último término, respecto al caso “Protección de la diversidad lingüística”, la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad (Decreto Supremo 005-2017-MC); ya tenía lineamientos de acción propuestos, sin embargo, el papel que jugó el TC fue emblemático, pues reestructuró dicha política, actualizando la problemática de trasfondo, con lo cual, puso en marcha su fase ejecutiva, ya que siete meses después de publicada la sentencia, se aprobó el Mapa Etnolingüístico: lenguas de los pueblo indígenas y originarios del Perú,

mediante el Decreto Supremo 11-2018- MINEDU, siendo esta una herramienta que ayudará a identificar las lenguas predominantes de determinada zona en el país y, considerarla oficial.

Siendo ello así, observamos que, las fases decisionales estaban predeterminadas, pero, aun así, la intervención política tuvo lugar en su ejecución, por lo cual creemos que el grado es mínimo, ya que solo actualizó el contexto de inestabilidad que se estaba viviendo.

En conclusión, la relación que existe entre la autonomía del TC y su intervención política, es de medio a fin. Pues, nuestro Supremo Intérprete, instrumentaliza a instituciones procesales como la “Inconstitucionalidad por Omisión” y el “Estado de Cosas Inconstitucionales” – figuras creadas a partir de la autonomía procesal del TC – a fin de revestirse de las prerrogativas de un verdadero actor político, ya sea de forma concreta o virtual, para la estructuración de normas imperativas o políticas públicas.

6.2. CARACTERÍSTICAS QUE PODRÍAN PRESENTAR LAS INSTITUCIONES PROCESALES, CREADAS EN VIRTUD DE LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, QUE SIRVIESEN DE MEDIO PARA LA INTERVENCIÓN POLÍTICA DE NUESTRO SUPREMO INTÉRPRETE

Durante el desarrollo de los aspectos metodológicos de esta investigación, planteamos que el hacerla tenía una justificación técnica – práctico, pues se pretendía esbozar algunas características, a modo de pautas, que podrían ayudar a identificar, tanto a operadores jurídicos como sociales, sobre la posibilidad de que el TC, por la discrecionalidad de creación que le otorga su autonomía procesal, configure instituciones procesales – diferentes a las reseñadas en la hipótesis – a través de las cuales materializase su intervención política.

Para este fin, haríamos uso del método comparativo, pues solo a través de la determinación de los factores comunes de las instituciones jurídicas ya estudiadas, y en función a las cuales se ha dado lugar a la comprobación

de la tesis planteada – nos referimos a la Inconstitucionalidad por Omisión” y el “Estado de Cosas Inconstitucionales” – podremos detallar algunos de los indicios planteados en el párrafo anterior. Estos, a nuestro criterio, son los siguientes:

- a) La existencia de una norma de rango constitucional, cualquier fuere su naturaleza, que ordene, explícita o implícitamente, a los poderes públicos, ya sea su desarrollo legislativo y/o reglamentario o la realización de acciones concretas para llevar a cabo determinadas políticas públicas.
- b) La postergación de la agenda social de los poderes públicos, debe haber sobrepasado excesivamente el plazo razonable.
- c) El propósito de la intervención política del TC, debe coincidir con algunas de sus finalidades constitucionales: la Supremacía de la Constitución o la Defensa de los Derechos Fundamentales, especialmente los de naturaleza social, pues resultan ser estos, los que en su mayoría se encuentran postergados.
- d) La intervención política del TC debe poner en evidencia la falta de lealtad constitucional y la inestabilidad democrática del Estado.
- e) Es importante que lo resuelto por el TC asegure su generalización, ya sea a través del carácter vinculante de sus decisiones o la extensión de los efectos *inter partes*.

CONCLUSIONES

1. La relación que existe entre la autonomía del Tribunal Constitucional y su intervención política, es de medio a fin; pues, nuestro Supremo Intérprete instrumentaliza a instituciones procesales como la “Inconstitucionalidad por Omisión” y el “Estado de Cosas Inconstitucionales” – figuras creadas a partir de la autonomía procesal del Tribunal Constitucional – a fin de revestirse de las prerrogativas de un verdadero actor político, ya sea de forma concreta o virtual, para la estructuración de normas imperativas o políticas públicas.
2. El principio procesal que el TC está transgrediendo, al hacer uso de instituciones procesales, que se configuran por su autonomía procesal para justificar su intervención política; es, por excelencia, el de congruencia procesal en su vertiente externa, tanto en su acepción objetiva como subjetiva y, en ambos casos, específicamente en el ámbito *extra petita*. Esto es así, porque en la búsqueda de establecerse como un auténtico actor político, el TC, se pronuncia sobre pretensiones no propuestas o suele incluir en sus pronunciamientos, a sujetos que nunca fueron parte del proceso, ni como litisconsortes.
3. Bien sabemos que la discrecionalidad que el TC tiene en función a su autonomía procesal, puede resultar en una peligrosa extralimitación de facultades y, en el caso que nos ocupa, esto también puede tener consecuencias en lo que respecta a su intervención política. Es por ello, que proponemos determinados límites a la autonomía procesal del TC, basados en dos perspectivas: Límites en función a la estructura conceptual de la autonomía procesal y límites en función a un criterio argumentativo.

Respecto a la primera, se han considerado dos criterios, uno concerniente a de “subsidiaridad”, en donde precisamos que la autonomía procesal es un mecanismo de *ultima ratio*, es decir, su utilidad se hace innecesaria siempre que existan otros mecanismos que nos proporcionen una

respuesta razonable frente a determinada problemática constitucional. El otro juicio expuesto es el de “temporalidad”, cuyo objeto principal es evitar la irreparabilidad de los derechos fundamentales. Por otro lado, en lo referente a los límites que se construyen de acuerdo a una representación argumentativa, establecemos que esto dota de fuerza argumentativa reforzada – es decir dar buenas razones – a las sentencias del TC, cuando este decida hacer uso de las libertades que le proporciona su autonomía procesal, lo que permitirá reivindicar la instrumentalidad del proceso; respecto de las siguientes consideraciones: a) Determinar si el detrimento de la congruencia procesal, permitirá exaltar cualquier derecho fundamental que se encuentre adscrito al uso de la autonomía procesal. b) Identificar otro medio que sea idóneo para mantener el equilibrio constitucional y que, a su vez, no sacrifique alguna vertiente del principio de congruencia procesal y, si lo hace, que sea en menor medida. c) Demostrar que el derecho que se pretende efectivizar, a través de la autonomía procesal, tiene un grado de satisfacción más elevado, en comparación con el grado de afectación que podría presentar la congruencia procesal; a través de los niveles o subniveles de afectación o satisfacción que podría asignárseles a cada uno de estos principios.

Sin embargo, debemos recordar que, aun cuando esboce los límites más precisos, ellos nunca van a erigirse como elementos infranqueables, pues siempre dejan un margen importante de apreciación al TC y a la concepción que él mismo tenga del ejercicio de sus funciones.

4. Los efectos políticos que hemos identificado, en virtud de la “Inconstitucionalidad por Omisión” y el “Estado de Cosas Inconstitucionales”, tiene diferentes niveles, de acuerdo al grado de intervención política que el TC se arroga.

Así, para el primero, respecto a la intervención en la creación de normas, podemos encontrar un punto medio, cuando el TC, a modo de advertencia, aduce que él podría reemplazar fácilmente al Legislativo en su tarea normar preceptos constitucionales, con lo cual tiene la virtualidad

de constituirse en un Poder público, pero solo cuando haya evidencias de fragilidad constitucional (Caso Hoja de Coca). Un grado de intervención mayor, se presenta si el TC, efectivamente reemplaza al Legislativo, constituyéndose así, en un verdadero poder público, pero de forma netamente provisional - esto se condice con la posición que el TC ocupa en el principio de separación de poderes - (Caso Libre Desafiliación). Por último, un grado de intervención mínimo, puede identificarse cuando no se introduce ninguna cláusula de advertencia que persuada al poder público, pese a presentarse una fuerte tendencia de ruptura del orden constitucional o, lo que va más allá, el que no se llegue a concretizar tal amonestación, a través de la emisión de la normativa que ya había exhortado en su emisión. (Caso AIDSESP)

Respecto al análisis de casos, en torno al “Estado de Cosas Inconstitucionales”, también encontramos tres niveles de intervención política, pero esta vez, avocada a la determinación de políticas públicas. Sin embargo, el grado de intervención está directamente relacionada al número de fases en las que el TC incide en la elaboración de la política pública, que solo se circunscribe a un proceso netamente decisonal. (Caso Salud mental en Centros Penitenciarios y Caso derecho a la educación de personas en extrema pobreza, en zonas rurales). Empero, un menor de grado de intervención puede darse cuando el TC actúa bajo el contexto de una política pública preexistente, en donde el TC la reestructura realzando la problemática de trasfondo, con lo cual pone en marcha la fase de ejecución de dicha línea de acción (Caso Protección de la diversidad lingüística)

5. Las características, a modo de pautas, que podrían ayudar a identificar, tanto a operadores jurídicos como sociales, sobre la posibilidad de que el TC, por la discrecionalidad de creación que el otorga su autonomía procesal, configure instituciones procesales – diferentes a las reseñadas en la hipótesis – a través de las cuales materializase su intervención política; son las siguientes: a) La existencia de una norma de rango constitucional, cualquier fuere su naturaleza, que ordene, explícita o

implícitamente, a los poderes públicos, ya sea su desarrollo legislativo y/o reglamentario o la realización de acciones concretas para llevar a cabo determinadas políticas públicas. b) La postergación de la agenda social de los poderes públicos, debe haber sobrepasado excesivamente el plazo razonable. c) El propósito de la intervención política del TC, debe coincidir con algunas de sus finalidades constitucionales: la Supremacía de la Constitución o la Defensa de los Derechos Fundamentales, especialmente los de naturaleza social, pues resultan ser estos, los que en su mayoría se encuentran postergados. d) La intervención política del TC debe poner en evidencia la falta de lealtad constitucional y la inestabilidad democrática del Estado. e) Es importante que lo resuelto por el TC asegure su generalización, ya sea a través del carácter vinculante de sus decisiones o la extensión de los efectos *inter partes*.

RECOMENDACIONES

1. Debiese analizarse qué otras formas encuentra el TC para connotarse como un verdadero actor político.
2. El TC, puede tener una naturaleza política, no solo desde la perspectiva del sub sistema político – estatal, sino también, desde el sub sistema socio – político, con lo cual, se le confiere tintes partidarios. Es decir, es posible estudiar en qué medida, el TC toma decisiones por y para el Estado, pero influenciado por partidos políticos u organizaciones de interés.
3. Si la autonomía procesal es una prerrogativa exclusiva del TC, debería determinarse qué consecuencias jurídicas y sociales, tendría el exportar esta institución a otros órganos jurisdiccionales y, por ende, qué mecanismos legales podrían utilizarse para este fin.
4. El TC, al configurar normas, a través de su autonomía procesal, se le suele atribuir un “despliegue cuasi legislativo”, por lo que algunos doctrinarios, en virtud de este contexto, le irrogan una naturaleza política. Empero, mediante este trabajo investigativo, el enfoque político que se le pretende dar al Supremo Intérprete de la Constitución, tiene una orientación diferente al de crear instrumentos procesales; sin embargo, ello no constituye óbice para desarrollar una investigación en torno a este punto.

LISTA DE REFERENCIAS

Artículos de Revistas

- Abad Yupanqui, S. B. (Junio de 2008). La creación jurisprudencial de normas procesales: la "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional. Un análisis preliminar. *Palestra del Tribunal Constitucional*, III(06), 137-148.
- Bocanegra Sierra, R. (1981). Cosa juzgada, vinculación de fuerza de ley en las decisiones del Tribunal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 235-274.
- Carmona Tinoco, J. U. (2007). La división de poderes y la función jurisdiccional. *Revista Latinoamericana de Derecho*, IV(7-8), 175-211.
- Duque Corredor, R. J. (2007). El Constitucionalismo de un Estado de *Derechos y el Proceso Contencioso Administrativo*. *Derecho Administrativo Iberoamericano*, 341-347.
- Eto Cruz, G. (2014). El incumplimiento de las sentencias exhortativas vinculantes del Tribunal Constitucional como una modalidad de Inconstitucionalidad por Omisión de configuración jurisprudencial. (C. d. constitucionales, Ed.) *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*, II, 513-526.
- Fernández Rodríguez, J. J. (2002). *Entorno al concepto de Inconstitucionalidad por Omisión*. *Foro Jurídico*. *Revista de Derecho editada por estudiantes de la PUCP*(01), 53-61.
- Figueroa Gutarra, E. (2014). El principio de «autonomía procesal». Notas para su aplicación material. *Pensamiento Constitucional* (19), 331-354.
- García Belaunde, D. (2001). *El derecho procesal constitucional*. Bogotá: Temis S.A.
- García Pelayo, M. (1981). El "Status" del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11-34.

- Mendoza Escalante, M. (Julio- Diciembre de 2006). La autonomía procesal constitucional. *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y doctrina*, II(4), 97-129.
- Pino, G. (2016). Constitución, positivismo jurídico, democracia. Análisis crítico de los tres pilares de la filosofía del Derecho de Luigi Ferrjoli. *Derechos Fundamentales. Democracia Constitucional y Garantismo* , 276-319.
- Landa Arroyo, C. (Octubre de 2000). Justicia constitucional y political questions. *Pensamiento Constitucional*, VII(7), 111-140.
- Landa Arroyo, C. (2006). Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional. *Ius et Veritas*(32), 249-262
- Landa Arroyo, C. (2009). La Autonomía del Procesal Constitucional en la experiencia del Perú. *Anuario del Derecho Constitucional Latinoamericano*, XV, 277-310.
- Rivas Alva, M. A. (2000). El Control de las Omisiones Inconstitucionales por el Tribunal Constitucional: Reflexiones en Torno a una Sentencia. *Derecho & Sociedad*(32), 335-346.
- Sumaria Benavente, O., & Vassallo Efftha, K. S. (2008). Un Nuevo Actor Político: La Participación de los Tribunales Constitucionales en la Elaboración de las Políticas Públicas. *Derecho & Sociedad*(40), 121-131.
- Monroy Gálvez, J. (2008). La "Autonomía Procesal" del Tribunal Constitucional: Apuntes sobre una relación inventada. *THEMIS*(55), 87-96.
- Quintero Lyons, J., Navarro Monterroza, A., & Irina Meza, M. (2011). La figura de Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismo de protección de derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'filippo*, 69-80.

Vásquez Armas, R. (2017). La técnica de declaración del “Estado de Cosas Inconstitucionales ” y su aplicación por el TC. *Gaceta Constitucional de Gaceta Jurídica*(119), 25-34.

Referencias Bibliográficas

Barak, A. (2017). *Proporcionalidad de los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*. (G. Villa Rosas, Trad.) Lima: Palestra Editores.

Ferrajoli, L. (2016). *Derechos Fundamentales, Democracia Constitucional y Garantismo*. (S. Ortega Gómero, Trad.) Lima: Iran RZ Business Company S.A.C.

Figueroa Gutarra, E. (2018). *Derecho Constitucional: Estudio sistemático y comparado de los Derechos Fundamentales, de la persona y de la estructura del Estado*. (Vol. I y II). Lima: Adrus D&L Editores S.A.C.

Fix- Zamudio, H. (1998). *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el Ordenamiento mexicano* (Segunda ed.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

García Belaunde, D. (2001). *El derecho procesal constitucional* . Bogotá: Temis S.A

Morales Godo, J. (2009). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Lima: IDEMSA.

Pérez Royo, J. (2000). *Curso de Derecho Constitucional*. Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Referencias virtuales

Colombo Campbell, J. (2002). Funciones del Derecho Procesal Constitucional. *Ius Et Veritas Praxis*(8), 11-69. Obtenido de Funciones del Derecho Procesal Constitucional. : https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200002

Falla Ly, M. E., & Zapata Tello, S. E. (2014). Estado de Cosas Inconstitucional en el Perú: Análisis jurisprudencial y Derecho Comparado. *I JORNADA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL – REGIÓN NORTE*. Obtenido de http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_7/articulos/6_Estado_Cosas_Inconstitucional.pdf

Ortiz Gaspar, D. A. (15 de Setiembre de 2014). Universidad del Pacífico. Obtenido de *La sentencia del Tribunal Constitucional no es tinta derramada* en papel: <http://elcristalroto.pe/publico/constitucional/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-es-tinta-derramada-en-papel/>

Universidad Nacional Autónoma de México. (29 de Agosto de 2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Obtenido de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM : <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3683/27.pdf>

Tesis

Acuña Chávez, A. (2014). Funciones y Competencias del Tribunal Constitucional Peruano. (*Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional*) Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Ku Yanasupo, L. (2013). La Incidencia de la Jurisprudencia Constitucional en el Ámbito de las Políticas Públicas. (*Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional*). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

