

**ESTUDIOS de Derecho  
CONSTITUCIONAL y  
Procesal Constitucional**

E D I T O R A J U R Í D I C A G R I J L E Y

Félix Enrique Ramírez Sánchez  
Juez titular especializado en lo Civil, miembro  
de la Asociación de Jueces para la Justicia y  
Democracia (JUSDEM) y catedrático universitario

**ESTUDIOS de Derecho  
CONSTITUCIONAL y  
Procesal Constitucional**

**GRIJLEY**

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.*

© 2014, **Estudios de Derecho Constitucional y  
Procesal Constitucional**

© 2014, Félix Enrique Ramírez Sánchez

© 2014, Editora y Librería Jurídica Grijley

[www.grijley.com](http://www.grijley.com)

Jr. Azángaro 1077 - Lima

Tlfs.: 321-0258 • 427-1881

[mentejuridica@hotmail.com](mailto:mentejuridica@hotmail.com)

Av. Francisco Lazo 1924 - Lince

Tlfs.: 265-2739

Cel.: 985770709

[info@grijley.com](mailto:info@grijley.com)

Av. Tingo María 1330

Tlfs.: 337-5252 • 666-0714

[elay\\_grijley@hotmail.com](mailto:elay_grijley@hotmail.com)

**Composición e Impresión:** Editora y Librería Jurídica  
Grijley E.I.R.L.

**Hecho el Depósito Legal en la  
Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-06976  
ISBN: 978-9972-04-458-8**

Tiraje: 1,000 ejemplares

Dedico el presente trabajo a mis hijos:  
María Gimena y Lucas André,  
quienes son los ojos a través  
de los cuales miro el mundo.

## PRESENTACIÓN



En nuestro medio son cada vez más numerosos los estudios dedicados tanto al Derecho Constitucional como al Derecho Procesal Constitucional. No es raro que así sea, pues en los últimos años, ambas disciplinas se han juridificado de una manera realmente vertiginosa como producto del desarrollo jurisprudencial hasta hoy existente. Esta tendencia es hoy tan acentuada que prácticamente es imposible estudiar ambas materias, si no es a la luz de los casos y de las respuestas jurisprudenciales otorgadas a los mismos.

A diferencia de lo que ocurría antaño, en que muchos de los análisis practicados partían de una concepción esencialmente dogmática, vital en el proceso formativo, pero poco práctica en el manejo de los casos concretos, actualmente y a quien quiera que se aproxime a la temática constitucional, sea en su versión sustantiva, sea por supuesto en la adjetiva, le resultará de igual importancia informarse de los derroteros que ofrece el Derecho vivo, en cuyo caso y por obvias razones cobrará especial interés el aporte de quienes por una u otra razón participan o conocen del proceso de administración de la Justicia Constitucional.

Lo dicho naturalmente no significa ni tampoco debe entenderse como que actualmente se sacrifique la base teórica que toda materia presupone y que evidentemente sigue siendo esencial, por una simple descripción de controversias y de soluciones dispensadas a las mismas. Pero es inevitable que una cosa ya no puede vivir sin la otra. Por muy opinables que puedan

resultar las decisiones en el ámbito de la Justicia Constitucional (y sin duda, muchas lo son), ellas son el punto medular de discusión y es con base en su contenido que se puede conocer la propia dinámica constitucional, y por supuesto, también los correctivos cuando se aprecian dificultades o retrocesos en la misma.

El constitucionalista de hoy debe pues contar con una sólida base doctrinaria, pero a su vez, con un adecuado o solvente conocimiento de los casos y de las tendencias asumidas a partir de aquellos. De faltar uno de ambos aspectos, cualquier análisis, por muy bien intencionado que parezca, adolecerá de notoria insuficiencia.

Es precisamente en un contexto como el descrito que cobra particular interés la publicación de una obra como la que nos ofrece el doctor Félix Ramírez Sánchez. Su contenido, más que un esfuerzo recopilatorio de estudios desarrollados sobre la base del interés de difundir el parecer del autor sobre ciertos casos constitucionales, intenta ofrecernos un enjuiciamiento crítico en torno de diversos tópicos en materia constitucional y también procesal constitucional. Con sustentada base teórica y en la mejor clave de jurisprudencia, el texto busca motivar reflexiones y despertar el debate sobre determinados argumentos que subyacen a ciertos casos polémicos, especialmente escogidos.

Son examinadas así ejecutorias tan interesantes como las concernientes con el derecho a la remuneración de los jueces, la inconstitucionalidad de la asociación compulsiva de magistrados, el derecho a la propia identidad sexual, el interés superior del niño, la autonomía legislativa del derecho procesal constitucional, la imparcialidad del juez constitucional, la actuación de las partes, la potestad sancionadora en la Justicia Constitucional, la llamada “guerra de las cortes” y la desnaturalización de la tutela competencial. Con lenguaje sencillo pero a la par analítico, el autor nos pasa revista de los argumentos que en su día se utilizaron para encarar tales controversias, haciendo hincapié en su evidente solidez o en su inevitable fragilidad.

Especialmente útil para dicho objetivo termina siendo la propia experiencia práctica del autor, quien no solo se desempeña como un ejemplar magistrado de carrera, sino como un distinguido profesor universitario en el área constitucional. Ha sido precisamente en este último escenario donde hemos tenido la ocasión de conocerle compartiendo en más de una oportunidad diversas jornadas y encuentros académicos en los que se ha apreciado no solo su solvencia y amplia visión respecto de variados temas jurídicos, sino y por sobre todo, su indeclinable empeño por la investigación. Fruto de tal vocación es la presente obra que es probablemente el inicio de una fructífera y sólida producción bibliográfica que aplaudimos y alentamos con el mayor de los entusiasmos.

**Luis R. Sáenz Dávalos**

Profesor de Derecho Constitucional  
de la UNMSM, PUCP y la AMAG.

## INTRODUCCIÓN



El exaltamiento de la constitucionalización del ordenamiento jurídico y del ejercicio del poder es sin duda la característica principal hoy en día, de todo Estado contemporáneo que se precie de ser un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, línea trazada por la corriente denominada “neo-constitucionalismo”, “constitucionalismo moderno” o “constitucionalismo liberal”, del cual el Perú no es ajeno. Esta ideología y forma de Estado es consecuencia del fenómeno de la segunda postguerra y del replanteamiento a nivel mundial de la defensa de la dignidad del ser humano como premisa principal de todo orden legal y social; y se traduce en la idea de que el contenido de los derechos, principios y valores que subyacen en la Constitución –de manera expresa o tácita– constituyen normas jurídicas elementales y fundamentales que “*vincula*” a toda norma jurídica existente en el sistema jurídico y a la existencia social misma, específicamente en todo tipo de ejercicio de poder que se ejerza, ya sea esta pública o privada. En consecuencia, la idea es clara, la Constitución prevalece y debe prevalecer sobre la voluntad del legislador y de todos los órganos constituidos del Estado –incluyendo la jurisdicción constitucional–, como también predomina sobre la voluntad de los particulares. Lo contrario implicaría que el acto es nulo por infracción constitucional.

Es así que para darle efectividad a la Constitución en el terreno de la vida misma, específicamente cuando se presenta un conflicto jurídico de relevancia constitucional (ya sea en el ámbito dogmático u orgánico), se hizo necesario el nacimiento de un orden procesal sui generis que permita concretizar la Constitución, cuyas características, principios e instituciones

procesales estén guiadas por una finalidad concreta: la preservación del orden constitucional y la defensa de la persona humana; hablamos del denominado derecho procesal constitucional, instrumento que permite la exigibilidad jurisdiccional de la Constitución misma, teniendo en cuenta la naturaleza del conflicto y su necesidad de una tutela de urgencia. Se suma a ello, la presencia de una jurisdicción especializada como es el Poder Judicial en general como el Tribunal Constitucional en particular, cuyos órganos están encargados de impartir justicia constitucional. Es así que a través de la jurisprudencia constitucional o derecho vivo, viene vigorizándose este principio de supremacía constitucional<sup>(1)</sup>.

Estos cambios importantes también se vienen dando a nivel de nuestro país, donde el Tribunal Constitucional y luego el Poder Judicial, en su condición de guardianes de la Constitución, vienen concretizando —mediante sentencias emblemáticas— el reconocimiento del nuevo orden constitucional, a través de la defensa y eficacia de los derechos fundamentales de la persona humana y los principios que sustenta la organización política de nuestro país, como también han abordado y desarrollado temas procesales importantes en el ámbito del derecho procesal constitucional, sumado a la consolidación de la justicia constitucional con la dación de la Ley 28237 - Código Procesal Constitucional, considerado el primer Código Procesal a nivel mundial, a través del cual pretende hacer efectiva la Constitución. Sin embargo, debemos dejar en claro que, al igual que se reconocen avances significativos mediante la jurisprudencia constitucional, también han existido retrocesos respecto a sentencias cuestionables, desatando incluso algunos

(1) En el constitucionalismo moderno es necesario para hacer efectiva la Constitución, un sistema de justicia constitucional conformado por un orden procesal que permita a toda persona exigir el derecho a la supremacía constitucional y una magistratura especializada a cargo de ello; así lo afirma Allan R. Brewer-Carías al indicar lo siguiente: “Nada se ganaría con señalar que la Constitución, como manifestación de la voluntad del pueblo, debe prevalecer sobre la de los órganos del Estado, si no existiere el derecho de los integrantes del pueblo de exigir el respeto de esa Constitución, y además, la obligación de los órganos jurisdiccionales de velar por la supremacía constitucional”. Ver “La ilegítima mutación de la Constitución y la legitimidad de la jurisdicción constitucional: La ‘Reforma’ de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional”, en AA.VV., *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Idemsa, Lima, 2009, p. 30.

de ellos, una guerra entre cortes, debido a un hiperactivismo por parte del máximo intérprete de la Constitución.

De lo aquí avanzado podemos inferir un postulado trascendental: Constitución y Derecho Procesal Constitucional constituyen dos caras de una misma moneda, cuyo punto de unión es el reconocimiento del principio de supremacía constitucional, es por ello que a partir de nuestra óptica no solo académica, sino jurisdiccional, hemos abordado y analizado a través de la presente obra, temas de actualidad en el ámbito del derecho constitucional y procesal constitucional, analizando la jurisprudencia que viene dándose en el Poder Judicial y, en especial, el expedido por el mismo Tribunal Constitucional. Ahí, radica el título de la obra que a continuación presentamos: *Estudios de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*.

Este trabajo realiza una crítica profunda a la forma de como actualmente practicamos y concebimos nuestra Constitución, tanto en el ámbito sustantivo, como procesal, es por ello que el libro se divide en dos grandes capítulos. El primer capítulo se titula “**Tendencias Actuales del Derecho Constitucional**”, el cual reúne cuatro trabajos que tienen como denominador común el estudio de los principios y derechos fundamentales, pretendiendo a través de ello contribuir a conservar el valor garantista de la parte dogmática de la Constitución, en referencia a las libertades personales. Así tenemos que el primer trabajo aborda el derecho fundamental a una remuneración digna de los “jueces” acorde con la función que cumple en el Estado Constitucional de Derecho, como es la defensa del orden constitucional, ya que ello permite garantizar la independencia del Juez, procediendo así, al estudio de la STC N° 3019-2010-PC/TC donde se reconocieron los niveles remunerativos de los jueces luego de varios años en espera. El segundo tema trata sobre el derecho de asociación de los jueces y la inconstitucionalidad de obligarlos por mandato legal a participar de la asociación mutualista judicial; en ella, se desarrolla el contenido del derecho de asociación: tanto en su vertiente positiva, negativa y la facultad de auto-organización, procediendo a criticar constructivamente la decisión arribada por el máximo intérprete de la Constitución, en la STC 3186-2012-PA/TC, en lo referido a la devolución de los aportes por parte de los jueces que habían sido obligados a pertenecer a la asociación citada. El tercer capítulo trata de manera frontal la problemática surgida a nivel social y jurídico, como es el reconocimiento de la identidad

sexual y el cambio de sexo en el Perú, para lo cual se toma como referencia el famoso caso Pamela Estela contenida en la STC 0139-2013-PA/TC, transexual que interpuso una demanda de amparo para lograr un reconocimiento legal en sus documentos de identidad respecto a su identidad de género, el cual fue denegado por el mismo Tribunal Constitucional mediante argumentos débiles; y finalmente, el cuarto tema versa sobre el principio constitucional del interés superior del niño y adolescente, así como su función en cuanto eje interpretativo en el derecho civil, específicamente en lo referido al cambio de nombre, para lo cual se procede a analizar la casación N° 3875-2009-Lima, expedida por la Sala Civil Permanente de nuestra Corte Suprema, donde deniega la solicitud de una madre de cambiarles el nombre de pila a sus hijas.

Seguidamente el lector podrá introducirse en el segundo capítulo de este libro, el cual se ha titulado “*Tendencias Actuales del Derecho Procesal Constitucional*”. En ella convergen 5 temas relacionados al reconocimiento del derecho procesal constitucional como mecanismo importante en el sistema de justicia constitucional. Así tenemos que el primer trabajo de este capítulo se ocupa de explicar y fundamentar la autonomía del derecho procesal constitucional, como una rama distinta del derecho procesal común, creación que responde a las tendencias contemporáneas de reconocer de manera más efectiva y urgente la vigencia de los derechos fundamentales y los valores y principios democráticos de carácter constitucional. En el segundo trabajo, se estudia el principio de imparcialidad en los procesos constitucionales y la proscripción de la inhibición por decoro en los procesos de amparo, ello en referencia a lo establecido en el artículo 52° del Código Procesal Constitucional, ya que la autonomía y sumariedad de los procesos de tutela de urgencia, conlleva a prohibir figuras procesales como la recusación y la inhibición por decoro, ya que lo contrario, podría conllevar a la ineficacia de los derechos fundamentales, posición que es justificada en precedentes jurisprudenciales y administrativos (procesos disciplinarios) y citas doctrinarias. El tercer trabajo analiza la potestad sancionatoria que ostenta el Tribunal Constitucional para punir prácticas abusivas de las partes que participan en el proceso constitucional; en ella, sintetizamos la jurisprudencia existente y los cuatro tipos de abusos procesales que se han venido dando: por atentar contra la buena fe procesal, lealtad y probidad, por no

acatar resoluciones del Tribunal Constitucional, por faltar al respecto a sus miembros —o usar expresiones descomedidas o agraviantes—, y por haber faltado al principio de veracidad mediante hechos o pruebas falsas. Seguidamente, el cuarto trabajo analiza un tema polémico denominado segunda guerra entre cortes, desatada por la STC N° 001-2010-PC/TC, emitida por el Tribunal Constitucional, a través del cual se dejaron sin efecto sentencias de jueces ordinarias con calidad de cosa juzgada, originando un conflicto entre los fueros del máximo intérprete de la Constitución y el Poder Judicial. En ella se justifica una crítica constructiva al hiperactivismo del Tribunal Constitucional a partir de dicha decisión y llama a reflexionar sobre los límites que debe tener la justicia constitucional. Finalmente en el quinto trabajo se analiza la desnaturalización del proceso cautelar en el proceso competencial originado por el Tribunal Constitucional, al conceder la medida cautelar a favor de la suspensión de la resolución emanada por la justicia ordinaria en anterior proceso de cumplimiento que ordenaba el pago de la nivelación de la remuneraciones de los jueces, a través de la resolución recaída en el Exp. N° 0002-13-PC/TC, crítica que se realiza a partir del carácter instrumental de las medidas cautelares en este tipo de procesos.

Ciertamente los trabajos que componen este libro fueron seleccionados con un claro interés académico para tratar distintos tópicos constitucionales, pero todos ellos tienen un componente importante: el análisis de los mismos parte del derecho vivo (jurisprudencia), para luego realizar reflexiones críticas —limitadas claro está— sobre cómo vivimos el neoconstitucionalismo, reconociendo que es una teoría que padece de ciertas deficiencias, pero que es perfectible, y que dicha perfección solo se dará a partir de las críticas y los avances que puedan lograr los operadores del derecho, incluidos los jueces, que son los llamados a ser los guardianes de la Constitución.

Para mi persona, es muy grato poder compartir con la comunidad jurídica nuestras inquietudes y críticas acerca de diversas instituciones y decisiones jurisdiccionales dadas por el ámbito del Poder Judicial como del máximo intérprete constitucional, el Tribunal Constitucional, relacionadas a nuestro orden constitucional y procesal constitucional. Empero no cabe duda de que este trabajo es imperfecto como toda obra humana, pero también estamos convencidos de que ello constituye un granito de arena para



iniciar un debate teórico mayor, sobre diversos tópicos actuales que deben ser abordados por la justicia constitucional.

No quiero terminar esta introducción, sin expresar de manera personal mi agradecimiento eterno a las personas que contribuyeron de una u otra forma a la consolidación de este trabajo: a Christian Donayre Montensinos, porque partió de él la idea de la publicación de este libro, en una de las conversaciones sostenidas hace buen tiempo; a mi dilecto amigo Luis Saenz Dávalos, a quien admiro por su capacidad, pero sobre todo por la pasión y vehemencia que tiene por el derecho constitucional y procesal constitucional, por ser el referente que me enseñó que todo operador del derecho debe vivir la Constitución y la defensa férrea de la misma. No podría dejar de mencionar, a Enith Mercedes Ruiz Santillán, mi compañera y amiga, por sus consejos y la comprensión brindada por todos estos años, desde que nos conocimos en nuestra alma máter, la Universidad Nacional de Trujillo. A María Armas Zavaleta, directora general de la Universidad César Vallejo, por su amistad y su apoyo incondicional en mi quehacer docente, en estos más de diez años de docencia universitaria en dicha casa de estudios. A mis amigas de hoy y siempre, Dras. Ana María Fernandín Díaz y María A. Valencia Espinoza, magistradas probas, los cuales no sólo tienen legitimidad social por sus decisiones jurisdiccionales objetivas y motivadas, sino por ser personas de bien y con un alto espíritu humano y sentido de justicia, lo cual los hace especiales. A mis padres Félix Ramírez Díaz y Esperanza Sánchez Barbarán porque gracias a ellos soy lo que soy; y a Carlos Ríos Guzmán, por el apoyo incondicional brindado para la elaboración y publicación de la presente obra; y finalmente, agradezco a todas aquellas personas que desinteresadamente contribuyeron a la corrección de los tópicos reunidos en la presente obra, pero sobre todo por su aliento constante hacia mi persona para seguir adelante en el quehacer académico.

Espero que el presente libro sea valioso para iniciar nuevos debates, sobre los distintos temas planteados en materia constitucional y procesal constitucional, que sin duda es un tema inacabado, como el Derecho mismo.

**El autor**

## Capítulo I

# TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

## ¡LOS JUECES TAMBIÉN TENEMOS DERECHOS!: EXIGENCIA DE LA HOMOLOGACIÓN DE LAS REMUNERACIONES(\*)

---

### I. EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

A partir de la dación del Dec. Leg. N° 767, publicado en el diario oficial *El Peruano*, de fecha 4 de diciembre de 1991, se introdujo en nuestro sistema jurídico la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, norma que reconocía como un derecho de los jueces el de percibir una remuneración acorde con su función, dignidad y jerarquía. Esta estableció como criterio que las remuneraciones de los magistrados Vocales (hoy Jueces Superiores), Jueces Especializados y Jueces Mixtos, como Jueces de Paz Letrado se dará en razón del 90%, 80% y 70% de las remuneraciones totales de los Vocales Supremos –entiéndase Vocales Supremos– (artículo 86°, inc. 5, numeral b), ratificada con el Decreto Supremo N° 017-93-JUS que regulaba el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Es a partir de la vigencia de dicha norma hasta la actualidad –más de veinte años– que no se ha podido implementar la misma por parte del Poder Ejecutivo, siendo los argumentos de dicha omisión, los estrictamente presupuestarios. En la práctica se ha dado una especie de *vacatio legis* de hecho de la norma citada; suceso que ha originado durante los últimos años constantes reclamos por parte de los magistrados

(\*) Dedicó el presente trabajo a los jueces, quienes vienen cambiando el paradigma en la tarea de juzgar, al convertirse en garantes de la Constitución, a pesar –incluso en contra– de las reglas de la mayoría.

quienes vienen exigiendo el cumplimiento de la norma citada que reconoce su derecho fundamental a una remuneración digna.

A partir de dicha situación, ha existido una gran preocupación por los Poderes Ejecutivo y Legislativo sobre esta materia, tanto es así que los conceptos remunerativos y no remunerativos fueron regulados en forma subsidiaria por diversos dispositivos legales (Decreto Supremo N° 209-91-EF, Decreto Supremo N° 059-94-EF y sobre todo por el Decreto de Urgencia N° 114-2001) para mediar e impedir el impacto presupuestal que significa el cumplimiento de la norma antes citada. Posteriormente mediante Ley N° 28212, publicada el 2 de abril de 2004 y modificada por Decreto de Urgencia N° 038-3006 del 30 de diciembre de 2006, se regularon los ingresos de los altos funcionarios y autoridades del Estado, entre los cuales se fijaron los ingresos de los Jueces Supremos en seis (6) unidades remunerativas del Sector Público, lo que equivale a la suma de S/. 15,600.00 nuevos soles, norma que está vigente a la fecha.

Luego de ello y de manera inconsulta con el Poder Judicial, se expidió la Ley N° 29718, aprobada con fecha 28 de abril de 2011, ley que modifica el artículo 4 de la Ley N° 29812 – Ley que regula el Ingreso de Altos Funcionarios del Estado y dicta otras medidas, estableciendo nuevos porcentajes a la remuneración de los jueces (81%, 58% y 40%, respectivamente), porcentajes menores a los establecidos en el artículo 186 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual tampoco se efectivizó, y lo que era evidente disminuía las condiciones de trabajo de los magistrados con una remuneración ínfima, pese a que por principio no pueden rebajarse las condiciones de trabajo como las remuneraciones en perjuicio de un trabajador.

Ante la última norma citada que modifica los porcentajes y ante la falta de nivelación de las remuneraciones de los magistrados, se originó toda una campaña de reclamos por parte del Poder Judicial al Ejecutivo y Legislativo, trayendo como consecuencia la dación de la Ley N° 29818 que a través de su artículo único dispuso conformar una comisión compuesta por representantes del Poder Judicial y del Ministerio de Economía y Finanzas, a fin de evaluar la situación de los ingresos de los jueces con el objeto de proponer un proyecto de ley, debidamente financiado, ordenando los

ingresos de los jueces y teniendo en cuenta los principios de equilibrio y programación presupuestal. Asimismo suspende la aplicación de la Ley N° 29718, restituyendo la vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial en los porcentajes originales (90%, 80% y 70%, respectivamente).

El proyecto que establecía una nueva escala remunerativa para los magistrados y elaborado por la citada comisión fue culminada en el mes de junio del presente año, siendo promovida por el presidente del Poder Judicial, Dr. César San Martín Castro como parte de su gestión, proyecto que además tenía la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, ya que había participado en su elaboración y donde se establecía un aumento progresivo. Empero cuando estaba en trámite dicha propuesta legislativa, el Tribunal Constitucional publicó a través de su página web con fecha 21 de septiembre de 2012, la *STC N° 3919-2010-AC/TC*, acción que fuera promovida por don Juan Peralta Cueva y otros (todos ellos magistrados de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque), la cual declaró fundada la demanda de cumplimiento y dispuso que se nivelen los ingresos de los jueces superiores, jueces especializados o mixtos y jueces de paz letrados demandantes, en proporción del 90%, 80% y 70%, respectivamente, de lo que percibe el Juez Supremo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 186, inc. 5, literal “b”, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo N° 01793-JUS), donde incluía aparte de la remuneración, bono y gastos operativos, la **Asignación Especial por Alta Función Jurisdiccional** que asciende al monto de S/. 7,617.00 nuevos soles, concepto último que no fue tomado en cuenta como concepto homologable en el proyecto elaborado por la comisión dispuesta por la Ley N° 29818.

Dicha sentencia desató una diferencia pública entre el titular del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en tanto la sentencia emitida había logrado un mayor protagonismo y aceptación que el propio proyecto promovido por el Poder Judicial. Dicho fallo introducía un concepto más a la remuneración homologable establecida en el proyecto y, por ende, los montos a percibir son mayores. Empero como la sentencia tenía efectos para las partes, el Presidente de la Corte Suprema de la República presentó el Proyecto al Presidente del Consejo de Ministros (Ejecutivo) para ser promovida y posteriormente lo envió al Congreso para su aprobación, siendo denegado,

lo que desató la protesta del titular del Poder Judicial<sup>(1)</sup>. En el marco de las prerrogativas que ostenta la Sala Plena de la Corte Suprema, remitieron el Proyecto N° 1668/2012-PJ (proyecto consensuado), el mismo que hasta la fecha de elaboración del presente artículo no ha sido discutido en el pleno. Esto ha traído finalmente que se inicien acciones judiciales para lograr la homologación ante la falta de apoyo político para aprobar una norma de nivelación, pretendiendo acudir a las instancias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Incluso en la Conferencia Nacional de Presidentes de Cortes Superiores de Justicia del Perú han emitido pronunciamientos respaldando las acciones iniciadas por el titular del pliego<sup>(2)</sup>.

Ante la importancia que concita la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (STC N° 3919-2010-AC/TC), es que pretendemos encontrar su justificación, además de los mecanismos que debió aplicar el Tribunal Constitucional para evitar estos enfrentamientos del Poder Judicial con el Ejecutivo y el Legislativo, resaltando los efectos que irradia la misma para casos futuros y cómo debe velarse el orden constitucional específicamente los derechos fundamentales de los magistrados del Poder Judicial. Para tal efecto, empezaremos precisando algunos puntos importantes.

## II. EL ROL DEL JUEZ EN NUESTRO SISTEMA DEMOCRÁTICO Y EL RECONOCIMIENTO DE SU INDEPENDENCIA

Una premisa indiscutible es la de reconocer la vigencia actual de la corriente neoconstitucionalista —o llamada también constitucionalismo contemporáneo— (la que surgió a finales del siglo XX a partir de la postguerra). Esta ha influenciado sobre los sistemas político-jurídicos del mundo moderno, sobre todo en aquellos que se precian de ser democráticos y se caracterizan por el reconocimiento de la dignidad del hombre a través del acogimiento de un catálogo de derechos fundamentales en las nuevas Constituciones

(1) Ver el diario *La República*, de fechas: 1 de noviembre de 2012 (pág. 12) y 9 de noviembre del 2012 (pág. 12).

(2) Pronunciamiento realizado con fecha 17.11.2012. Ver <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/055e77804d7f28b3a98deb85f1a0a28f/aviso-web-17-11.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=055e77804d7f28b3a98deb85f1a0a28f>

que se han propugnado<sup>(3)</sup> y sobre todo por la afirmación del principio de supremacía constitucional en las relaciones de los poderes del Estado y de la sociedad misma, cubriéndolas de una eficacia jurídica tal que son exigibles frente a todos los poderes estatales y particulares, incluso frente al legislador y a las leyes infraconstitucionales que estos expedieron<sup>(4)</sup>. De este modo, ha reconocido el establecimiento de un Estado Constitucional de Derecho, imperante en las sociedades modernas, donde los órganos que cumplen la función de ejercer control sobre los demás recaen en el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional (o el que haga sus veces). Esto conlleva a determinar que estos últimos ejercen un rol protagónico en nuestra estructura del poder y de preservación del orden constitucional.

Ello ha implicado obviamente el alejamiento y rompimiento de la concepción vetusta y vigente hasta aquel entonces del denominado Estado Liberal o Estado Legislativo de Derecho —nacido en plena Revolución Francesa—, el cual propugnaba que la Constitución era, como lo describe Gascón Abellán, una mera carta política y que los llamados derechos constitucionales que en ella subyacen solo tendrían eficacia jurídica conforme la ley los reconociera y estableciera sus alcances, quedando subyugado al poder del legislador, es decir, implantaba un gobierno de la ley donde imperaba el Poder Legislativo frente al gobierno de los hombres<sup>(5)</sup>. Tal es así que el juez

(3) En los años 40 se implantó un nuevo orden constitucional en Alemania (1949) e Italia (1947); en los años 70 en España (1978) y Portugal (1976), y en los 90 en los países de Europa Central y del Este; proceso que se trasladó a Sudamérica. Pero lo característico de ello es que en dichos ordenamientos supranacionales se estableció positivamente la garantía suprema a la dignidad humana. Sobre el tema puede leerse RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, “Constitucionalismo”, en *Temas de Derecho Constitucional*, Tomo I, coordinador Manuel Aragón, Civitas, Madrid, 2001.

(4) Ver ARNOLD, Rainer, “El derecho constitucional europeo a fines del siglo XX: Desarrollo y Perspectiva”, en AA.VV., *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica: Libro Homenaje a Germán J. Bidard Campos*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Grijley, Lima, 2002, pp. 19-32.

(5) Ver GASCÓN ABELLÁN, Marina, “El Papel del Juez en el Estado de Derecho”, en AA.VV., *Interpretación y Argumentación Jurídica*, Consejo Nacional de la Magistratura, Edit. Bosch, Barcelona, 2003, p. 3. Este modelo de sistema también se denomina Estado de Derecho o Estado Legal,

solo estaba limitado a repetir lo que la ley decía: era la boca de la ley, no existiendo un control de las decisiones del Legislativo, ni del Ejecutivo, ya que estas eran concebidas como expresión de la voluntad popular, debiendo dar cabida a las decisiones de la mayoría, por encima incluso de los derechos fundamentales de los particulares. Así lo expresa Luigi Ferrajoli, al afirmar que “el uso de la palabra democracia liberal —al referirse al Estado liberal— ha terminado por significar la ausencia de límites tanto a la libertad del mercado como a los poderes de la mayoría, y en consecuencia la convergencia de dos absolutismos: el absolutismo de la política y el absolutismo del mercado; la omnipotencia de la mayoría y la ausencia de límites a la libertad de empresa, el desdén por las reglas y por los controles tanto en la esfera pública como en la esfera económica”.

De manera distinta, la naciente corriente neoconstitucional, la que sin duda vive un proceso de transformación permanente, ha cimentado su estructura en cuatro axiomas vertebrales y donde el juez juega un rol importante para mantener dicho orden constitucional. Estos son los siguientes:

- (i) La validez de la ley no solo se sustenta en la verificación del cumplimiento de la forma de su producción, sino también en la coherencia de su contenido con los principios constitucionales;
- (ii) La Constitución no solo disciplina las formas de producción legislativa, sino que impone también a estas, prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad; y las otras, a los derechos sociales;
- (iii) ***La jurisdicción juega un rol importante, ya que está obligada a aplicar la ley, siempre y cuando sea constitucionalmente válida, ejerciendo un control sobre las mismas;*** y
- (iv) La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no solo en las condiciones

ello debido a que la ley era más importante que la Constitución. Este era el gobierno del órgano legislativo, ya que todos los demás órganos del Estado —incluido el Judicial— estaba sometido a ello.

de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia<sup>(6)</sup>.

Como es de verse en este nuevo sistema neoconstitucional, propio de los países democráticos, se cimenta en el rol del juez que tiene en ella. Por tanto se le llama a este sistema, ***Estado Judicial de Derecho o el Gobierno de los Jueces***, donde el órgano que ejerce control sobre los demás y sobre los particulares, es el Poder Judicial (JUEZ), pero limitado solo por el ámbito que la Constitución le otorga. Por ello, es lógico que se exija al juez ser un funcionario público con una conducta ejemplar, imparcial, independiente, eficaz, ético, idóneo y humano, ya que sus decisiones tienen fuerza vinculante y deben ser acatadas por todos los demás órganos del Estado, incluido el Ejecutivo<sup>(7)</sup>. Es así que el juez es considerado un defensor de la constitucionalidad y, por ende, del sistema democrático imperante y de los derechos fundamentales de las personas, sea cual sea el ámbito donde actúe (justicia civil, penal, laboral, comercial, constitucional, de defensa del consumidor, etc.).

Así lo ha establecido claramente el jurista Domingo Sesín al afirmar que “(...) *los jueces son los guardianes del Estado (Constitucional) de Derecho, la soberanía del pueblo y la supremacía constitucional; son, por ende, los custodios de los derechos reconocidos, de las garantías acordadas y de los poderes democráticamente existente*”<sup>(8)</sup>. Por su parte, Parry afirma: “Para

<sup>(6)</sup> Al respecto se recomienda la lectura de FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en AA.VV., *Neoconstitucionalismo*, coordinador Miguel Carbonell, Edit. Trotta, Madrid, 2003, pp. 13-29.

<sup>(7)</sup> Al respecto Ferrajoli manifiesta que la consecuencia del neoconstitucionalismo es la denominada “democracia constitucional”, la que reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnica de control y de reparación contra violaciones. El límite es pues el derecho de las libertades personales, de los derechos fundamentales y no la regla de la mayoría. Ver FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2009, p. 27.

<sup>(8)</sup> Ver SANTIAGO (h.), Alfonso, *La Responsabilidad judicial y sus dimensiones*, Tomo 1: Dimensiones políticas disciplinarias.



*que la justicia prevalezca y sea honrada por todos 'discite justitiam moniti et non temnere divos', es necesario que el juez sea celoso de la integridad de todos sus derechos y de todos sus deberes y por sobre todas las cosas, es indispensable que sus actitudes se hallen al abrigo de cualquier sospecha, porque sólo en esta forma se puede confiar en ellos*<sup>(9)</sup>.

En suma, el Estado Constitucional y Democrático no sería pleno, si no existiera una legitimación por parte de quienes resuelven el destino de los derechos, deberes y garantías de los ciudadanos: el Juez, y ello se logrará robusteciendo su independencia, siendo esta una exigencia urgente y necesaria. Ostenta dicha independencia la categoría de ser una garantía fundamental sobre la que se sustenta el servicio de justicia y el orden constitucional; por tanto, el Estado debe velar por otorgarle todas las garantías y prerrogativas al juez para garantizar justamente dicha garantía, así como el respeto de los derechos que ostenta como persona y como alto funcionario del Estado, para lograr así el orden constitucional ansiado. De este modo, lo ha entendido también nuestro Tribunal Constitucional (STC 03361-2004-AA/TC) al referirse a la independencia judicial:

“La independencia judicial se presenta como una exigencia política del Estado Constitucional, componente esencial de la noción de Estado de Derecho y principio estructural. En tal sentido, y por ser considerada una garantía, se exhibe como un conjunto de mecanismos jurídicos tendentes a la salvaguardia y realización del valor del ordenamiento en su conjunto, y por tal virtud, aparece como un precepto instrumental según el cual los jueces no están sujetos en el ejercicio de su cargo a órdenes o instrucciones, ni tampoco pendiente de sí sus sentencias agradan o no desde que le está encomendada la función de tutela de la normatividad del Estado que está sometida al sistema jurídico (...). En el Estado social y democrático de derecho, la independencia judicial no es sólo un principio de organización política sino una garantía fundamental sobre la que se asienta al servicio público de justicia con imparcialidad”.

<sup>(9)</sup> Ver PARRY, Adolfo, *Facultades Disciplinarias del Poder Judicial*, Edit. Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1939, p. 185.

Para garantizar el sistema constitucional y la independencia del juez, es que se exige que este tenga una vocación particular, cuya realización plena impone un sentido de prudencia, austeridad, mensura y una consciencia de la responsabilidad que está por encima de lo que requiera el ejercicio de otras funciones, es decir, hay una exigencia mayor que otros funcionarios públicos para el ingreso a la carrera judicial y otras cualidades, ello en la medida en que son ellos los que ejercen control sobre todo poder público o privado y son los encargados de garantizar el orden constitucional. Es justamente por la labor que se realiza, que la función debe ser exclusiva para garantizar su independencia, así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la STC N° 0001-2006-AI/TC al indicar:

“La exclusividad judicial en su vertiente negativa se encuentra prevista en el artículo 146°, primer y segundo párrafo, de la Constitución, según la cual **los jueces no pueden desempeñar otra función que no sea la jurisdiccional, salvo la docencia universitaria**. En efecto, en el desarrollo de la función jurisdiccional los jueces sólo pueden realizar esta función, no pudiendo laborar en ninguna otra actividad ya sea para el Estado o para los particulares, es decir, que un juez, a la vez que administra justicia no puede desempeñar otros empleos o cargos retribuidos por la Administración Pública o por entidades particulares. Esta vertiente del **principio de exclusividad de la función jurisdiccional se encuentra directamente relacionada con el principio de imparcialidad de la función jurisdiccional, pues tiene la finalidad de evitar que el juez se parcialice en defensa del interés de una determinada entidad pública o privada**” (el resaltado es nuestro).

Queda claro entonces que la exigencia de exclusividad del juez en su labor jurisdiccional es un imperativo del principio de independencia. Esto conlleva a delimitar que el juez tiene limitaciones bien marcadas al respecto, sumadas a otras como el de libertad sindical que le está vetada<sup>(10)</sup>, pero a su

<sup>(10)</sup> Ver artículo 153 de la Constitución y STC N° 0008-2005-PI/TC.

vez se le exige formación, un compromiso ético en la defensa de ciertos valores constitucionales, convirtiéndolo en un garante de la Constitución, a pesar o incluso en contra de las reglas de la mayoría; lo que implica que para que pueda ejercer dicha exclusividad e imparcialidad se le debe otorgar una remuneración justa por la labor tan importante que juega en el nuevo sistema político-jurídico de los países democráticos para asegurar su independencia económica. Esto le permitirá ser defensor del orden constitucional. Así lo ha establecido de manera clara la International Association Of Judges (el grupo iberoamericano de la Unión Internacional de Magistrados), al pronunciarse sobre el caso peruano en la Asamblea realizada en Washington (Estados Unidos) el 13 de noviembre del año en curso:

“Conforme al Estatuto del Juez Iberoamericano, el Principio de Independencia Judicial, requiere que los *Jueces deben recibir una remuneración suficiente, irreductible y acorde con la importancia de la función que desempeña y con las exigencias y responsabilidades que las mismas conllevan.*

La Declaración de Principios Mínimos sobre la Independencia de los Poderes Judiciales y de los Jueces en América Latina, *establece que el Juez debe recibir una remuneración que sea suficiente para asegurar su independencia económica, conforme a los requerimientos propios que la dignidad de su ministerio, le imponen, debiendo ser suficiente para cubrir las necesidades de él y de su familia.* La remuneración no debe depender de apreciaciones o evaluaciones de la actividad del Juez y no podrá ser reducida, mientras que preste servicio profesional” (el sombreado es nuestro).

En suma, el Estado debe velar por garantizar el sistema democrático y constitucional. Para tal efecto, es una exigencia del propio sistema, asegurar y dotar de todos los mecanismos al juez para realizar su labor de control del orden constitucional, es decir, asegurar un derecho elemental que ostenta: el derecho a una remuneración justa acorde con su cargo, ya que el juez como todo ciudadano también tiene derechos y dignidad.

### III. LA REMUNERACIÓN DE LOS JUECES COMO DERECHO A UNA REMUNERACIÓN JUSTA Y LOS CONCEPTOS HOMOLOGABLES

Nadie puede negar hoy en día que la remuneración constituye la contraprestación que percibe el trabajador —sea este público o privado— por la prestación personal de servicios en forma subordinada, que brinda al empleador. Su importancia radica en el carácter alimentario que ostenta. De Ferrari afirma acertadamente sobre este punto, que “el salario es, desde luego, una obligación que el contrato de trabajo pone a cargo del empleador, pero debe entenderse que es una obligación alimenticia por el destino del salario y por el régimen jurídico a que está sometido, semejante en general, al que están sujetos las pensiones alimenticias”<sup>(11)</sup>.

Es justamente la naturaleza jurídica de la remuneración —que establece su carácter alimentario— la que ha sido tenida en cuenta por nuestros legisladores, para otorgarle la categoría de un “derecho fundamental y prioritario para el desenvolvimiento de la vida individual y social”, dándole un reconocimiento dentro de la escala máxima de nuestro sistema jurídico: la Constitución, la que en su artículo 24° prescribe que los trabajadores tienen derecho a una remuneración equitativa y suficiente para él y su familia, y reconoce el carácter prioritario de la misma ante cualquier adeudo del empleador<sup>(12)</sup>.

Nuestra Corte Suprema, en igual sentido, se ha pronunciado al respecto, tal como puede verse de la Casación N° 068-2005-HUÁNUCO-PASCO, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 28 de febrero de 2007, al indicar:

“El artículo 1° de la Constitución Política del Estado de 1993 señala que la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo del Estado, motivo por el cual debe éste, tutelar y res-

(11) Cit. ZAVALA COSTA, Jaime, “Remuneraciones y Jornadas de Trabajo”, en AA.VV., *Cuadernos Laborales*, 1994, p. 21.

(12) La novísima Constitución Peruana ha tomado a préstamo los conceptos utilizados por los textos constitucionales de España y Guatemala al consignar en su artículo 24°: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador”.

petar derechos elementales como el trabajo, cuyo efecto inmediato es procurar, al trabajador la percepción de sus remuneraciones, los cuales tienen contenido y carácter alimentario por constituir la fuente esencial de su manutención como el de su familia de acuerdo a lo previsto en el artículo 24° de la misma Carta Magna”.

Fortalece esta tesis de ser considerada la remuneración como derecho fundamental y humano, el hecho de que también esté reconocido en el artículo 23° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>(13)</sup>; artículo 7 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>(14)</sup>; artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>(15)</sup>; artículo 7 de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>(16)</sup>, entre otros Tratados y Convenios Internacionales, los mismos que son parte de nuestro derecho interno y tienen el rango de norma constitucional por mandato del artículo 55° y de la Cuarta Disposición Final de la Constitución Política vigente<sup>(17)</sup>.

<sup>(13)</sup> **Art. 23:** “3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

<sup>(14)</sup> **Art. 7:** “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores; b) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; y c) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto (...)”.

<sup>(15)</sup> **Art. XIV:** “(...) Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia”.

<sup>(16)</sup> **Art. 70:** “Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a) Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción (...)”.

<sup>(17)</sup> **Art. 55:** “Los tratados celebrados por el Estado en vigor forman parte del derecho nacional”. **Cuarta Disposición Final:** “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que

Estas normas constitucionales trazan una directriz o programa, tanto al Poder Legislativo como a los demás poderes públicos, con el fin de obtener de ellos las medidas que hagan posible el nacimiento y ejercicio del derecho a determinada prestación pública, como garantizar una remuneración justa y equitativa a todo servidor privado o público, más aún si se trata de los jueces, quienes tienen el rol protagónico en garantizar el Estado Democrático y Constitucional de nuestro país, porque a través de ello se garantiza su independencia y exclusividad.

Considerando el reconocimiento constitucional del derecho a una remuneración digna por parte del juez, tenemos que el nivel remunerativo está regulado en forma expresa en el artículo 86°, inc. 5, numeral b), del Decreto Supremo N° 017-93-JUS que regulaba el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial y establece que las remuneraciones de los magistrados Vocales (hoy Jueces Superiores), Jueces Especializados y Jueces Mixtos, como Jueces de Paz Letrado se darán en razón al 90%, 80% y 70%, respectivamente, de las remuneraciones totales de los Vocales Supremos (hoy Jueces Supremos). Sin duda, el tema a debatir y delimitar es justamente cuáles eran los conceptos homologables que percibía el Juez Supremo para determinar los porcentajes antes referidos.

Al respecto, tenemos que los conceptos remunerativos que perciben todos los magistrados son los siguientes: (i) remuneración principal, (ii) bono por función jurisdiccional y (iii) gastos operativos. Sin embargo, los Jueces Supremos tienen un concepto más que perciben, la denominada Asignación por Alta Función Jurisdiccional, la que fue dispuesta por la Resolución Administrativa N° 206-2008-P-PJ de fecha 9 de octubre de 2008. Es así la sumatoria de los tres primeros conceptos que percibe un Juez Supremo es equivalente a la suma de S/. 15,600.00 nuevos soles (remuneración principal, bono por función jurisdiccional y gastos operativos), y por el último concepto de Asignación por Alta Función Jurisdiccional percibe la suma S/. 7, 617.00 nuevos soles, lo que hace un total de S/. 23,217.20.

la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”.



Ante la pregunta *icuéles son los conceptos computables del Juez Supremo a tener en cuenta para determinar los porcentajes a que hace mención el artículo 86°, inc. 5, numeral b), del Decreto Supremo N° 017-93-JUS?*, la respuesta ha sido clara por parte del Tribunal Constitucional en la STC N° 03919-2010-PC/TC, bajo comentario, en la que desarrolla y establece que deben tomarse como referencia todos los ingresos que percibe el Vocal Supremo (Juez Supremo), incluida la **Asignación por Alta Función Jurisdiccional**, es decir, todos los conceptos que este percibe. Así, se observa de la lectura del fundamento 10:

“Y es que al margen de que ésta sea la remuneración de un vocal supremo de acuerdo a lo expresamente establecido por ley, el artículo 186, inciso 5, literal b), del D.S. N° 017-93-JUS, Ley Orgánica del Poder Judicial, que ahora se pretende hacer cumplir, habla de una homologación del *total de lo que perciben* los vocales supremos, y no de una homologación de la remuneración, por lo que la solicitud efectuada por los demandantes debe ser estimada sin que ello entre en contradicción con lo dispuesto por la Ley 28901”.

Evidentemente la interpretación que realizó el Tribunal Constitucional era la aplicación estricta de “concepto remunerativo”, entendiéndolo como todo ingreso que percibe el trabajador por su prestación personal de servicio, indistintamente de la denominación que se le dé (llámese Asignación de Alta función Jurisdiccional, bono por función jurisdiccional, gastos operativos, etc.), siempre y cuando sea de “libre disponibilidad”. Este último elemento es determinante, ya que si bien la norma que lo incluía podía señalar que no era computable ni remunerable, ello no era viable, ya que en los temas laborales impera el principio de primacía de la realidad, es decir, si se probaba que dicho concepto era por el servicio prestado y, por ende, de libre disponibilidad, era considerado remuneración, y si se probaba que era como condición para su desempeño, ello no era considerado una remuneración stricto sensu. Es así que en el caso concreto, el Tribunal Constitucional delimitó que todos los conceptos que percibía un Juez Supremo deben ser tenidos en cuenta para la nivelación de los demás Jueces (Superiores, Especializados, Mixtos y de Paz Letrado) conforme a la norma, cuyo cumplimiento se solicitaba.

#### IV. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA N° 03919-2010-PC/TC-LAMBAYEQUE

No hay duda de que lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC 03919-2010-PC/TC tiene un doble efecto: **el primero** es que el Estado debe cumplir con dicho mandato respecto a quienes plantearon la demanda para nivelar sus remuneraciones conforme a lo establecido en el literal e) del inciso 5) del artículo 186° de la LOPJ. Ello en aplicación estricta del principio de ejecución de sentencias como expresión de la tutela jurisdiccional efectiva, la que exige que las sentencias deban cumplirse de manera estricta conforme a sus propios términos, pudiendo el Juez Constitucional de ejecución acudir a los apremios y a los procedimientos establecidos en los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional, e incluso disponer mandatos de detención civil en caso de incumplimiento. Tal como lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional en la STC N° 01152-2010-PA/TC, hecho que no ha sido ajeno a la experiencia constitucional comparada, como ocurrió en algún momento en Colombia en el mes de septiembre de 2008, en que ante el desacato de un fallo de tutela (entiéndase amparo), tres conjuces del Sincelejo ordenaron al presidente de la República, Álvaro Uribe, y a los ministros de Interior y Hacienda, Fabio Valencia Cossio y Óscar Iván Zuluaga, cumplan con el requerimiento de un equilibrio salarial para 148 trabajadores de la rama judicial colombiana, por lo que ante su desacato se dispuso su detención, hecho que no llegó a concretizarse porque inmediatamente se cumplió la sentencia.

No olvidemos que en nuestra experiencia ya han existido pronunciamientos respecto de homologaciones de remuneraciones, como son la STC 04922-2007-PA/TC la cual abordó la homologación de las remuneraciones que perciben los ex trabajadores de la Superintendencia Nacional de Aduanas (SUNAD) con respecto a los trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y las STC N° 023-3007-PI/TC y N° 0031-2008-PI/TC que reconocen la homologación de las remuneraciones de los docentes universitarios.

**El segundo efecto** es *erga omnes*, ya que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en la referida sentencia, respecto a qué con-

ceptos deben tenerse en cuenta para la nivelación de las remuneraciones de los Jueces Superiores, Especializados y Mixtos, y Jueces de Paz Letrado, interpretación que obliga a todos los jueces a aplicarlo en caso de que algún magistrado exija futuramente su homologación vía judicial; ello en virtud de lo prescrito en el último párrafo del artículo VI del TP del Código Procesal Constitucional que señala: “*Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional*”. En esta misma lógica, debe entenderse que los demás órganos del Estado que tienen que ver con el cumplimiento del literal e) inciso 5) del artículo 186° de la LOPJ, llámense Poder Ejecutivo y Poder Legislativo (este último, órgano que tiene que ver con la aprobación del presupuesto para los distintos órganos del Estado), deben velar por su cumplimiento estricto, más aún si se trata de remuneraciones que tienen el carácter alimentario, y no esperar a que se exija judicialmente dicha nivelación remunerativa.

## V. ¿Y QUÉ PASÓ CON EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES?

Como ya se ha mencionado líneas arriba los efectos de la STC 03919-2010-PC/TC son aplicados de manera inmediata a quienes promovieron acción constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional pudo haber zanjado todo este problema que se ha originado con posterioridad a dicha sentencia, ya que existe un clamor colectivo de todos los magistrados del Perú sobre el mismo tema, lo que ha originado roces con el Poder Ejecutivo ante la falta de voluntad política por parte de este, para homologar los sueldos de los magistrados. El Tribunal debió tener en cuenta, al sentenciar, que la condición actual de varias decenas de jueces experimentan la misma situación que los actores en el proceso de amparo en comento y, por tanto, merecedora de protección constitucional. Ante ello debió aplicar como ha ocurrido en otros casos emblemáticos “el estado de cosas inconstitucionales” para hacer extensivos los efectos de la sentencia a los casos semejantes, máxime si se trata de asegurar la participación e independencia del juez en el Estado Constitucional de Derecho con el aseguramiento de una remuneración justa y equitativa con el rol que juegan en el sistema democrático.

Veamos al respecto, no olvidemos que el Tribunal Constitucional acudió por primera vez en la Sentencia recaída en el Exp. N° 2579-2003-HD/TC (caso Arellano Serquén) a utilizar la técnica de la declaración del estado de cosas inconstitucionales, técnica que tiene sus orígenes en la experiencia constitucional colombiana. En ella se precisó en el fundamento 19 que “(…) *Esta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que, una vez declarado el ‘estado de cosas inconstitucionales’, se efectúa un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órganos 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*”<sup>(18)</sup>. En otras palabras, la figura del estado de cosas inconstitucionales, como lo describe Josefina Quinteros Lyons, constituye un mecanismo y técnica jurídica mediante los cuales declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma. En consecuencia, insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de términos razonables, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas<sup>(19)</sup>; ampliando así los efectos de una sentencia recaída en un proceso de tutela concreta de derechos constitucionales hacia otros sujetos extraprocesales (terceros) que sin haber sido parte del citado proceso de tutela se benefician de lo decidido por el juez constitucional del caso<sup>(20)</sup>.

<sup>(18)</sup> Posteriormente a dicha sentencia, se dictaron otros casos donde se aplicó esta técnica, como en los Expedientes N° 3194-2004-AC/TC, N° 6080-2006-PA/TC y N° 05561-2007-PA/TC. Finalmente en la sentencia contenida en el Exp. N° 006-2008-PI/TC precisó que el estado de cosas inconstitucionales es una opción que solo cabe utilizar en los procesos de tutela de derechos fundamentales (amparo, habeas data, habeas corpus y cumplimiento), mas no en los procesos constitucionales orgánicos.

<sup>(19)</sup> QUINTEROS LYONS, Josefina y otros, “La figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismos de protección de los Derechos Fundamentales de la población vulnerable en Colombia”, en *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, Colombia, pp. 72-73.

<sup>(20)</sup> Ver CAVALIE CABRERA, Paul, “El estado de cosas inconstitucionales y la protección de derechos constitucionales prestacionales. A propósito de la STC Exp. N° 05561-2007-PA/TC”, en revista *Gaceta Constitucional*, N° 29, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2010, p. 66.

En el caso concreto se dieron todos los presupuestos para que el Tribunal Constitucional aplique plenamente esta técnica del estado de cosas inconstitucionales. Así tenemos:

- a) Se dio la vulneración masiva y generalizada de los derechos fundamentales que afectan un número significativo de personas. Al respecto tenemos que la vulneración del derecho a una remuneración digna según el cargo que ostentan los magistrados del Perú y su independencia, se está viendo afectado por parte del Estado hacia todos los magistrados del Perú (Jueces Superiores, Jueces Especializados y Mixtos, y Jueces de Paz Letrado), al no cumplir con nivelar sus remuneraciones conforme lo establece la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- b) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos. Así tenemos que la omisión de nivelación de remuneraciones tiene más de veinte años de espera.
- c) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado. Es claro que los magistrados vienen ejerciendo por la vía del proceso de cumplimiento la exigencia de su derecho.
- d) La no expedición de medidas legislativas y presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos, lo que ha quedado claro con la actitud del Ejecutivo de no dar pase al Proyecto de Ley Consensuada, respecto a las remuneraciones de los magistrados y del Legislativo de no abordar el tema.
- e) Constituye 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 adicional importante, sobre todo porque no se trata de una exigencia no solo individual de los jueces, sino del propio sistema democrático, ya que con ello se garantiza su independencia.

- f) El hecho de que todos los magistrados afectados por el mismo problema deberán acudir y están acudiendo a la acción de tutela (cumplimiento) para obtener la protección de sus derechos, produciendo una mayor congestión judicial y gastos innecesarios para el Estado que deberá tramitar dichos procesos.

Creemos sin duda que, en el presente caso, se dieron los conductos para hacer viable el derecho de todos los magistrados del Perú que exigen el respeto de su dignidad, de su derecho a una remuneración digna e imparcialidad a través de la aplicación de la técnica del estado de cosas inconstitucionales, por ser una medida constitucional y democráticamente permitida. Empero el Tribunal Constitucional no se proyectó en ello y omitió aplicarlo, creando en el fondo un balance frustrante. Esto no implica que en un segundo caso futuro similar que llegue al máximo intérprete constitucional –vía recurso de agravio constitucional– pueda utilizarlo de manera plena, zanjando el problema en su totalidad, para pasar solo a un tema de ejecución de sentencias.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Finalmente podemos concluir que el modelo constitucional (neoconstitucional) en vigor, confió a la magistratura independiente, la última garantía de los derechos y del orden constitucional frente al abuso del poder, sea este de naturaleza pública o privada, lo cual constituye el pilar fundamental que sustenta toda sociedad preciada de ser democrática. Por tanto, hoy tenemos los mejores motivos para saber que no hay poder bueno, el Judicial incluido, si no es por efecto, precisamente, de la garantía de los derechos, que tiene en la independencia judicial –*erga omnes*– un presupuesto esencial. Esta debe estar legal e institucionalmente asegurada, pero para mantenerse viva y activa más allá de la retórica, necesita de un humus político profundamente penetrado del sentido de los derechos fundamentales y de los valores constitucionales de la jurisdicción<sup>(21)</sup>. Por ello, se exige que el poder

<sup>(21)</sup> Ver IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “España, sombras y luces del Asociacionismo Judicial”, en *Revista Aporte DPLF*, N° 5, Año 2, marzo 2008, p. 61.

político (Ejecutivo y Legislativo) cumpla con disponer presupuestariamente la nivelación de las remuneraciones de los jueces conforme lo establece el artículo 86°, inc. 5, numeral b), ratificada con el Decreto Supremo N° 017-93-JUS que regulaba el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y con lo resuelto en la STC 03919-2010-PC/TC del Tribunal Constitucional (en cuanto los conceptos nivelables), ya que con ello no solo se está respetando el derecho de los mismos jueces como personas humanas, sino se estaría contribuyendo a garantizar la independencia de estos en el ejercicio de sus funciones, permitiendo que los jueces y juezas se conviertan también en hacedores de la democracia.

Negar a los jueces una remuneración digna y acorde con la función que cumplen dentro del sistema democrático y del orden constitucional, es negar y desconocer el principio de independencia del Poder Judicial, y negar la posibilidad de que la justicia y sociedad democrática avancen.

Por tanto, no puede concebirse que quienes, en nuestra sociedad, son los defensores de los derechos de todos y todas, no puedan hacer prevalecer sus propios derechos fundamentales. Ante la inercia y el olvido del Ejecutivo y el Legislativo, debemos legitimarnos exigiendo judicialmente, a través de nuevos procesos de cumplimiento, el reconocimiento de nuestra dignidad, en aras de la defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales, pero sobre todo por la legitimidad del mismo Poder Judicial, y de la búsqueda del equilibrio del Estado Constitucional de Derecho a través de un juez independiente.

## EL DERECHO DE ASOCIACIÓN DE LOS JUECES Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ASOCIACIÓN MUTUALISTA JUDICIAL

### I. BREVE INTRODUCCIÓN

Es contradictorio reconocer que quienes están obligados –dentro de un sistema democrático– a ejercer control judicial sobre los actos de poder público o privado y hacer prevalecer el orden democrático y constitucional, así como los derechos fundamentales de las personas, como es el caso del Juez, sea este quien tenga que exigir jurisdiccionalmente el respeto irrestricto de sus propios derechos fundamentales, pese a existir una premisa válida y consustancial en toda sociedad democrática o que se precie de serlo, que pregona la responsabilidad del Estado de garantizar al Juez el respeto irrestricto de sus derechos y prerrogativas, para garantizar su independencia y la función que cumple en una sociedad de tales características<sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> Una característica propia de los sistemas democráticos como el nuestro donde impera el neoconstitucionalismo, es justamente el Estado tiene una posición proactiva, garantizando de esta manera la cobertura de los derechos fundamentales de todos sus miembros, estimulando así una conducta solidaria y comprometida, evitando una actuación neutral y subsidiaria respecto de la defensa de los derechos fundamentales. Ver ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *El Neoconstitucionalismo transformador: El Estado de Derecho en la Constitución del 2008*, Ediciones Abya-Yala Universidad Andina Simón Bolívar, Quito; 2010, p. 64. Y en lo que respecta a la vigencia de los Derechos fundamentales de los jueces tenemos que en un Estado como el nuestro no solo debe respetarse los derechos de los jueces por imperio de la Constitución como ya lo hemos indicado, sino porque a través de ello se garantiza su independencia e

Pese a ello, la respuesta a las citadas exigencias judiciales ha tenido eco, y es así que el máximo intérprete de nuestra Carta Magna, el Tribunal Constitucional, viene ratificando y restableciendo a través de varias sentencias en estos últimos años los derechos fundamentales de los Jueces, las que por su contenido tienen un carácter *transversal*, en la medida en que atañe a todos los magistrados en general<sup>(2)</sup>; así tenemos: (i) la STC N° 3919-2010-PA/TC, publicada en su página web, el 21 de setiembre de 2012, promovida por el juez Juan Peralta Cueva y otros magistrados de la Corte Superior de Lambayeque, en la que declara fundada la demanda y reconoce la homologación de la remuneración de los jueces conforme a lo establecido en el artículo 186, inciso 5, literal b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo N° 017-93), hecho que sin duda tenía relación directa con el derecho a una remuneración digna y justa que tienen los jueces por su condición de altos funcionarios del Estado<sup>(3)</sup>; y (ii) recientemente se ha emitido la STC 3186-2012-PA/TC, publicada en la referida página web el 24 de octubre del año en curso, proceso de amparo promovido por nuestro amigo juez, Jaime David Abanto Torres, y a la que luego se sumarían otros magistrados en calidad de litisconsortes facultativos, solicitando la acep-

imparcialidad de su función; así lo expresa Parry, quien certeramente expresa “*Para que la justicia prevalezca y sea honrada por todos ‘discite justitiam moniti et non temnere divos’*, es necesario que el juez sea celoso de la integridad de todos sus derechos y de todos sus deberes y por sobre todas las cosas, es indispensable que sus actitudes se hallen al abrigo de cualquier sospecha, porque sólo en esta forma se puede confiar en ellos”, en PARRY, Adolfo, *Facultades Disciplinarias del Poder Judicial*, Edit. Jurídica Argentina. Buenos Aires, 1939; p. 185.

- (2) Aquí precisamos que también existen otras sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, donde aborda la problemática de los derechos fundamentales de los jueces, pero que por su repercusión solo han tenido un efecto particular para las personas que lo interpusieron. Así tenemos a modo de ejemplo la STC N° 2579-2001-PHD/TC (Julia Arellano Serquén), STC N° 04238-2011-PHC/TC (caso Elizabeth Grossmann Casas), STC 3891-2011-PA/TC (caso César Hinojosa Pariachi), STC N° 01873-2009-PA/TC y 05156-2006-PA/TC (caso Vicente Rodolfo Walde Jáuregui), STC N° 04602-2006-PA/TC y 04492-2008-PA/TC (caso Manuel León Quintana Chacón), entre otros.
- (3) Sobre dicha sentencia podemos ver RAMÍREZ SÁNCHEZ, Félix, “iLos jueces también tenemos derechos!: Exigencia de la homologación de las remuneraciones”, en revista *Gaceta Constitucional*, N° 59, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre 2012, pp. 194-205.

tación del retiro como asociados de la Asociación Mutual Judicial. En esta última sentencia, se declaró fundada la demanda, disponiendo el retiro de los demandantes como asociados de la citada Asociación; así como el cese inmediato y la restitución de los descuentos que venía realizando la Gerencia General del Poder Judicial en sus haberes por concepto de “mutual judicial”, pero a partir del momento en que ejercieron su derecho de acción ante el órgano jurisdiccional; en dicha decisión, sin lugar a dudas, se reconoció el derecho fundamental de asociación que ostentan los magistrados del Poder Judicial, tema que abordaremos en estas cortas líneas en las que expondremos algunas inquietudes al respecto, su contenido y sus límites, así como el análisis crítico de la sentencia citada.

## II. ANTECEDENTES DEL CASO

Los antecedentes históricos que dieron origen a la controversia constitucional respecto a los descuentos obligatorios que padecen los jueces por el concepto de mutual judicial de sus remuneraciones, se originan con la dación de la Ley N° 8385 que creó la “Asociación Mutualista Judicial”, modificada durante el Gobierno Directorial del General Juan Velasco Alvarado, mediante Decreto Ley N° 19286 que adecua las funciones de la Asociación en comento, de fecha 8 de febrero de 1972; y es justamente a partir de la dación de esta última norma, en que se delimita como finalidad de su existencia el de proporcionar al fallecimiento del asociado un auxilio pecuniario a sus beneficiarios o en su defecto a sus herederos (artículo 1°). Empero se afirma en ella, que la condición de asociados “obligatorios” son los magistrados del Poder Judicial (artículo 2°)<sup>(4)</sup>, exigiendo a la Dirección General de Administración del Poder Judicial de efectuar en la planilla de haberes y pensiones de todos los magistrados, los descuentos por concepto de cuotas de ingreso y cuotas mensuales (artículo 5°)<sup>(5)</sup>, y finalmente reconoce que

(4) **Artículo 2 del Decreto Ley N° 19286.** - “Son asociados: a) Obligatoriamente: –Los Vocales y Fiscal de la Corte Suprema, –Los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores; –Los Jueces de Primera Instancia y Agentes Fiscales, –Los jueces de Paz Letrado, y –Relatores y Secretarios de la Corte Suprema y las Cortes Superiores de la República (...).”

(5) **Artículo 5 del Decreto Ley N° 19286.** - “La Dirección General de Administración y Presupuesto del Poder Judicial y las Oficinas o Tesorerías de la Corte Superiores descontará obligatoriamente



quien impone el monto de la cuota de ingreso y cuotas mensuales no es la Junta General de Asociados, sino es exclusiva potestad de la Sala Plena de la Corte Suprema de la República (artículo 16).

Es en este contexto que la vigencia de la ley (Decreto Ley N° 19286) exigía y exige –por estar vigente aún–, la inclusión y participación como socios obligatorios a quienes ejercen la magistratura, y sin su consentimiento proceden a incluirlos como asociados y a efectuar los descuentos por ingreso y cuota mensual, estando estos fondos a cargo de la Administración del Poder Judicial y no por sus miembros.

Esta situación originó que inicialmente el juez civil de la Provincia de Lima, Jaime David Abanto Torres, acuda en busca de tutela de urgencia ante el Décimo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, a través del proceso de amparo, iniciado con fecha 3 de agosto de 2009, donde persiguió como pretensiones el (i) el cese inmediato de los descuentos por planillas por concepto de mutual judicial, (ii) el inmediato reembolso de las sumas de dinero por concepto mutual judicial o Asociación Mutualista Judicial, más los intereses legales; fundamentando las mismas en que era magistrado en ejercicio del Poder Judicial y que mensualmente la Gerencia General del Poder Judicial realizaba un descuento indebido por concepto de “Mutual Judicial”, que eran entregados a la Asociación Mutualista Judicial, sin que haya existido por su parte, una voluntad de incorporarse como asociado a dicha persona jurídica y mucho menos autorizar el citado descuento. Asimismo refirió que la afiliación y el descuento se debía al mandato expreso del Decreto Ley N° 19826, norma que es inconstitucional, por ser contradictoria con la libertad de asociación, reconocida en el artículo 2, inciso 13, de la vigente Constitución de 1993, como el de sus remuneraciones consagrado en los artículos 24 y 146, inc. 4, de la Constitución<sup>(6)</sup>.

por la planilla única de haberes y pensiones el monto de la cuota a que se refiere el artículo 14° del presente Decreto Ley, las que serán depositadas de inmediato en una cuota especial que abrirá la Corte Suprema de la República, en el Banco de la Nación, denominada ‘Auxilio Mutual de los miembros del Poder Judicial’ (...).”

<sup>(6)</sup> Estos datos han sido extraídos de la misma lectura del escrito de demanda, el cual puede apreciarse en su integridad, en el blog del juez Jaime D. Abanto Torres, cuya dirección es [http://blog.pucp.edu.pe/media/1111/20131027-demanda-\\_dr\\_abanto.pdf](http://blog.pucp.edu.pe/media/1111/20131027-demanda-_dr_abanto.pdf)

Por su parte, el Décimo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima emite la sentencia con fecha 5 de diciembre de 2010, que declara fundada la demanda indicando que la adhesión y descuentos obligatorios por concepto de mutual judicial, dispuesto por el Decreto Ley N° 19826, resultaban violatorios del derecho de asociación e intangibilidad de las remuneraciones, previsto en la Constitución. Así dispone el cese del descuento por concepto de mutual judicial que se realizaba en sus remuneraciones, determinando que la entidad demandada cumpla con devolver los montos indebidamente descontados al actor por dicho concepto. Pero a la vez declaró improcedente el pedido de pago de intereses legales por ser un pedido que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la asociación y remuneración<sup>(7)</sup>.

Por su parte, el Procurador Público interpone recurso impugnatorio de apelación, siendo elevados los actuados a la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, órgano colegiado que con fecha 26 de octubre de 2011 revocó la sentencia apelada y modificándola la declara infundada en todos sus extremos. Entre sus fundamentos expone que todos los derechos –incluido el remunerativo– tiene limitaciones cuando existen motivos razonables y justos, como proteger a la persona humana utilizando mecanismos que se fundamentan en el principio de solidaridad social. Por tanto, en el presente caso, el descuento obligatorio por concepto de mutual judicial, dispuesto por la Ley N° 19826, se encuentra dentro de esos límites constitucionalmente razonables, permitidos en cuanto la finalidad de dichos descuentos es afrontar la eventualidad del fallecimiento de sus miembros a efectos de que sus herederos puedan cubrir los gastos que tal situación genera, no teniendo como mira los casos individuales, sino la situación del conjunto de individuos involucrados, agregando que la naturaleza de la institución no es la de una asociación recogida en el Código Civil, sino la de un fondo mutuo obligatorio, creado para los

<sup>(7)</sup> Ver fundamentos séptimo y octavo de la sentencia de primera instancia, cuyo texto completo lo podemos revisar en el blog del juez Jaime D. Abanto Torres, cuya dirección es [http://blog.pucp.edu.pe/media/1111/20131027-sentencia\\_-\\_dr\\_abanto.pdf](http://blog.pucp.edu.pe/media/1111/20131027-sentencia_-_dr_abanto.pdf)

herederos de los asociados que permita solventar gastos por la muerte de sus miembros<sup>(8)</sup>.

Luego de la sentencia de segunda instancia, se incorporaron como litisconsortes facultativos otros magistrados, adhiriéndose al petitorio del actor Jaime David Abanto e interponiendo al igual que él el recurso de agravio constitucional, siendo el Tribunal Supremo en lo Constitucional, quien emitió la ya citada sentencia recaída en el Exp. N° 03186-2012-PA/TC, que declara fundada en parte el pedido de los accionantes. En ella, el máximo intérprete constitucional indicó que esta situación supuso la violación del derecho de asociación de los recurrentes en una doble dimensión, toda vez que, por un lado, fueron obligados, de facto, a formar parte de la asociación y se les prohibió renunciar, pese a que nunca manifestaron su voluntad de asociarse. Precisó el colegiado que el derecho de asociación no solo implica la libertad de integración, sino que también supone la facultad de no aceptar dicha situación, e incluso de renunciar en cualquier momento, por tanto, dispuso el cese de los descuentos, de los que venían siendo objeto los recurrentes por mutual judicial, y que se proceda a la devolución de sus aportes a partir del momento en que ejercieron su derecho de acción (demanda y pedido de inclusión como litisconsorte facultativo).

Esta sentencia ha provocado una sensación de reconocimiento de justicia en cuanto a los derechos fundamentales que ostentan los jueces en su condición de miembros de una sociedad, considerados altos funcionarios del Estado, ya que deja el camino libre a que todos ellos puedan expresar o no su deseo de continuar como miembros de dicha Asociación Mutualista Judicial, ello dentro del ámbito constitucional que nos guía. Por esto para un mejor análisis reflexivo de la sentencia en comento, precisaremos algunos conceptos involucrados en el presente caso.

<sup>(8)</sup> El texto completo de la sentencia de segunda instancia puede ser observada en el blog del Juez Jaime David Abanto, cuya dirección es [http://blog.pucp.edu.pe/media/1111/20131027-sentencia\\_de\\_2\\_instancia-dr\\_abanto.pdf](http://blog.pucp.edu.pe/media/1111/20131027-sentencia_de_2_instancia-dr_abanto.pdf)

### III. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

Es indudable reconocer que el hombre tiene una tendencia natural e irrazonable a la sociabilidad, la misma que se trasluce en las relaciones sociales existentes, que se materializan en la cohesión de cuerpos sociales orientados a alcanzar ciertos fines, constituyendo de esta manera todo un fenómeno sociológico y político, que el derecho ha recogido para dotarlo de un reconocimiento legal y personería jurídica<sup>(9)</sup>. En esa misma línea de pensamientos respecto al carácter gregario de las personas y su concreción en su relación con los demás para formar grupos cohesionados, tenemos lo descrito por el propio Tribunal Constitucional en la STC N° 4241-2004-AA/TC donde esboza lo siguiente: “(...) así como la persona tiene el derecho de desarrollar libremente su actividad individual para alcanzar los medios que se ha propuesto, tiene también la facultad de aunar esfuerzos con algunos de muchos de sus semejantes para satisfacer los intereses comunes de carácter político, económico religioso, gremial, deportivo o de cualquier otra índole que determinen su conducta en mutua interferencia subjetiva”.

Esta tendencia de asociarse con fines comunes con otras personas (“derecho de asociación”), es reconocida como un derecho fundamental e inalienable, del cual el Estado está en la obligación de reconocerlo y sobre todo garantizar su vigencia; tal es así que ha sido acogida y positivizada en casi todas las legislaciones constitucionales e infraconstitucionales del mundo por la tendencia humanizadora del derecho a respetar la dignidad humana, y de lo cual nuestro país no ha sido ajeno en su reconocimiento legal, siendo incluido dentro de la cima de nuestra estructura jurídica, ya que forma parte del denominado bloque de constitucionalidad<sup>(10)</sup>. Así tenemos que los

<sup>(9)</sup> Al respecto Javier de Belaunde López de Romaña afirma: “Las personas jurídicas son centros de imputación normativa, formas que el Derecho proporciona para que los seres humanos organicen sus actividades con el propósito de realizar fines que el ordenamiento jurídico estima digno de amparo”. Ver AA.VV., *Código Civil Comentado*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 383.

<sup>(10)</sup> El bloque de constitucionalidad es la norma suprallegal del orden jurídico, que está conformada por las disposiciones contenidas en la Constitución y otras disposiciones que no siendo parte

dispositivos de carácter y nivel “supralegal” que lo acogen son actualmente, entre otros: el artículo 2° de nuestra Constitución Política vigente, que a la letra dice: **“Toda persona tiene derecho: (...) Inc. 13.- A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo de la ley. No puede ser disuelta por resolución administrativa”**, así como el artículo 20° de la Declaración Universal de Derechos Humanos que a la letra dice: **“(i) Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica (ii) Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”**; artículo 16.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: **“Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole”**, y el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que agrega: **“1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trata de miembros de las fuerzas armadas y de la policía”**<sup>(11)</sup>.

de la Constitución se les atribuye jerarquía constitucional por estipulación de la propia Constitución, a través de la cláusula de apertura del sistema constitucional, constituyendo así en eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad, y la condición de ocupar dichos dispositivos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellos adoptados, puesto que estos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo. Ver LONDOÑO AYALA, César Augusto, *Bloque de Constitucionalidad*, Ediciones Nueva jurídica, Bogotá, 2011, pp. 11 y 12.

<sup>(11)</sup> Los dispositivos invocados como son los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Perú, revisten jerarquía constitucional, por cuanto existen cláusulas claras de reenvío al respecto, como son las previstas en el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la propia Constitución, normas que la incorporan como normas fundamentales y

Es a partir de las normas vinculantes citadas, que pretendemos establecer –vía interpretación– un concepto amplio sobre el referido derecho de asociación, en la medida en que a partir de este contenido es que se puede ejercer un control constitucional sobre el orden normativo en general o los actos de poder (ya sea público o privado) existente y referidos a esta expresión humana de asociarse, ya que ninguna persona pública o privada podría desnaturalizarlo o distorsionarlo en tanto, es la fuente de sentido y referencia de la totalidad del sistema jurídico y del ejercicio del poder; caso contrario, se despejan sus efectos anulatorios o difusos por contraponerse al estatuto iusfundamental, ya sea vía control abstracto a través del proceso de inconstitucionalidad o difuso respecto al caso en concreto.

Volviendo al tema que nos convoca sobre el concepto del derecho a asociarse, acogemos lo expresado por el Tribunal Constitucional Peruano en el fundamento 4 de la STC 9149-2006-PA/TC (caso Nelson Weberbauer Salvatierra Lavado), quien tiene el carácter de doctrina vinculante, donde indica sobre el particular que **“(...) el citado atributo puede ser concebido como aquel derecho por el cual toda persona puede integrarse con otras, libremente y de modo permanente, en función de determinados objetivos o finalidades, las mismas que aunque pueden ser de diversa orientación, tiene como necesario correlato su conformidad con la ley”**<sup>(12)</sup>.

De lo descrito líneas arriba, podemos inferir que la norma supralegal y constitucional reconoce un **régimen general y amplio del derecho de asociación**, en cuanto ella está referida a la potestad general que tiene

constitucionales; por tanto, la norma constitucional y normas adjuntas al plexo constitucional inicial, forman parte de la unidad constitucional del sistema jurídico peruano que constituye, edifica, produce, modifica e interpreta el orden normativo en su conjunto.

<sup>(12)</sup> El carácter de doctrina vinculante sobre el concepto esgrimido se sustenta en la reiteración del mismo invocada por el Tribunal Constitucional en sendas sentencias como son STC 3071-2009-PA/TC (caso Luis Hildebrando Córdova Calle); STC 02498-2008-PA/TC (caso Federación Deportiva Peruana de Deportes Aeróbicos); STC 07953-2006-PA/TC (caso Juan José Pinto Criollo); STC 5460-2007-AA/TC (caso Severino Paredes Zavaleta); STC 07577-2006 (caso Andrés Darg Barbieri), entre otros.



la persona de juntarse con otras a fin de realizar un objeto en común<sup>(13)</sup>, por tanto, no necesariamente está referida a aquellas organizaciones cuyos fines sean de carácter no lucrativo, ya que también podría darse para el cumplimiento de fines lucrativos<sup>(14)</sup>, siendo claro que la única limitante es que se formen con fines lícitos en relación al sistema constitucional y democrático existente. Mijael Mendoza Escalante concluye que “[...] debe adoptarse un concepto amplio de asociación, integrando bajo él no sólo las típicas asociaciones ideológicas o sin fines de lucro —las reguladas por el Código Civil, partidos políticos y sindicatos—, sino también las diversas formas de sociedades comerciales, esto es, la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada, sociedad en comandita y la sociedad colectiva, reguladas por la Ley General de Sociedades”<sup>(15)</sup>.

Ello hace afirmar categóricamente que este derecho fundamental no alude exclusivamente a un tipo especial de organización como podría ser la asociación civil prevista en nuestro ordenamiento civil (artículo 80°), sino por el contrario, está referido a todo tipo de organización que tenga una finalidad en común, cuya vida se sustenta en la libre voluntad de las personas o autodeterminación de sus miembros, tengan o no un fin lucrativo; lo

<sup>(13)</sup> En la STC 9149-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional indicó el carácter global de dicho derecho, al indicar que “(...) la única lectura que desde la Constitución es posible realizar respecto del derecho de asociación, obliga, pues, a **considerar el carácter genérico en sus objetivos**, existiendo como único y razonable condicionamiento la sujeción en el ejercicio de dicho atributo a lo que determine la ley” (el negreado es nuestro).

<sup>(14)</sup> En la misma sentencia hecha referida (STC 9149-2006-PA/TC) el Tribunal Constitucional indicó que la finalidad de dicho atributo constitucional puede ser o no ser lucrativo, lo que hace colegir que no está referida exclusivamente a la asociación civil prevista en nuestro Código Civil. Así indica que “es conveniente especificar que, a efectos constitucionales, las finalidades de dicho atributo no solo se concreta en los consabidos fines no lucrativos, **sino en toda clase de objetivos**” (el negreado es nuestro). Seguidamente aclara: “(...) En suma, estimamos (...) que tanto en aplicación de los principios de unidad y concordancia práctica como en observancia de lo previsto por nuestra Constitución histórica, **es incorrecta sostener que los fines del derecho de asociación tengan que ser solo de carácter no lucrativo**” (el negreado es nuestro).

<sup>(15)</sup> MENDOZA ESCALANTE, Mijail, *El Derecho Fundamental de la Asociación*, en revista electrónica: [www.consultoriaconstitucional.com](http://www.consultoriaconstitucional.com)

que origina que el contenido y los principios que rigen este derecho fundamental<sup>(16)</sup>—por aplicación de principio de supremacía constitucional— sean aplicables a las distintas modalidades específicas de asociación existentes en nuestra sociedad tanto en su dimensión individual o colectiva, siendo sus manifestaciones: los colegios profesionales, partidos políticos, movimientos o alianzas, las confesiones religiosas, las comunidades campesinas y nativas, las asociaciones propiamente dichas, fundaciones, comités, las asociaciones municipales, las organizaciones sindicales, la asociación de padres de familia, comités de madres, sociedades comerciales y empresariales, entre otros.

En nuestra opinión, todas las formas organizativas nombradas tienen una misma naturaleza constitucional en cuanto expresión libre del derecho de asociarse, contando con un ámbito de protección delimitado por el orden jurídico en que se ubica su reconocimiento legal (bloque de constitucionalidad)<sup>(17)</sup>, pero nosotros dedicaremos las siguientes líneas al estudio de la asociación mutual judicial, cuyo origen se remonta al Decreto Ley N° 19826, por estar referida al caso en análisis.

#### IV. CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

El derecho a la asociación consagrado en la Constitución y reconocido en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el Perú, constituye sin duda una expresión del libre desarrollo de la personalidad, y tiene como principio matriz la libre voluntad de las personas que deciden perseguir ciertos fines lícitos a través de una organización unitaria en la que convergen, según su tipo, los esfuerzos y demás elementos provenientes de sus miembros y que sirven de medios para la realización del **diseño colectivo**<sup>(18)</sup>.

<sup>(16)</sup> Los principios que sustentan el derecho de asociación son el de autonomía de voluntad (autodeterminación), de autoorganización y el de principio de fin altruista.

<sup>(17)</sup> Ver RAMÍREZ SÁNCHEZ, Félix, “Los sindicatos de servidores públicos y su inscripción en los Registros Públicos: A propósito de su naturaleza jurídica”, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 7, N° 56, Edit. Normas Legales, p. 94.

<sup>(18)</sup> Ver Sentencia T-336/00 emitida por la Corte Constitucional colombiana con fecha 23 de marzo de 2000.

En este aspecto, el mismo Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N° 3071-2009-PA/TC, ha precisado sobre la titularidad del derecho de asociación, indicando su doble dimensión: individual y colectiva, que “(...) queda claro que el derecho en mención es, en primer lugar, una facultad que, aunque puede ser invocada por cualquier persona a título individual, solo se concretiza en tanto esta se integre con otras personas que, al igual que la interesada, aspiran a ejercer dicha libertad. La titularidad, en otros términos, es individual; su ejercicio efectivo, fundamentalmente colectivo”.

En lo que atañe al núcleo esencial de este derecho, el cual se proyecta respecto de todos los tipos de personas jurídicas con ánimo de lucro o sin él, se tiene que esta comprende las siguientes posibilidades: i) la de intervenir en la creación de cualquier nueva organización; ii) la de vincularse a cualquiera que hubiere sido previamente creada por iniciativa de otras personas; iii) la de retirarse a libre voluntad de todas aquellas asociaciones a las que pertenezca; iv) la de no ser forzado a ser parte de ninguna organización en concreto, especialmente como requisito previo al ejercicio de otros derechos; v) la de mantener la condición de asociación o prohibición de ser excluido de la condición de asociado (prohibición de expulsión o separación), vi) gozar de los derechos derivados —de la ley o de las normas estatutarias— de la condición de asociado o miembro de una asociación, (vii) la de determinar su forma de organización y autorregulación interna conforme al marco constitucional y legal<sup>(19)</sup>.

La jurisprudencia de manera unánime ha clasificado esas facultades en tres distintos grupos, dando así origen al núcleo duro del derecho de asociación. Dos de ellos se dan en el ámbito personal como son las esferas positiva y negativa del derecho de asociación, incluyendo en la primera, la posibilidad de desplegar ciertos comportamientos de carácter asociativo; y la segunda la garantía de no ser forzado a desarrollar o mantener actuaciones no voluntarias de este mismo tipo (fase positiva y negativa); y en cuanto al ámbito colectivo se manifiesta a través de la denominada facultad de autoor-

<sup>(19)</sup> MENDOZA ESCALANTE, Mijail, cit.

ganización. En tal sentido, abordaremos cada una de sus manifestaciones, por ser relevantes para el análisis del caso concreto, así tenemos:

- a) ***El derecho de asociarse (vertiente positiva)***.- Esta manifestación implica la libertad de integración que tiene la persona (en sentido estricto), entendido como la libertad de la persona para constituir asociaciones o de integrarse a otras ya constituidas, siempre y cuando cumpla con los requisitos de admisión exigido, desarrollando las actividades necesarias de acuerdo al logro de sus fines propios. En igual criterio, la Corte Constitucional colombiana ha descrito dicha manifestación en la Sentencia T-336/00, de fecha 23 de marzo de 2000, indicando lo siguiente: ***“Ha dicho la Corte Constitucional que el derecho fundamental de asociación, [en su dimensión positiva] consiste en la facultad que tienen todas las personas para fundar o integrar libremente, en forma voluntaria, organizaciones reconocidas por el Estado y capacitadas para operar en el tráfico jurídico, comprometidas en la realización de diversos proyectos, ya sea de carácter social, cultural, económico, etc.”***.

Autores como Mijail Mendoza Escalante, respecto a este derecho, ha establecido que la adhesión a formar parte de la asociación, que “El derecho ‘de pertenecer’ a una asociación garantiza la pretensión de afiliarse a cualquier entidad de esta naturaleza y que tal solicitud de afiliación no sea denegada arbitraria, irrazonable o ilegalmente. Comprender esta facultad a título de auténtico derecho subjetivo significa, correlativamente, excluir conceptualmente como una pretensión cuya satisfacción quede librada a la discrecionalidad de la asociación”<sup>(20)</sup>. En suma se concluye que a nadie se le puede negar pertenecer a una organización social, salvo una excepción, cuando exista excepcionalmente una circunstancia razonable, objetiva y no discriminatoria para ello<sup>(21)</sup>. Un ejemplo sobre el

<sup>(20)</sup> Loc. cit.

<sup>(21)</sup> Juan Espinoza Espinoza afirma: “El derecho de asociarse, en la medida en que se excluiría a los no asociados, ¿implica un acto de discriminación? Una atenta doctrina, ***en postción***

mismo se encuentra en la lectura de la STC N° 9332-2006-PA/TC, donde Reynaldo Armando Shols Pérez interpone una demanda contra el Centro Naval del Perú, en tanto esta última le deniega la solicitud de carnet familiar de socia a su hijastra Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso por no formar parte de su familia. En ella, el Tribunal declaró fundada la demanda, disponiendo que la demandada no realice distinción alguna entre el trato que reciben los hijos de los demandantes y su hijastra, así también disponiendo su incorporación como hija del socio, por cuanto dicha negativa constituye una situación discriminatoria en referencia, que colisiona con el derecho a fundar una familia y a su protección prevista en la Constitución.

- b) *El derecho de no asociarse (vertiente negativa).***- Esta dimensión o faceta de carácter negativo, derivada en forma directa del derecho de libertad a constituir o incorporarse a una asociación, se expresa en la facultad que tiene toda persona para negarse o abstenerse de formar parte de determinada forma asociativa y su derecho correlativo a no ser obligado directa o indirectamente a ello, o simplemente, de renunciar en cualquier momento a ella por la ausencia del animus associationis, pese a haberla aceptado en algún momento o circunstancia<sup>(22)</sup>.

*que comparto*, afirma lo siguiente ‘para que no se viole el deber de no discriminar, **debe haber un motivo objetivo y razonable que justifique el trato diferenciado**’ (...) En el fondo uno puede asociarse con quien quiera, por el motivo que sea, siempre que el fin de la asociación sea lícito y no se produzcan daños a terceros”, en *Derecho de las Personas*, Tomo II, Grijley, Lima, 2007, p. 219. Por otro lado, el Tribunal Constitucional ratifica dicha postura al precisar: “La doctrina y el derecho positivo establecen que, bajo determinadas condiciones de razonabilidad y de no discriminación, puede considerarse como legal que no se acepte la incorporación de una persona al seno de una asociación (...) Es evidente que dicha prerrogativa tiene alcances residuales, por cuanto las razones de no admisión jamás podrán ampararse en el desconocimiento del principio de dignidad de las personas, así como tampoco en condiciones no explicitadas en los objetivos de la asociación” (STC 01172-2005-PA/TC y 1027-2004-PA/TC).

<sup>(22)</sup> Ver STC 06730-2006-PA/TC.

Cualquier intento de afiliación obligatoria a una forma asociativa o al de permanecer en ella, pese a su negativa, constituiría una vulneración al derecho de asociación, puesto que la pertenencia a una asociación constituye un acto que se integra, también dentro de los ámbitos de la autonomía personal. Un precedente jurisprudencial que abordó el tema en concreto, fue el contenido en la STC N° 9149-2006-PA/TC, caso Nelson Weberbuer Salvatierra Lavado, persona que interpuso un proceso de amparo contra la Asociación Casino de la Policía Nacional, debido a la negativa de esta a aceptar su carta de renuncia escrita, y de continuar descontando de sus haberes mensuales el importe por concepto de cotización gremial; en ella, el máximo intérprete de la Constitución ratificó el carácter voluntario de renunciar a un grupo organizacional al cual pertenecía, así indicó que “[...] **las condiciones de asociado dejaron de existir desde el momento en que éste dejó constancia expresa de su decisión de desvincularse de la asociación. (...) No es pues, como parece entenderlo la demandada, que las obligaciones tengan que prolongarse hasta el momento en que la asociación acepte la renuncia del demandante, sino desde el instante en que libre y voluntariamente se formaliza la renuncia del asociado**”.

Otro caso similar es el contenido en la STC N° 3978-2007-PA/TC, donde don Jorge Marcos Llica Chávez en su condición de suboficial de la Fuerza Aérea del Perú (FAP) interpone una demanda contra el Centro de Recreación para Técnicos Suboficiales y Empleados Civiles del Perú (CERTSE), debido a que según alegaba dicha organización social se negaba a aceptar su renuncia presentada por escrito, continuando con los descuentos de los aportes de manera indebida. En ella, se acreditó que el amparista fue obligado a pertenecer al Centro de Recreación para Técnicos Suboficiales y Empleados Civiles de la Fuerza Aérea del Perú (CERTSE), en mérito a que el artículo 7° del Estatuto del CERTSE, norma que establecía que son asociados natos el personal y suboficiales de las Fuerzas Armadas en situación militar de actividad,

situación en la que se encontraba el recurrente, pese a que no hubo un consentimiento libre y voluntario para pertenecer a ella, por tanto, estima el Tribunal Constitucional que **“la actuación de la demandada [De negar su renuncia expresa], en virtud de la aplicación de su estatuto, vulnera el contenido esencial del derecho fundamental de asociación del recurrente en su dimensión de libertad para renunciar a ella en el momento que lo considere conveniente”**.

- c) **La facultad de la autoorganización.**- Esta entendida como la posibilidad con que cuenta la asociación para determinar su organización, dentro del límite establecido por el ordenamiento jurídico (incluido el constitucional), por tanto, se delimita que esta manifestación se da en su vertiente colectiva y no personal, ello en cuanto debe nacer del consenso con los demás miembros del colectivo. Luis Alberto Aliaga Huaripata afirma atinadamente que **“En virtud de esta facultad los miembros se encuentran autorizados por el ordenamiento para determinar o regular su propia organización a través del estatuto, el cual representa el ‘pactum associationis’ que vincula a todos los socios”**<sup>(23)</sup>. Tal autorregulación no puede quedar al arbitrio de sus miembros, por el contrario, esta se encuentra limitada, en tanto debe observar un estricto respeto al orden constitucional preestablecido, caso contrario, la norma interna será inválida como también los actos que se generen a partir de su aplicación.

Resulta importante invocar la experiencia española recaída en la Sentencia N° 218/1988, cuyos fundamentos emitidos por el Tribunal Constitucional Español son plenamente válidos en nuestro sistema constitucional: “[...] el derecho de asociación (...) comprende no sólo el derecho de asociarse, sino también a establecer la propia organización del ente creado

<sup>(23)</sup> ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto, “El derecho de asociación”, en AA.VV., *Los Derechos Fundamentales: Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*, Gaceta Constitucional, Lima, 2010, p. 312.

por el acto asociativo dentro del marco de la Constitución y de las leyes que, respetando el contenido esencial de tal derecho, lo desarrollen o lo regulen (...) La asociación tiene como fundamento la libre voluntad de los socios de unirse y de permanecer unidos para cumplir los fines sociales y quienes ingresan en ella se entiende que conocen y aceptan en bloque las normas estatutarias a las que quedan sometidos. Y en cuanto la asociación crea no sólo un vínculo jurídico entre los socios, sino también una solidaridad moral basada en la confianza recíproca y en la adhesión a los fines asociativos, no puede descartarse que los estatutos puedan establecer como causa de expulsión una conducta que la propia asociación, cuya voluntad se expresa por los acuerdos de sus órganos rectores, valoren como lesiva de los intereses sociales (...)”<sup>(24)</sup>.

## V. EL PRINCIPIO RECTOR DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SU EXCEPCIONALIDAD

La libertad de asociación, entendida en los términos desarrollados, representa una conquista histórica frente al superado paradigma del sistema feudal y el más reciente corporativismo, que imponían a las personas pertenecer a un grupo organizacional preestablecido; para pasar a constituirse en sociedades pluralistas y democráticas como las nuestras, en un reconocimiento de la libertad de decisión de las personas en cuanto a pertenecer o no a un grupo social determinado, es por ello que se reconoce actualmente como una de las libertades públicas capitales y fundamentales de las personas, al asentarse justamente como presupuesto de la libertad personal del individuo. En suma, el sustento del nacimiento de dicho derecho es justamente el reconocimiento de la autonomía personal, siendo la esencia de su existencia<sup>(25)</sup>.

<sup>(24)</sup> En RUBIO LLORENTE, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Edit. Ariel Derecho, Barcelona, 2005, p. 227.

<sup>(25)</sup> Peter Häberle escribe que la libertad de asociación es un elemento irrenunciable de la democracia pluralista o de la Constitución de pluralismo. En *Libertad, igualdad, fraternidad. 1978 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Trotta, Madrid, 1998, p. 79.

Miguel Carbonell afirma sobre el particular que “(...) la libertad de asociación tiene un papel esencial en la conformación de las democracias modernas, pues expresa la posibilidad de constituir agregados interpersonales de intereses, que tengan reconocida su personalidad jurídica. Por medio de las asociaciones las personas añaden un elemento importante a su convivencia y pueden expandir su horizonte vital, participando con otras personas en la consecución de ciertos fines”<sup>(26)</sup>.

De lo anterior podemos colegir que desde sus orígenes este derecho fundamental de asociación y desde su ejercicio a través de la materialización de su contenido (el derecho de asociarse, de no asociarse y de autoorganización), **se ha sustentado en la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad o autodeterminación**; ello sin desmerecer que dicho derecho se sustenta en otros principios como el de autoorganización y el principio de fin altruista<sup>(27)</sup>. Empero solo analizaremos, en esta oportunidad, el primer **principio** invocado por estar referido al fallo que comentamos.

Queda claro que tal derecho fundamental de asociación se sustenta en el **principio de autonomía de la voluntad o autodeterminación**, en tanto es la persona misma, la que decide en su esfera personal, de manera libre y voluntaria sin coacción alguna, si forma parte o no de una asociación o si quiere excluirse de pertenecer a la misma. Su correlato, como es natural, será entonces que ni el Estado ni la sociedad pueden —como regla general— imponer y obligar pertenecer a una persona a una asociación determinada, sometiéndolo por ello a un régimen que naturalmente esquivan o repelen.

<sup>(26)</sup> CARBONELL, Miguel, “La libertad de asociación y de reunión en México”, en AA.VV., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Edit. Porrúa, México, p. 829.

<sup>(27)</sup> En la STC 09332-2006-PA/TC se precisa “(...) como ya lo ha anotado este Tribunal, tal libertad (se refiere a la de asociación) se erige como una manifestación de la libertad dentro de la vida coexistencial, protegiendo el que grupos de personas que comparten similares intereses para la realización de una meta común, pueden asociarse a fin de concretar estas. **Tal derecho se sustenta en principios como el de autonomía de la voluntad, el de auto organización y el del principio de fin altruista, a partir del cual se configura su contenido esencial (...)**” (el negreado es nuestro).

Ya el Tribunal Constitucional ha precisado sobre la vigencia e importancia del principio de autonomía en el desarrollo del derecho en comento. Así se observa de la lectura de la STC 3186-2012 (caso Jaime David Abanto) que a la letra dice:

**“Entre los principios esenciales que sustentan el reconocimiento y goce del derecho de asociación**, el Tribunal ha destacado —Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N° 01027-2004-AA/TC, entre otras— **el principio de autonomía de la voluntad, que establece que la pertenencia o no pertenencia a una asociación se sostiene en la determinación personal**. El Tribunal ha subrayado, al respecto, que la persona tiene derecho a desafiliarse de una asociación; que en el ejercicio de su potestad autodeterminativa puede renunciar, y, en consecuencia, negarse a continuar siendo miembro de una asociación” (el negreado es nuestro).

Una primera conclusión válida que tiene carácter de regla general por aplicación del principio de autonomía de la voluntad, es que ninguna persona puede ser obligada, *de facto*, a formar parte de un ente organizativo, sin su consentimiento previo; es decir, que no puede concebirse que el Estado o cualquier ente privado coaccione a las personas a pertenecer a un ente organizativo determinado, y mucho menos puede a través de asociaciones coactivas ejercer control sobre los diferentes orígenes de la vida de la sociedad; o que esta, a través de un tejido corporativo difuso, asuma el manejo del Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido al respecto en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (sentencia de fecha 2 de febrero de 2011): “(...) esta libertad [en referencia al derecho de asociación] supone que **cada persona pueda determinar sin coacción alguna** si desea o no formar parte de la Asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito **sin prestaciones o intromisiones** que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad”. Agrega la Corte: “La libertad de asociación, (...) en los términos del artículo 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber:



el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida y obligada a asociarse”.

Queda claro, como lo señala la doctrina y la jurisprudencia, que el ejercicio de todo derecho fundamental –como ocurre con el derecho de asociación– no es absoluto, sino que está sujeto a límites, los que son impuestos por la propia vida social y que tiene un sustento constitucionalmente válido. Ello genera que su titular no pueda ejercer válidamente una determinada prerrogativa en ciertas circunstancias, solo de manera excepcional<sup>(28)</sup>; situación que no es ajena al derecho de asociación en tanto constituye un acto libre, pero que permite de manera extraordinaria que se vicie dicha autonomía, siempre y cuando exista un motivo razonable y constitucionalmente válido, pudiéndose compeler de acuerdo a lo dicho, para que forme parte de una asociación, el supuesto señalado es el de adscripción obligatoria impuesta por la ley.

Con base en lo señalado anteriormente, podemos afirmar que existe de manera excepcional la constitución de modalidades asociativas que no cuentan con un pacto asociativo, sino que su constitución y la inclusión de sus miembros es por disposición de los poderes públicos –como puede ser el Legislativo a través de una ley–, la que determina una unión estable y permanente de personas para la prosecución de **finés de carácter público** fijados por el poder público, quedando claro que solo se dará de manera excepcional y cuando tenga un carácter público constitucionalmente válido. Al respecto, el Tribunal Constitucional Español explica de manera acertada esta excepcionalidad en los sistemas democráticos: “**La libertad de no asociar-**

<sup>(28)</sup> Jaime Guzmán lo explicaba en sus cátedras: “los derechos humanos no son absolutos, en el sentido de ilimitados. Desde el momento en que su titular es un ser contingente y no absoluto, limitado y no infinito, sus derechos están sujetos –forzosa e inevitablemente– a ciertos límites (...). Más allá de los límites que impone la moral en aquellos ámbitos que corresponden exclusivamente al juicio de Dios y de la propia conciencia, la vida en sociedad exige del ordenamiento jurídico también limitaciones al ejercicio de todos los derechos humanos, en aras del bien común.” En TORTORA ARAVENA, Hugo, “La Limitación de los Derechos Fundamentales”, en AA.VV., *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, México, 2010, p. 169.

**se es así una garantía adicional frente al peligro del dominio por el Estado de las fuerzas sociales a través de creación de corporaciones o asociaciones coactivas que dispusieran del monopolio de una determinada actividad social. Pero a su vez no se puede negar al Estado social y democrático de derecho una intervención en sectores de la vida social, también a través de la creación de entes con estructura asociativa cuando ello sea necesario para la consecución de determinados fines públicos, de relevancia constitucional que justifiquen esa limitación de la libre decisión de los privados. Del principio del pluralismo que inspira nuestro sistema constitucional, y que supone la más completa movilidad, autodeterminación y competición de los sujetos sociales, deriva la existencia de importantes límites constitucionales a las formas de asociacionismos obligatorios, que han de ser consideradas como excepcionales y solo posibles “siempre que se justifique su procedencia en cada caso por razones acreditativas de que constituye una medida necesaria para la consecución de fines públicos, con los límites necesarios para que ello no suponga una situación (ni incidencia contraria a la Constitución) de los derechos fundamentales de los ciudadanos” (STC 67/1995)<sup>(29)</sup>.**

En esa misma línea, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional dicha excepcionalidad y límites del derecho de asociación en el sistema peruano, tal como se observa de la lectura de la Sentencia N° 3507-2005-PA (caso Carlos Peña Estrada y otros), donde a raíz de un proceso de amparo interpuesto por los recurrentes contra la Derrama Magisterial de Loreto, debido a que este último no aceptó sus renunciaciones irrevocables a esta asociación, por lo que declararon fundada dicha demanda por vulnerar el derecho de asociación en su vertiente negativa. Al respecto afirma el máximo interprete constitucional: “[...] **sólo podrán establecerse restricciones al derecho a no asociarse (como las demás manifestaciones del derecho de asociación) en interés de la seguridad nacional o del orden público, para proteger la salud o la moral pública o para la protección de los**

<sup>(29)</sup> Cit. por RUBIO LLORENTE, Francisco, cit., p. 235.

***derechos y libertades de terceros. Es decir, se trata de un derecho que sólo podrá ser limitado de modo excepcional, debiendo interpretarse tales excepciones de modo restrictivo***”.

El fundamento constitucional de dicha restricción la encontramos sin duda en las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad, específicamente en el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el mismo que señala lo siguiente: “***El ejercicio de tal derecho [de asociación] sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de las demás***”. Sin duda, el referido artículo establece que solo procederá restringir el derecho de asociación en supuestos excepcionales y por motivos o taxativamente señalados anteriormente.

En suma, la adscripción y permanencia obligatoria de una persona en un sistema organizativo, han de ser consideradas como un tratamiento excepcional respecto del principio de libertad o autonomía privada, que debe encontrar suficiente justificación, bien en disposiciones constitucionales, bien, a falta de ellas, en las características de los fines de interés público que persigan y cuya consecución la constitución encomienda a los poderes públicos. La afiliación forzosa ha de contar en consecuencia con una base directa o indirecta en los mandatos constitucionales (seguridad nacional, poder público o protección de derechos y libertades de terceros) de forma que esta limitación de la libertad del individuo solo será admisible cuando se vea determinado tanto por la relevancia del fin público que persigue como por la imposibilidad o al menos dificultad de obtener tal fin sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo.

Según este criterio restrictivo, donde se permite la constitución coactiva de una agrupación asociativa y la asimilación de filiación de sus socios, si y solo si buscan fines públicos y válidos constitucionalmente, nos permite sin duda encontrar en nuestro sistema jurídico ciertas agrupaciones coactivas impuestas por ley, cuya creación e inclusión de sus miembros es obligatoria o forzosa, y no se permite su renuncia, pero que dicha coacción es

válida constitucionalmente. Así tenemos como ejemplos claros los colegios profesionales –los cuales se exigen para ejercer una actividad profesional determinada–, la asociación de padres de familia, junta de propietarios del régimen de propiedad exclusiva y de propiedad común, entre otros. Sin embargo, nosotros en las líneas siguientes analizaremos el caso de la agrupación mutualista constituida por ley, que obliga a los magistrados del Poder Judicial a pertenecer a ellos, para efectos de determinar bajo los parámetros constitucionales si es constitucional o no dicha medida coactiva.

## VI. ANÁLISIS DE LA STC N° 3186-2012-PA/TC (CASO JAIME DAVID ABANTO)

Este fallo abre caminos para reflexionar sobre el contenido y las limitaciones que tiene el derecho de asociación, pero cuyo debate se centra, como queda claro en un fenómeno asociativo, donde han entrado en conflicto dos fuerzas inherentes a él: ***de una parte el individuo (accionante)*** que exige el derecho que le asiste a retirarse a una entidad asociativa y a evitar que se le exijan determinadas obligaciones por el hecho de ser asociado contra su voluntad, así como el reembolso de las cuotas indebidamente retenidas de sus remuneraciones por concepto de cuota mutualista; y por otra parte, ***la Asociación Mutualista Judicial*** que se resiste a aceptar dicha renuncia y a suspender los descuentos que se hacen al individuo, amparándose en que tanto su permanencia de socio como el descuento que se realiza por cuota mutualista surge en un mandato legal contenido en el Decreto Ley N° 19286. De ello queda claro que el control constitucional que se ejerce a través del presente proceso, es sobre un acto lesivo concreto que se habría producido con la imposibilidad de los demandantes de apartarse de la asociación y la no restitución de sus aportaciones, acto que procede de una medida coercitiva derivada de la ley (Decreto Ley N° 19286). Por tanto, resulta claro analizar si dicha norma imperativa que obliga a afiliarse a toda persona por el simple hecho de tener la condición de magistrado a una asociación mutualista judicial, constituye una norma imperativa que está de acuerdo o no con el orden constitucional, específicamente el derecho de asociación; ya que si la norma en que se sustenta el acto lesivo descrito es inconstitucional, también es nulo por inconstitucional el acto concreto mismo.

De la lectura de la sentencia, en análisis, se pone de manifiesto que el Tribunal Constitucional abordó el tema desde la manifestación del derecho de asociación en su vertiente negativa, así como la inconstitucionalidad de la prohibición de renunciar al mismo. Pero creemos que omitió encarar un tema central: determinar si la asociación mutualista judicial, impuesta por el Decreto Ley N° 19286, era una asociación excepcional que trasgrede al núcleo duro del derecho de asociación o, por el contrario, era una asociación constitucionalmente válida; esto en la medida en que incluye y obliga a permanecer a los magistrados en calidad de socios. Para responder a dicha inquietud, resulta necesario *determinar si el objeto de su existencia* como organización corporativa coactiva tiene una justificación suficiente para la consecución de fines públicos, con los límites necesarios para que ello no suponga una situación contraria a la Constitución y a los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>(30)</sup>.

El artículo 1° del Decreto Ley N° 19286 que adecua las funciones de la asociación mutualista judicial, precisa que la finalidad de la existencia de dicha organización es la de proporcionar al fallecimiento del asociado un auxilio pecuniario a sus beneficiarios o en su defecto a sus herederos<sup>(31)</sup>. En síntesis, su finalidad legal es la de prever una contingencia económica a los familiares del asociado ante el fallecimiento imprevisto de un socio, entendiendo esto como un fin público.

<sup>(30)</sup> El Tribunal Constitucional en otras oportunidades ha procedido al análisis del objeto de una asociación obligatoria, para determinar su constitucionalidad o no, como organización corporativa obligatoria, como ha ocurrido en la STC N° 03507-2005-PA/TC, donde don Carlos Peña Estrada y otros interpusieron un proceso de amparo contra la Derrama Administrativa de los Trabajadores Administrativos del Sector Educación de la Región Loreto y la Dirección de Educación de Loreto, en que solicitaron que se acepten su renuncia y disponga la suspensión definitiva de los descuentos mensuales. En ella abordaron la naturaleza del objeto de creación de la Derrama, concluyendo que no tenía un fin público como era la seguridad social, sino un beneficio complementario para sus miembros; por tanto, era inconstitucional la creación de dicha institución.

<sup>(31)</sup> **Artículo 1 del Decreto Ley N° 19286.**- “ La Asociación Mutualista Judicial tiene por objeto proporcionar al fallecimiento del asociado un auxilio pecuniario a sus beneficiarios o en su defecto a sus herederos”.

La Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima al emitir la sentencia de vista sobre el presente caso (de fecha 26.11.2011), encaró el tema de la naturaleza de la finalidad de dicha organización asociativa, otorgándole una naturaleza colectiva y de bien común, como es la protección y solidaridad; así tenemos que en el considerando 2.1 de la referida sentencia precisó: “En tal sentido, consideramos que la norma impugnada [en cuanto a la disposición que ordena el descuento por concepto de aporte a la Mutual Judicial] responde a criterios **de protección y solidaridad** que tiene una naturaleza constitucional y que en consecuencia, justifican la limitación patrimonial que se acusaba como violatoria de los derechos fundamentales”<sup>(32)</sup>. Queda así determinado que para el colegiado la finalidad es válida constitucionalmente en tanto busca reformar lazos comunes de solidaridad de los magistrados, criterio que está acorde con una finalidad pública y con el orden constitucional; posición que no compartimos, y la cual fundamentamos a continuación.

Como ya hemos hecho referencia la finalidad de la asociación mutualista judicial es la de proporcionar al fallecimiento del asociado un auxilio pecuniario a sus beneficiarios o en su defecto a sus herederos, para lo cual se creó un fondo a través de las cuotas obligatorias que afectan las remuneraciones o pensiones de los magistrados socios. Sin embargo, ello solo supone que el auxilio mutuo (beneficio) que se proporciona a los deudos al fallecimiento de un socio, constituye una mejora complementaria, y no son concedidos con carácter general en cuanto no beneficia a todos los trabajadores; de este modo, no es una expresión del principio constitucional de solidaridad y mucho menos tiene un fin general de carácter público, sino por el contrario posee un carácter de beneficio particular, porque está destinado solo a aquellos que pertenecen a determinada institución como el Poder Judicial o el Ministerio Público, y cuyos socios tienen la condición de magistrados. Es decir, se trata de derechos adicionales cuya finalidad es particular y no general. De lo que se concluye que tanto la constitución, la adscripción y la permanencia obligatoria en dicha asociación no se encuentra dentro del marco de excepcionalidad que permite el derecho de asociación

<sup>(32)</sup> Ver [http://blog.pucp.edu.pe/media/1111/20131027-sentencia\\_de\\_2\\_instancia\\_dr\\_abanto.pdf](http://blog.pucp.edu.pe/media/1111/20131027-sentencia_de_2_instancia_dr_abanto.pdf)



en cuanto su vida institucional tenga un motivo razonable y constitucional basado en un fin público. Por el contrario, dicha asociación mutualista judicial colisiona y contraviene directamente con el inciso 13) del artículo 2 de nuestra Constitución y las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad —que fueron descritas líneas arriba—, que garantizan el derecho de asociación; siendo inconstitucional el Decreto Ley N° 19286, y pese a ser una norma preexistente a la Constitución vigente está sometida a ella en aplicación del principio de supremacía de las normas con rango constitucional. Por tanto, el Tribunal Constitucional debió, de conformidad con el artículo 138° de la Constitución, aplicar el control difuso e inaplicar dicha norma en el caso concreto. Esto llama a una reflexión: debe derogarse el Decreto Ley N° 19286 y desintegrarse la asociación mutualista judicial, o en su defecto modificarla en cuanto a que deben adecuar su funcionamiento a los mandatos que se desprenden de la Constitución, como sería el garantizar la autonomía privada y libertad de autodeterminación por parte de los magistrados a participar o no como socios en ella, reservando a sus miembros la libre voluntad de ingreso y salida de la citada organización.

Al respecto se advierte que al no encontrarse dicha asociación dentro de los presupuestos de excepcionalidad del derecho de asociación que consciente la existencia de una asociación obligatoria; se somete a la regla general en cuanto a que el accionar de dicha organización social esté sujeto al contenido básico del derecho de asociación (el derecho de asociarse, de no asociarse y la facultad de la autoorganización), guiado por el principio del respeto a la libertad de asociación (autonomía privada de las personas).

En ese sentido, tenemos como bien lo ha precisado el Tribunal Constitucional, la sola condición de magistrado que tenía el recurrente (Jaime David Abanto) ha sido el presupuesto para que el Poder Judicial lo haya obligado a ser parte de la asociación demandada, pues no hubo un consentimiento libre y voluntario para pertenecer a ella, ni mucho menos dicha asociación se lo consultó. Por el contrario, simplemente se limitó a inscribirlo y a descontar de sus haberes los aportes correspondientes debido a su condición, según los términos del Decreto Ley N° 19286 de asociado obligatorio. Esta adscripción forzosa prevista en el artículo 2° de la citada norma, no cuenta con una base directa o indirecta en los mandatos constitucionales,

en tanto no tiene relevancia del fin privado y particular que persigue dicha corporación asociativa: otorgar auxilio mutuo o beneficio para solventar la contingencia de la muerte de un asociado. En este caso, ha quedado evidente que se ha vulnerado el derecho de asociación del accionante en su vertiente positiva, al haber sido obligado de facto, a formar parte de la asociación mutualista judicial por la sola condición de ser magistrado, con las consecuencias que ello supone —“aceptar” el descuento por concepto de “mutual judicial”, aun sin haberlo autorizado y verse en la imposibilidad de renunciar a tal organización—, privando su derecho de libertad, autonomía privada y autodeterminación.

Precisa el Tribunal Constitucional en la sentencia, materia de comentario, que la adscripción a la asociación debe ser expresa y no existe confirmación tácita por no haber reclamado dicha incorporación obligatoria. Ello se observa de la lectura del fundamento 23, que a la letra dice: *“En todo caso afirmar que porque el demandante vino consintiendo por años su estatus de asociado, existe una suerte de consentimiento tácito que legitimaría el comportamiento de la demandada, resulta inaceptable, pues las violaciones a los atributos fundamentales no se convalidan ni por el transcurso del tiempo, ni por el consentimiento de los agraviados. O la decisión de asociarse es libre y voluntaria o simplemente es un hecho unilateral y forzoso, inadmisibles en términos”*.

También queda de manifiesto en el caso bajo estudio, que se ha vulnerado el derecho de asociación en su vertiente negativa de no continuar perteneciendo a la organización asociativa (desvinculación asociativa), al forzarse al accionante a pertenecer y mantenerse en una asociación de corte mutualista, de manera que se desdibuja la naturaleza fundamental de asociación en su dimensión de no ser compulsado a pertenecer a una determinada asociación; así lo precisa en el considerando 22 de la sentencia en comento, que a la letra dice: *“En el caso concreto se desconfigura la naturaleza del derecho fundamental de asociación en una doble dimensión, por un lado, respecto de no ser compulsado a pertenecer a una determinada asociación (libertad de no asociarse); y por el otro, respecto de renunciar en cualquier momento a la misma, peor aún”*.

***si nunca manifestó su voluntad de asociarse (libertad de desvincularse asociativamente), de tal manera que se ha violado el derecho fundamental del recurrente***” (el negreado es nuestro).

Esta posición vertida por el máximo intérprete constitucional que la negativa de aceptar la renuncia o retiro de una asociación por parte del cuerpo organizativo constituye una vulneración clara al derecho de asociación, criterio que no ha sido novedoso, sino por el contrario, la sentencia bajo estudio ha venido a ratificar un criterio ya esgrimido en otros precedentes anteriores y similares a la presente, así tenemos como antecedentes jurisprudenciales: (i) *STC N° 9149-2006-PA-TC*, donde don Nelson Weberbauer Salvatierra Lavado, quien interpuso un proceso de amparo contra el Casino de la Policía (asociación de corte mutualista) en tanto no aceptó su renuncia expresa e irrevocable a esta asociación ni la suspensión de sus descuentos de los que hasta la fecha ha venido siendo objeto; (ii) *STC N° 3507-2005-PA/TC*, en la que se aprecia que don Carlos Peña Estrada y otros interponen acción contra la Derrama Administrativa de los Trabajadores Administrativos del sector Educación de la Región Loreto y la Dirección Regional de Educación Loreto, invocando como acto lesivo la imposibilidad de los demandantes de apartarse de la asociación por cuanto su reglamento así lo señala y la no restitución de sus aportaciones; (iii) *STC N° 7953-2006-2005-PA/TC*, donde resuelven la demanda interpuesta por don Juan José Pinto Criollo contra el Casino de la Policía del Perú, cuyo objeto era la aceptación del retiro realizado por el accionante como asociado de facto de dicha entidad y la suspensión de los descuentos por concepto de aportaciones, entre otros.

Volviendo al análisis realizado por parte del máximo intérprete en el caso Jaime David Abanto, se aprecia que la permanencia indefinida y obligatoria del asociado por parte de la misma organización asociativa mutualista y por parte del mismo Estado a través del Decreto Ley N° 19286, constituye una atadura perpetua al ente social, el que es inadmisibles en términos constitucionales al negar al sujeto su libre albedrío individual de no pertenecer al órgano social, máxime si no existe un motivo justificable (bien común) que respalde dicha permanencia del asociado.

Pasando a otro aspecto importante del fallo, es lo referido a la pretensión de la restitución de los descuentos realizado al accionante por concepto de aportes por concepto de “mutual judicial”. En ella, el Tribunal Constitucional continúa la línea jurisprudencial trazada al respecto, al entender que las obligaciones como socio dejaron de existir desde el momento en que el asociado dejó constancia expresa de su decisión de desvincularse de la asociación, y que en el caso concreto se materializó el día de la presentación de demanda; criterio que no compartimos, por el contrario, afirmamos que el máximo intérprete entra en una contradicción evidente. Esto lo basamos en lo siguiente: Como se observa en el fundamento 21 reconoce el TC que se ha vulnerado el derecho de asociación del accionante por el hecho de haber sido obligado, de facto, a formar parte de la asociación mutualista judicial, con las consecuencias que ello supone como es aceptar el descuento por concepto de mutual judicial, aun sin haberlo autorizado; argumento que hace concluir que el acto de inclusión como socio y la retención de los aportes de sus haberes sin autorización alguna constituye un acto inconstitucional. En conclusión, es ilícita la retención unilateral realizada por parte de la Gerencia del Poder Judicial de las remuneraciones mensuales del accionante por el concepto de aporte a la mutual judicial, desde que ingresó a la carrera judicial, siendo erróneo tomarlo desde la renuncia que realiza, ya que el acto unilateral de retención indebida es nulo desde la inclusión forzosa que ha realizado su empleadora como socio.

Creemos que, en este punto, el Tribunal Constitucional debió tener en cuenta que los descuentos por aporte a la asociación mutualista judicial se realizaban de las remuneraciones del actor, la misma que tiene naturaleza alimentaria, lo que hace concluir que en las retenciones unilaterales realizadas no media un mandato judicial o una ley que autorice dicho descuento; situación que se ha desconocido en el presente caso, ya que como se ha delimitado la obligación de los aportes que nace del Decreto Ley N° 19286 resultan ser inconstitucionales por violación al principio de autonomía privada y libertad de asociación, por tanto, es nulo el acto de descuento realizado unilateralmente por parte de la empleadora Poder Judicial, siendo una trasgresión de carácter permanente.

Nuestro interés actual se concreta en identificar si es viable solicitar el reembolso de dicho dinero indebidamente retenido?, ya que la sentencia en comento no hace referencia de manera expresa al tema en la medida en que solo afirma que debe realizarse el reembolso a partir de la renuncia tácita realizada por el accionante. Dicha inquietud la absolvemos de manera afirmativa, ya que al reconocerse como un acto ilícito su inclusión obligatoria en la asociación, también es ilícito las retenciones realizadas desde su inclusión, por tanto, ello no prohíbe que las personas afectadas con dicha retención soliciten su devolución en la vía civil correspondiente, alegando un pago indebido.

## VII. A MODO DE NOTA CONCLUSIVA

Sin duda, en el Estado reposa la obligación de evitar que, dentro de la sociedad, las organizaciones que ostentan una situación de predominio, adopten medidas que directa, o indirectamente, constriñan a las personas a asociarse, o las sometan en contra de su voluntad al régimen jurídico de una determinada asociación; siendo grave para el orden constitucional el aceptar la vigencia de una organización asociativa como la asociación mutualista judicial, que adscribe forzosamente y obliga la permanencia en ella tanto de los magistrados como socios, cuyo origen nace de una norma con fuerza de Ley (Decreto Ley N° 19286) donde no tiene un fin público. Resulta mucho más grave que dicha organización esté formada por magistrados, funcionarios que están obligados a preservar los derechos fundamentales de las personas y mantener el orden constitucional; de este modo, no podría hablarse de derecho de asociación en un sentido constitucional. Finalmente este derecho tiene como condición la libertad personal, cuya garantía se funda en la condición de voluntariedad. Así, a la libre constitución de la asociación se adiciona la libertad de ingreso a ella y la libertad de salida, para completar el cuadro básico de la libertad constitucional.

## EL TC Y EL DERECHO A LA PROPIA IDENTIDAD SEXUAL: A PROPÓSITO DEL CASO PAMELA ESTELA

### I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Este tópico, sea tal vez sea el punto más neurálgico que haya abordado el Tribunal Constitucional en materia de derecho a la identidad, ya que recientemente ha resuelto un caso emblemático y controversial, contenido en la STC N° 00139-2013-PA/TC, a través del cual con 4 votos de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Calle Hayen y Álvarez Miranda, declaró infundada una demanda de amparo interpuesta por Pamela Estela M.M. contra Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC, donde solicitaba el cambio registral en su Documento Nacional de Identidad y en la partida de nacimiento, de su sexo ( de masculino a femenino) por padecer de disforia de género (transexualidad); y existió 2 votos en minoría de los magistrados Gerardo Eto Cruz y Carlos Mesías que opinaron por declarar fundada la demanda antes referida; lo que evidencia lo controversial del caso incluso a nivel del máximo intérprete constitucional. En la referida jurisprudencia se estableció la proscripción a los transexuales de solicitar el cambio de datos registrales respecto al sexo, lo que evidenciaría un retroceso en el reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales, e incluso dicha sentencia va mucho más allá al determinar en forma expresa el carácter de doctrina vinculante de los argumentos expuestos en el mismo, lo que vincularía a todos los jueces ordinarios y constitucionales a tratar de manera igual los casos similares; en suma a denegar cualquier pedido de cambio de sexo. Es

por ello que estas líneas pretenden realizar una reflexión en conjunto de esta realidad y examinar los derechos constitucionales vinculadas al tema, para cuestionar la sentencia citada y encontrar así una respuesta constitucionalmente válida a una realidad innegable.

Partimos de la premisa que en nuestra sociedad impera el sistema democrático constitucional, la que está en pleno desarrollo, es en este proceso justamente que el Tribunal Constitucional (en adelante TC) viene jugando un rol gravitante e importante en el fortalecimiento del mismo, ello se da a través de las sentencias progresistas que emiten, donde reafirma el principio jurídico de supremacía constitucional y de la fuerza normativa de la Constitución, así como también por la protección y el desarrollo de los derechos fundamentales que ella reconoce de manera expresa o fáctica, dotándola de una dimensión jurídica y protección. Es en esta tendencia que el Tribunal como máximo intérprete de la Constitución ha introducido contenidos normativos a partir de la interpretación de nuestra Constitución para suplir aquellos vacíos normativos existentes respecto a dramas humanos que claman una respuesta por parte del Estado y que requieren una respuesta.

Por otro lado tenemos que en nuestro sistema jurídico existe un vacío normativo referente al tratamiento legal de la identidad de género, ya que no existe norma jurídica que aborde el tema respecto al cambio de sexo y otros temas relacionados a ellos, pese a que en la realidad se dan conflictos permanentes y repetitivos, siendo los que mayores problemas legales origina, por tanto es innegable que requieren un tratamiento legal específico. Esta situación difiere de otros ordenamientos jurídicos donde con una visión más progresista ha desarrollado este tema a través de normas de desarrollo constitucional referido a la identidad de género, así tenemos Uruguay<sup>(1)</sup>, México<sup>(2)</sup>, España<sup>(3)</sup>,

(1) El Senado uruguayo con fecha 13 de octubre de 2009 aprobó la denominada *Ley 18.620 sobre el Derecho a la Identidad de Género, que permiten el cambio de sexo y nombre*. Ver texto completo en <http://www.impo.com.uy/bancodatos/sexonombre.htm>

(2) Con fecha 13 de enero de 2009, se dieron las modificaciones, adiciones y reformas del Código Civil Federal (art. 134° y 135°), en la cual dispuso que el cambio de nombre y sexo por transexualidad se realice ante el Juez de Familia.

(3) Mediante la Ley 3/2007 del 15 de marzo se expide la llamada *Ley de identidad de Género*, la que constituye una ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al

Italia<sup>(4)</sup>, Reino Unido<sup>(5)</sup>, Argentina<sup>(6)</sup>, entre otros<sup>(7)</sup>. Pese a ello tenemos que estas minorías sexuales vienen exigiendo tutela jurisdiccional efectiva ante los órganos jurisdiccionales, invocando de manera general el reconocimiento de sus derechos fundamentales como la dignidad, identidad, a la salud y desarrollo de la persona, para que se reconozca judicialmente el ámbito de nombre y/o sexo, tal es así que en cuanto a la experiencia peruana hemos encontrado una exigencia judicial que data del año 1975<sup>(8)</sup>. Actualmente la justicia ordinaria (Poder Judicial) ya viene emitiendo fallos progresistas a favor del cambio de sexo y nombre ordenando al Reniec otorgar un DNI a una mujer transexual reasignada<sup>(9)</sup>, pero también existen fallos que lo niegan.

sexo de las personas. Ver texto completo en <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/persona/pf/13-07.htm>

(4) Mediante la Ley N° 164 del 14 de abril de 1982, norma que exige aplicar el procedimiento rectificación de la atribución del sexo y nombre por el que los transexuales soliciten su nueva identidad.

(5) Mediante la Ley de Reconocimiento de Género en el año 2004.

(6) Ley 26.743 (de 2012).

(7) Suecia legisló el 21 de abril de 1972; Alemania, el 10 de septiembre de 1980; Italia, el 14 de abril de 1982; los Países Bajos, el 14 de abril de 1985; y Turquía, el 12 de mayo de 1988.

(8) En esa época don Roberto Beleván había solicitado ante el Primer Juzgado de Primera Instancia de Lima, que se modifique su registro de identidad en cuanto al nombre y género, llamándose Claudia, pedía además que se tome en cuenta que en ese momento físicamente era una mujer, al haberse realizado una operación de cambio de sexo en Estados Unidos, pretensión que desestimada. Ver <http://ahorahistoria.blogspot.com/2007/02/sexualidad-y-registro-historico.html>

(9) Así tenemos algunos precedentes: (i) Sentencia de vista contenida en la Resolución N° 379 emitida por el Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte emitida en el Expediente N° 803-2005, de fecha 27 de octubre de 2006 donde reconoce la identidad sexual de una persona transexual, empero en ella deja en claro la prohibición de contraer matrimonio (ver RAMÍREZ SÁNCHEZ, Félix, “Rompiendo paradigma al cambio de sexo: El inicio de una línea jurisprudencial”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 153, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, pp. 157-180); (ii) La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró el derecho de cambio de sexo del otrora vocalista del grupo roquero “Jas” Sergio Vinicio Cava Goicochea por Fiorella Vicenza Cava Goicochea en el año 2012 (ver diario *El Comercio* 4 de agosto de 2012), (iii) El famoso caso dado en el año 2011, de la famosa Naomi Timoyco que consiguió después de ocho años una sentencia emitida por el Poder Judicial a través del cual reconocía su condición de mujer (ver diario *Perú* 21 de fecha 19 de julio de 2011); entre otros.

Es en esta realidad que el TC también ha emitido ciertas sentencias referidos a los derechos fundamentales del colectivo LGTBI-transsexual (personas con disforia de género), como son la STC N° 023-2003-AI/TC (caso Defensoría del Pueblo) expedida con fecha 9 de junio de 2004, ST N° 2868-2004-AA/TC (caso José Antonio Álvarez Rojas) con fecha 24 de noviembre de 2004, STC N° 0926-2007-PA/TC (caso CFAD) expedida con fecha 3 de noviembre de 2009 y la famosa STC N° 2273-2005-HC/TC (caso Karen Mañuca) de fecha 20 de abril de 2006, pero en ellas solo abordó meridianamente el tema, pero no se pronunció sobre la permisibilidad o no del reconocimiento total de la identidad sexual de los transexuales a través del cambio de sus datos registrales acorde con su orientación sexual, pese a que tuvo la oportunidad para hacerlo sobre todo en el caso Karen Mañuca<sup>(10)</sup>. Es en ese trayecto en el cual han tenido que pasar varios años de emitida la última sentencia al respecto, para que el TC tenga que tratar de manera frontal el tema de estas minorías sexuales referido a la reafirmación de sus derechos al libre desarrollo de su personalidad e identidad, me refiero al caso denominado Pamela Estela<sup>(11)</sup>, transexual que exigió vía amparo a la Reniec que reconozca su condición de “mujer” (pese a que biológicamente es hombre) en sus documentos registrales: partida de nacimiento y documento nacional de identidad; procediendo a emitirse la controversial sentencia STC 0139-2013-PA/TC que deniega dicho derecho.

La importancia que amerita dicho pronunciamiento, es que es el “primer fallo constitucional” donde aborda el derecho de los transexuales a su identidad de género de manera frontal; sin embargo, lejos de seguir la tendencia mundial de los países democráticos de reconocer este derecho a las minorías sexuales, lo ha negado rotundamente. Los efectos de esta

<sup>(10)</sup> En dicha sentencia, el TC empieza a realizar un análisis lógico interesante, sin embargo, parece que este fue recortado en el punto central por desarrollar cómo era la identidad sexual; solo se limitó a reconocer que el nombre y sexo registral que aparecían en las partidas de nacimiento eran dados con fines de identificación en el momento del nacimiento, sin embargo, menciona que el sexo es una cuestión cambiante al reconocer que es una unidad biosicosocial y que en el desarrollo de la personalidad esta se reafirmará y definirá.

<sup>(11)</sup> Por motivos estrictamente constitucionales de salvaguardar el derecho de intimidad de la accionante es que se omitirá nombrar sus apellidos.

sentencia son expansivos e innegables, ya que sus fundamentos tienen el carácter vinculante para todos los jueces del Perú cuando aborden temas similares a los de Pamela Estela, ello debido a que dicha sentencia fue emitida por el máximo intérprete de la Constitución, quien también ha expresado el carácter vinculante de su sentencia de manera expresa, tal como se indica en el punto 2 de la parte resolutive, que a la letra dice: **“Declarar que la presente sentencia constituye doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”**<sup>(12)</sup>. Ello implica que vía jurisprudencia se ha negado el cambio de sexo en el Perú.

Siendo ello así pasamos a hacer un recuento de la historia de esta persona que ha llegado hasta el TC para exigir reconocimiento de su identidad sexual, para luego abordar las instituciones constitucionales vinculadas con el tema, lo que implica auscultar en un terreno de arenas movedizas, nada pacífico, y finalmente esbozar algunas reflexiones respecto a la sentencia emitida por el máximo intérprete de la Constitución y sus falencias argumentativas.

## II. UN DRAMA HUMANO: EL CASO JORGE LUIS (PAMELA ESTELA) Y UNA SENTENCIA POLÉMICA

Esta es una historia como la de otros transexuales, que pretenden derribar las dicotomías clásicas existentes a través de una larga batalla legal, para lograr así el reconocimiento judicial de su cambio de sexo, con el que se identifican plenamente; sin embargo y a efectos de respetar la intimidad de dicha persona, vamos a referirnos a ella por sus iniciales, dejando en claro que los datos han sido extraídos del Expediente N° 423-2010-JC1, tramitado en el Juzgado Civil de la Provincia de San Martín la cual se encuentra en estudio en el Tribunal Constitucional.

<sup>(12)</sup> **Art. VI del T.P. del Código Procesal Constitucional.**- “ (...) Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.



El relato es el siguiente: Jorge Luis M. M., nació en Lima, y pese a tratarse fisiológicamente de un varón, siempre tuvo inclinación a sentirse como una mujer, sensación que tuvo desde la infancia, lo que originó muchas insatisfacciones, burlas y marginaciones sociales, motivo por el cual se fue a vivir a España, en donde se sometió a una serie de exámenes, acudiendo a la clínica Mediterránea (España), específicamente con el doctor Iván Mañero Vázquez, cirujano plástico y estético de la Unidad de Género de dicha clínica, donde luego de evaluación minuciosa (psicológica) le diagnosticó transexualismo o disforia de género; por ello, se sometió a una operación de cambio de genitales externos y vaginoplastia cutánea peneana –denominado reasignación sexual– y poder superar esta patología. Paralelamente a ello se sometió a un tratamiento hormonal, lo que conllevó a llevar una vida normal como mujer.

Años después adoptó la nacionalidad española, y debido a que la legislación del referido país, permite cambiar de nombre, realizó los trámites correspondientes registrando su nombre al de Pamela Estela M. M, obteniendo documentación española como tal; sin embargo, al acudir al Perú, se enfrentó con otra realidad, ya que tenía que utilizar su pasaporte español para que pueda hacer respetar su opción sexual; hecho que originó que acudiera en busca de tutela jurisdiccional efectiva, solicitando con fecha 18 de marzo de 2008, ante el Juzgado Civil de la Provincia de San Martín, el cambio de prenombre en su partida de nacimiento de Jorge Luis a Pamela Estela, la misma que fue declarada fundada a través de la sentencia contenida en la resolución N° 18 de fecha 20 de octubre de 2009 (Expediente N° 2008-0104-JC)<sup>(13)</sup>, que fue ejecutada disponiendo el cambio de su nombre de pila en su partida de nacimiento y en su documento de identidad, de Jorge Luis a Pamela Estela.

Seguidamente inició otra acción vía tutela de urgencia (amparo) de reconocimiento de su identidad plena ante el mismo Juzgado Civil de la Provincia de San Martín, originando la tramitación del Expediente Judicial N°

<sup>(13)</sup> Dicha sentencia fue publicada y comentada por RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael, “El cambio de nombre en el caso de los Transexuales la manifestación del derecho a la identidad personal”, en *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 139, abril de 2010, pp. 165 y ss.

423-2010-00-2808-JR-CI-01, acción que la dirige contra Reniec, peticionando su cambio de datos registrales sexuales de masculino a femenino en su partida de nacimiento y documento de identidad nacional<sup>(14)</sup>. Esta nueva acción se inicia el 23 de agosto de 2010, luego de la cual se emite una sentencia declarando fundada la acción de amparo y disponiendo el cambio de sexo de la accionante, siendo apelada. La Sala Mixta Descentralizada de San Martín revocó la misma y modificándola la declaró improcedente arguyendo que no es la vía idónea para debatir el tema de cambio de sexo, ya que existe otra vía igualmente satisfactoria. Ante ello Pamela Estela interpone un recurso de agravio constitucional, el mismo que fue concedido y fue resuelto por el Tribunal Constitucional, mediante la STC 0139-2013-PA/TC, la misma que fuera publicada en la página web de dicho organismo constitucional el día 5 de mayo de 2014, que declara infundada la demanda.

El Colegiado precisó entre sus fundamentos que Pamela Estela no presenta un caso de intersexualidad o hermafroditismo que, al momento de registrar su sexo en su partida de nacimiento, haya ocasionado un error que deba ser rectificado. Se trata de una persona transexual, es decir, de alguien que muestra una incongruencia entre lo psíquico y lo orgánico en relación a su sexo, constituyendo un trastorno de la personalidad y del comportamiento. A juicio del TC, la pretensión de la parte demandante puede identificarse con aquellas tendencias que intentan romper con el modelo que afirma que el Derecho debe proteger jurídicamente lo que viene dado por la naturaleza humana, para ir hacia un modelo conforme al cual el género es siempre construido culturalmente y no debe respetar necesariamente la naturaleza. Se trata, pues, de una discusión filosófica-jurídica sobre los modelos que adopte el ordenamiento jurídico en las relaciones entre naturaleza y cultura, biología y Derecho, que no está cerrada. Es en ese sentido –para el Tribunal– mientras no haya certeza científica de que la cirugía transexual es el tratamiento más eficaz para el transexualismo y que, realizada ella, debe prevalecer legalmente el sexo psicológico sobre el biológico, el Derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico (aspecto estático), que “también

<sup>(14)</sup> La demanda fue presentada el 23 de agosto de 2010.

según la ciencia” es indisponible y con el cual el ordenamiento constitucional distingue los sexos en función de “*la naturaleza de las cosas*” (artículo 103 de la Constitución).

Seguidamente a ello, el Tribunal advierte –según su criterio– los efectos de declarar fundado un pedido de esta naturaleza, que implicaría admitir el matrimonio de personas del mismo sexo, lo que acarrearía introducir en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, incurriendo en un activismo judicial que contravendría los principios de separación de poderes y de *corrección funcional*, pues tal matrimonio –en razón de comprometer toda una concepción del Derecho de familia que configura el Derecho civil– debe ser ampliamente debatido por los ciudadanos y los congresistas como sus representantes. Contrario a su razonamiento, señala el Tribunal Constitucional, que el derecho a la identidad de Pamela Estela se encuentra debidamente protegido con el cambio de prenombre de Jorge Luis al prenombre femenino de Pamela Estela, ya que en anterior sentencia había aceptado dicha situación (STC 2273-2005-PHC/TC). En suma, afirma el TC, que sí se puede cambiar el prenombre por transexualidad, pero no puede cambiarse el sexo, lo que constituye una incoherencia argumentativa, lo que no hace más que probar la subjetividad con que se trató este tema.

En otro sentido, tenemos los votos de la minoría (voto de los magistrados Eto Cruz y Mesías Ramírez) que emitieron dicho fallo, y opinaron por declarar fundada la demanda, sosteniendo que, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existen diversas fuentes normativas que efectúan el reconocimiento de otros elementos distintos al biológico en la conformación de la identidad sexual (entre otros, el CEDAW, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU y la Corte Interamericana de Derechos Humanos), es decir, reconocen a la “identidad de género” como una identidad conformada por elementos distintos al biológico (psicológicos, sociales y culturales). En ese sentido, los magistrados disidentes argumentaron que el derecho fundamental a la identidad posee una faceta *estática*, es decir, que no cambia con el devenir del tiempo, pero también una faceta *dinámica*, aquella que cambia de acuerdo a la evolución y maduración de la persona; y que, en tal perspectiva, la autonomía moral del sujeto solo puede ser

respetada si el ordenamiento jurídico admite el reconocimiento de su identidad tal y como esta es experimentada y vivida por el sujeto, y no conforme es impuesta por la sociedad; pues de lo contrario, no solo se perjudicaba la identidad del demandante, sino también su dignidad como persona. En tal sentido, establecieron que la demanda debió ser declarada fundada, tal es así que contradice los fundamentos más importantes de la mayoría.

Nosotros compartimos la posición de la minoría emitida en dicha sentencia, por lo cual pasamos a explicar los fundamentos de nuestro criterio y establecer las debilidades argumentativas de la mayoría del TC respecto a este tema.

### III. DEFINIENDO EL FENÓMENO DE LA TRANSEXUALIDAD

Como primer orden debemos empezar definiendo el fenómeno de la transexualidad, para lo cual evocamos lo afirmado por Carlos Gherzi, quien señala que cada ser humano existe como hombre o como mujer, y vive como una persona de un género, sin embargo, la determinación sexual se establece por diversos elementos que van desde lo estrictamente genético y los caracteres exteriores; pasando por lo fisiológico, como las hormonas sexuales y llegan a lo psicológico, lo social y lo jurídico<sup>(15)</sup>.

Pero encontramos que existen personas que buscan su identidad sexual, en la medida en que experimentan disconformidades entre los elementos antes citados, produciéndose una diversidad de tipos isosexuales: homosexuales, hermafroditas, travestis y transexuales, pero nuestra sociedad impone la interiorización de la heteronormatividad: hombre y mujer, y cualquier forma de identidad sexual diferente, supone muchas veces la marginación, exclusión y el rechazo de estas personas por parte de la sociedad, postergación que muchas veces también parte del mismo Estado, al tener una actitud omisiva de legislar al respecto o de negar su reconocimiento a nivel judicial o administrativo, provocando que estas personas vivan un ostracismo social y jurídico.

(15) Ver GHERZI, Carlos A., *Derechos Fundamentales de la Persona Humana*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 165.

Volviendo al tema que nos convoca, pasamos a definir a estas minorías sexuales, a las que denominamos “transexuales”, quienes en términos psiquiátricos padecen de lo que se llama disforia de género, conocido también como trastornos de identidad sexual, ello en referencia a las personas que experimentan un malestar persistente por su sexo y provocado por la desazón clínica en las distintas áreas de la vida. Pese a ello resulta necesario aclarar que la transexualidad, así como la homosexualidad, heterosexualidad, o el celibato no pueden ser considerados enfermedades, o una anomalía que debe ser curada o combatida, o un delito; por el contrario, son opciones sexuales legítimas, cuya decisión corresponde única y exclusivamente al fuero íntimo y subjetivo de la persona<sup>(16)</sup>.

La transexualidad es definida como “un síndrome caracterizado por el hecho que una persona, que desde el punto de vista del genotipo y fenotipo, es clasificada legalmente dentro de un determinado sexo, sin embargo, tiene conciencia de pertenecer al sexo opuesto. O mejor dicho de vivir a la manera que lo hacen los sujetos del género contrario. El transexual tiene un profundo sentimiento de pertenecer al otro sexo, no obstante ser una persona normal desde una perspectiva genética y morfológica”<sup>(17)</sup>.

La Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición, más concretamente el Grupo de Trabajo sobre trastornos de Identidad de Género, afirma:

“Los y las transexuales tienen la convicción de pertenecer al sexo opuesto al que nacieron, con una insatisfacción mantenida por sus propios caracteres sexuales primarios y secundarios, con un profundo sentido de rechazo y un deseo manifiesto de cambiarlos médica y quirúrgicamente. Desde la infancia su identidad mental es distinta a su fenotipo genital. Son mujeres que se sienten ‘atrapadas’ en el cuerpo de un hombre, y hombres que se sienten

<sup>(16)</sup> Ver fundamento 23 del voto del magistrado Mesía Ramírez en la STC Exp N° 00926-2007; así como también la STC N° 02868-2004-AA/TC.

<sup>(17)</sup> Ver PATTI, Salvatore y WILL, Michael R., *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Cedam, Padua, p. 12, citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, Edit. Universidad de Lima, 1990, p. 212.

‘atrapados’ en el cuerpo de una mujer; sin trastornos psiquiátricos graves que distorsionen la percepción de la realidad, que necesitan ser aceptados legalmente en el género elegido”<sup>(18)</sup>.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos aclara respecto al transexual: **“Una persona que pertenece físicamente a un sexo pero que siente el pertenecer a otro, y para acceder a una identidad más coherente y menos equívoca se somete a tratamientos médicos o a procedimientos quirúrgicos, a fin de adaptar sus caracteres físicos a su psiquismo. Tales intervenciones nunca otorgan todos los caracteres del sexo opuesto al de origen”**<sup>(19)</sup>.

De lo desarrollado, se pueden extraer las características de este fenotipo de personas, las cuales están marcadas por una incontrolada aspiración a modificar quirúrgicamente su propio sexo somático —que le resulta intolerable— a través de la intervención quirúrgica de reasignación sexual<sup>(20)</sup>, para posteriormente exigir el reconocimiento jurídico de la transformación hecha, a través de la modificación de sus datos en sus documentos oficiales, donde se consigne el nombre y sexo con el cual se identifican plenamente.

Ello se produce por la necesidad de corregir la disociación existente entre el sexo biológico, con el psicológico y muchas veces con el social; ello conlleva a la búsqueda por parte de esta minoría sexual de reconstruir la identidad sexual dada y presupuestada (heterosexualidad obligatoria) y nombrar y expresar su diferencia para construir su identidad sexual propia —la que se aparta muchas veces de la norma—.

<sup>(18)</sup> Ver [www.symposion.com/ijt/soc-01/index.htm](http://www.symposion.com/ijt/soc-01/index.htm).

<sup>(19)</sup> Sentencia emitida por la Corte Europea de Derechos Humanos: 2/1985/88/135, Rees vs The United Kingdom, párrafo 38, 17/10/86).

<sup>(20)</sup> Es un proceso médico que implica varias intervenciones quirúrgicas y se inicia con el tratamiento hormonal (proceso de hormonación), que idealmente debe suprimir los caracteres sexuales secundarios del sexo original e inducir los del sexo opuesto lo más completamente y rápidamente posible; luego del cual se pasa por un tratamiento psicológico y sexológico, terminando con las intervenciones quirúrgicas, realizadas por especialistas en ginecología, urología y cirugía plástica. Ver RUBIO ARRIBAS, Javier, “¿El Tercer Género?: La transexualidad”, en AA.VV., *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas Nómadas*, N° 17, 2008-1.



El Tribunal Constitucional en la sentencia bajo comentario (STC 139-2013-PA/TC) también reconoce a la transexualidad como un transtorno de la personalidad, invocando en el considerando 13 el concepto otorgado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), definiéndolo como el deseo del individuo de vivir y ser aceptado como un miembro del sexo opuesto, que suele acompañarse de sentimientos de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico propio [cfr. *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems* (ICD-10), F64.0]; sin embargo, lo trata de manera errónea como un problema mental, que debe ser tratado a nivel psicológico; pese a que ello, no es cierto, ya que el transexual no es una persona anormal psicológicamente hablando, es una persona normal que busca un reconocimiento de su propio “yo” como unidad biopsicosocial.

En este acápite resulta necesario hacer una diferenciación técnica, entre los denominados transexuales y homosexuales, a efectos de no incurrir en errores terminológicos, ya que estos últimos se relacionan sexual y afectivamente con personas de su mismo sexo; sin embargo, a diferencia de los primeros (transexuales), se encuentra conforme con el aspecto somático y físico que ostenta, estando conforme con su aspecto fisiológico. El rasgo igualitario entre ambos es que tienen dignidad y derecho a ser considerados persona humana.

Hasta lo aquí llegado, podemos inferir que un transexual, al igual que un heterosexual hombre o mujer, tienen el derecho a que se respete su opción sexual y al respeto de su dignidad de ser humano. Así lo ha entendido el mismo Tribunal Constitucional en la STC recaída en el Exp N° 2868-2004-AA/TC, fundamento 23, donde aclara:

“Respecto al primer asunto, el Tribunal debe destacar que, de conformidad con el artículo 1° de la Constitución, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. En ese sentido, el respeto por la persona se convierte en el *leit motiv* que debe informar toda actuación estatal. Para tales efectos, la Constitución peruana no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales; tampoco en función del sexo que pudieran tener. Se respeta la dignidad de la persona.

El carácter digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde por el hecho de que se haya cometido un delito. Tampoco por ser homosexual o transexual o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría.” (El subrayado es nuestro)<sup>(21)</sup>

Sin duda, las personas con disforia de género, homosexuales, hermafroditas, isosexuales, tienen el mismo derecho que un heterosexual, en cuanto a ser tratados como personas con dignidad y al reconocimiento de su identidad plena, no pudiendo hacer diferenciaciones o tratos irrazonables.

#### IV. EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL Y SU RELACIÓN CON LOS DATOS REGISTRADOS EN LOS DOCUMENTOS DE IDENTIFICACIÓN DE TODA PERSONA

El ser humano, como sujeto individual, único e irreplicable, merece una tutela unitaria e integral de sus derechos, lo que no impide que el ordenamiento jurídico proteja distintos intereses o atributos que hacen a esa personalidad como su libertad e identidad personal, sexual, religiosa, etc.

Es así que entre los derechos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial **el derecho a la identidad personal**, la misma que está consagrada en el inciso 1) del artículo 2° de nuestra Constitución Política, la que es definida por el ilustre jurista Carlos Fernández Sessarego, como

“(…) **el conjunto de atributos y características, tanto estáticos como dinámicos, que individualizan a la persona en sociedad. Se trata de todos aquellos rasgos que hacen posible que cada cual sea ‘uno mismo’ y ‘no otro’.**(…) “En síntesis –aclara el autor–” **se puede decir que la identidad es el**

<sup>(21)</sup> En igual sentido se expresa Germán Bidard Campos, al señalar: “Hay que arrancar firmemente de un principio axial: el de que la persona humana es un ser con dignidad, también cuando es transexual. La dignidad personal prevalece sobre la sexualidad: ser persona se antepone a ser varón o a ser mujer; también a ser transexual” (“El sexo, la corporeidad, la psiquis y el derecho: ¿Dónde ésta y cuál es la verdad?”, en *Derecho de Familia*. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, N° 21, pp. 173-175).

***bagaje de características y atributos que definen la 'verdad personal' en que consiste cada persona***<sup>(22)</sup>.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la STC recaída en el caso emblemático de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, Expediente N° 2273-2005-PHC/TC, en su fundamento 21, la que pasamos a describir:

“[El derecho a la identidad] es entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)”.

Queda claro, entonces, que el derecho a la identidad no es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es; en otras palabras, el derecho a la proyección y reconocimiento de la autoconstrucción personal<sup>(23)</sup>; por lo que la identidad se construye de manera permanente en todo el existir del ser humano.

De lo anterior se puede colegir que la identidad constituye un concepto **unitario**, que está compuesto de dos vertientes: los *elementos estáticos* que no cambia con el transcurso del tiempo; y la otra, los *elementos dinámicos*, la que varía según la evolución de la persona y la maduración personal.

Ambos elementos tienen protección constitucional, por ser las formas de manifestación del derecho de identidad; empero, todos ellos deben estar interrelacionados y no pueden contradecirse, por tanto, el derecho

(22) Ver AA.VV., *La Constitución Comentada*, T. I, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 20.

(23) Ver SIVERINO BAVIO, Paula, “El derecho a la identidad personal: manifestaciones y perspectivas”, en AA.VV., *Los derechos fundamentales: Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*, Edit. Gaceta Constitucional, Lima, 2010, p. 60.

debe de protegerlos y garantizar sus manifestaciones, reconociéndolo en toda su plenitud. Ergo, los datos contenidos en la partida de nacimiento o documento nacional de identidad (nombre, sexo, etc.) deben reflejar tal cual es la persona, sin desnaturalizarlo, alterarlo o desfigurarlos; de lo contrario, devendría una manifiesta transgresión al derecho de identidad en su plenitud.

No olvidemos que los datos personales que se registran en nuestros documentos registrales e identificatorios, son por fines de identificación social y jurídica, documentos contenidos en las partidas de nacimiento, documento nacional de identidad, entre otros; sin embargo, dichos documentos deben reflejar o materializar la identificación plena de la persona y su identidad personal, en términos sencillos su verdad real. Así lo expresa José Saramago, en su artículo “Sin papeles”, escrito en el diario *El Mundo* (04.12.1998- Argentina):

*“La identidad de una persona consiste, simplemente, en ser, y el no ser no puede ser negado. Presentar un papel que diga cómo nos llamamos y dónde y cuándo nacimos es tanto una obligación legal como una necesidad social. Nadie, verdaderamente, puede decir quién es, pero todos tenemos derecho de poder decir quiénes somos para los otros. Para eso sirven los papeles de identidad (...) La ley está para servir y no para ser servida. **Si alguien pide que su identidad sea reconocida documentalmente, la ley no puede hacer otra cosa que no sea registrar ese hecho y ratificarlo.** La Ley abusará de su poder siempre que se comporte como si la persona que tiene adelante no existe. Negar un documento es, de alguna forma, negar el derecho a la vida”.*  
(El subrayado es nuestro)

Ello implica claramente que si el “yo real” cambia durante el desarrollo de la vida, los datos identificatorios, a través de los cuales se manifiestan, no pueden resistirse a ser modificados, o, mejor dicho adecuados, a efectos de garantizar su autoconstrucción plena; en esta lógica, tanto el nombre como el sexo que se registra en los documentos de identidad (partida de nacimiento, documento nacional de identidad, libreta militar, etc.) tiene una relación

directa con la identidad sexual de la persona y que por tanto puede variarse, porque no puede desconocer la personalidad e identidad que ostenta una persona en un momento determinado de su vida; lo contrario sería negarles a dichas personas ser ellas mismas y vetarles todo desarrollo personal.

## V. EL SEXO COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA Y AL LIBRE DESARROLLO DE SU PERSONALIDAD

Hoy en día, resulta de importancia reconocer al “sexo” como un elemento que permite también identificar al ser humano y distinguirlo de los demás, tal es así que aparece registrado tanto en la partida de nacimiento, como posteriormente en el documento nacional de identidad, he ahí que radica su importancia. En ese sentido, el Tribunal lo aclara en la sentencia 0139-2013-PA/TC en su fundamento 4, al indicar: “Queda claro que el sexo forma parte de la identidad de la persona y, como tal, debe quedar correctamente constatado en el Registro del Estado Civil en donde se inscriben los nacimientos (cfr. artículo 44, inciso “a”, de la Ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, en adelante LORENIEC)”. Lo cierto es que esta posición científica asumida por el Tribunal Constitucional no fue sustentada en estudios al respecto, ello debido a que es una teoría desfasada a nivel mundial, ya que solo reconocería al ser humano como ente material y no psíquico, contraviniendo a la misma naturaleza humana, que es una unidad biopsicosocial.

En un inicio se pensó que el sexo era solo un elemento estático de la personalidad del ser humano, al hacer referencia al sexo biológico o cromosómico al momento de registrar el suceso del nacimiento, no aceptando otra posición al respecto, criterio que ha sido acogido por la mayoría del TC en el Exp. N° 0139-2013-PA/TC, al indicar en su fundamento 5, que señala “Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el *sexo biológico*, el *sexo cromosómico* o *genético* instaurado en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino: cromosomas XX (femenino), cromosomas XY (masculino). La diferencia entre los sexos responde, pues, a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en

‘la naturaleza de las cosas’ (artículo 103 de la Constitución), y en tanto que la ciencia aporta que el sexo cromosómico no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el individuo”.

Sin embargo, actualmente y desde un enfoque multidisciplinario, existe una posición distinta, en cuanto a que el sexo es dinámico, ya que se da en el transcurso del desarrollo de la persona y no en el nacimiento, ello referido a la peculiar actitud que asume la persona en sociedad (sexo social), a los hábitos y comportamientos (sexo psicológico), los que pueden incluso diferir del sexo cromosómico. Esto implica que el sexo es un todo, y que la autodeterminación de la persona es lo que define el sexo de todo ser humano, la que debe coincidir con los demás elementos que permiten identificarla como es el caso del prenombre; por tanto, debe consignarse registralmente en los documentos de identidad dichos elementos reales, ya que ambos: sexo y nombre son parte de la identidad de toda persona.

Este concepto de la dinamicidad del sexo, vista de una manera integral, es compartido por la doctrina; así tenemos por ejemplo lo expresado por Jairo Cieza Mora, quien en igual sentido afirma:

“Tenemos entonces, que la identidad personal en su aspecto dinámico ya que no se está refiriendo solamente la individualización normativa de la persona sino a aquel conglomerado vivencial ideológico con que el sujeto se siente identificado plenamente y que debe *coincidir con su asignación o atribución normativa*, es decir el nombre”<sup>(24)</sup>.

<sup>(24)</sup> En su artículo “El cambio de sexo y el derecho a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Peruano”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 100, Año 12, Gaceta Jurídica, 2007, p. 107. Entre otros autores tenemos: NETTER, Frank H., *Sistema Reproductor*, Tomo II, 2000, p. 267; LÓPEZ, Félix, “La adquisición del rol y la identidad sexual: función de la familia”, en *Revista Infancia y Aprendizaje*, 1984, elaborado por la Universidad de Salamanca. España; pp. 65-75; QUIÑONES ESCAMEZ, Ana, “Derecho Comunitario, Derechos Fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿Un orden público Europeo armonizador? (a propósito de la SSTJCE, asunto K.B. y García Avello)”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 8, número 18, mayo-agosto 2004, pp. 519-522; CANO ONCALA, Guadalupe y otros, en *La Construcción de la identidad de género en pacientes Transexuales*, Gender Identity Construction in Transsexual patients, en <http://documentación.aen.es/pdf/revista->

En igual sentido, la jurisprudencia emitida por el propio Tribunal Constitucional estableció dicha característica respecto al sexo, específicamente en la STC Exp. N° 2273-2005-PHC/TC – Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, al indicar en el considerando 15:

“[El sexo] Es la identificación que se asigna al recién nacido y que lo ubica en el género masculino o femenino. El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, registral y social, los mismos que interactúan en el sujeto de tal forma que lo configuran. Al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico, ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse”.

Es así, concebido el sexo como una unidad biopsicosocial, esta forma parte de la identidad de la persona, dejando en claro que de existir contradicciones entre el sexo cromosómico, psicológico, físico y social (disforia de género), **es la persona quien decide libre y voluntariamente a qué sexo pertenecer; es lo que se denomina el derecho de autodeterminación sexual, y lo que tiene que hacer el Estado y la sociedad es respetar dicha decisión y reconocerlo a través del denominado sexo legal.**

Nos resulta extraño entonces que el TC en la STC N° 0139-2013-PA/TC haya dado una interpretación distinta a la sentencia citada del caso Karen Mañuca, para indicar que no dijeron lo que dijeron en dicha jurisprudencia, al olvidar que indicaron que el sexo constituye todos los aspectos físicos, psicológicos, sociales y que interactúan, “el cual se desarrollará, en el transcurso de la vida”, y por el contrario, argumentaron una tesis distinta, invocando más bien que lo que dijeron en esa sentencia fue la indisponibilidad del sexo por parte de la persona, debido a que es –según indicaron– un dato inmodificable, y más bien expresaron en la sentencia Kareem Mañuca solo se autorizó el cambio de nombre, pero se mantuvieron perennes los

aen/2004/revista-89/la-construccion-de-la-identidad-de-genero-en-pacientes-transexuales.pdf; y FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, en AA.VV., *La Constitución Comentada*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 22.

demás datos identitarios en tanto conciben al sexo como un dato estático (ver fundamento 7 de la sentencia), lo cual no es cierto. En este punto, tenemos que la minoría en la sentencia N° 0139-2013-PA/TC precisó este error de la mayoría, al indicar:

“Por si esto fuera poco, la única premisa autoritativa en la que se basa la sentencia en mayoría es abiertamente errónea. Dicha premisa es la que afirma que el Tribunal Constitucional peruano en la STC 2273-2005-PHC/TC reconoció que el único elemento a considerar en la definición de la identidad sexual es el sexo biológico, lo que le llevó a formular la doctrina de la indisponibilidad del sexo por el sujeto. Esta afirmación es simplemente falsa, pues el Tribunal Constitucional en la referida sentencia ni dijo que el sexo biológico era la única dimensión de la identidad sexual relevante, ni formuló ninguna doctrina de la indisponibilidad del sexo”.

Lejos de lo incongruente de la sentencia bajo comentario, sustentamos la tesis distinta, que propugna que el sexo es un dato identificario cambiante, para ello invocamos, lo dicho por la minoría del TC en dicha sentencia en su voto discordante, que aclara un concepto más amplio y habla de género, así indica:

“17.- En efecto, aunque tradicionalmente se ha asumido que la identidad del individuo se define en base al sexo anatómico, lo que queda recogido en el documento nacional de identidad a través del dato ‘sexo’, es preciso advertir que el desarrollo del concepto de género permite precisar mejor el objeto de protección del derecho a la identidad. La identidad de género, en tanto componente esencial del individuo, no se conforma solo a partir del hecho físico de la constitución biológica de la persona, sino que se completa, con otros elementos como los aspectos psicológicos, sociales o culturales de representación del género dentro de la sociedad. Así, el niño con su desarrollo se ‘identifica’ como *varón* o como mujer, no solo a partir de su sexo biológico, sino tal y como va interiorizando: estos constructos de género en su subjetividad. Su identidad, en este ámbito, se va integrando entonces no solo con el sexo anatómico o con el dato registral asignado, sino con la

identificación que asume con la representación social del género masculino o femenino.

Desde esta perspectiva, la identidad de género *no es un elemento de identificación estático del individuo, sino que al constituir una representación subjetiva marcada por el contexto social, se define como un elemento de identificación dinámico*, en el cual se integran poderosamente, además del dato biológico, elementos de caracterización psicológica, social y cultural. Así, la vestimenta, los modales y los roles de género, comúnmente asignados a uno de los sexos de modo exclusivo, se han ido compartiendo o intercambiando con el otro sexo en el curso del tiempo así como la expresión misma de masculinidad o femineidad ha ido variando según los valores que cada sociedad ha querido expresar en un momento determinado”.

Esta tesis se consolida con el Dictamen realizado por el *Comité de Bioética Ad Hoc de la Asociación de Genética Humana de Argentina*, al realizar un informe solicitado por el Juez del Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 01 – La Plata, Dr. Pedro Federico Hooft, ante una demanda de un ciudadano argentino en la que solicitó vía amparo la autorización judicial para la realización de una intervención quirúrgica femineizante y la correspondiente rectificación de su documentación personal sustituyendo los prenombrados masculinos “R.F.” por el prenombre femenino “F”<sup>(25)</sup>; en la que opinaron por la procedencia de la solicitud de dicho amparista, en concordancia con diversas constancias de procesos, informe del

<sup>(25)</sup> Invocamos el caso emblemático argentino, dejando en claro que este se dio cuando en Argentina no existían normas que regulen el cambio de nombres y sexo de homosexuales, transexuales o hermafroditas. Hoy en día como lo hemos afirmado líneas arriba, tiene una regulación propia Ley 26.743 (de 2012), la cual es considerada como muchos la más progresista en este ámbito. En ella permite a una persona transexual mediante un procedimiento administrativo registrar y obtener una nueva partida de nacimiento con el prenombre y sexo femenino o masculino, bastando solo el consentimiento libre y voluntario de la persona y la publicidad registral para que una persona legalice su identidad de género, pudiendo aplicarse incluso a los menores de 18 años.

que cabe extraer en síntesis las siguientes consideraciones conducentes a una justa decisión jurisdiccional, a saber:

- a) que se trata de una conducta autorreferente, y por ello debe darse preeminencia al principio de autonomía personal, al derecho personal a la dignidad,
- b) en el reconocimiento del derecho a la libertad humana y la identidad, y
- c) que el concepto de sexo implica una realidad compleja, que el concepto de género es una construcción cultural.

Seguidamente, concluye dicho informe señalando: “Cumplimos los pasos del reconocimiento por parte de los profesionales especializados acerca de su autonomía, y comprobado por ellos el consentimiento informado, la decisión de la persona de solicitar su cambio de sexo es para la bioética una decisión de respeto hacia la persona que solicita adecuación de sexo a una identidad de género clara, visible y aceptada por los demás. Priorizamos así su libre voluntad de la persona de integrar identidad de género, biológica y legal, ya que desde lo cultural y convivencial social, es una realidad y una legítima posición que hace a la dignidad de la persona” (el subrayado es nuestro)<sup>(26)</sup>.

Sin duda, el sexo de la persona constituye una expresión del derecho a la identidad de la persona ya que permite distinguir e identificar del entorno social, por tanto su reconocimiento por parte del Estado constituye una obligación y debe respetar la autonomía de las personas (autodeterminación

<sup>(26)</sup> Al respecto la Corte de Casación Francesa, ajustando su criterio al de la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó *“no posee más todos los caracteres de su sexo de origen y ha tomado una apariencia física que lo aproxima al otro sexo, al cual corresponde su comportamiento social; el principio de respeto a la vida privada justifica que su estado civil indique en lo sucesivo el sexo del cual ella tiene la apariencia”* (Julio César River: “Transexualismo: Europa condena a Francia y la Casación cambia su jurisprudencia: en ED 151-915). Cit. por CIFUENTES, Santos, “Solución para el pseudohermafroditismo y la transexualidad”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año II, N° 3, Edit. Gaceta Editores, Lima, 1996, p. 204.



libre y voluntaria) en cuanto a la decisión que tome sobre sí misma y en referencia a su sexualidad, sobre todo de las personas transexuales, debiendo permitirse su reconocimiento legal, ya que es parte de su “yo personal”.

Pero el sexo no solo está ligado al derecho a la identidad de la persona, sino también al derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual está reconocido en el artículo 2.1 de la Constitución, que garantiza la capacidad de cada persona para estructurar su vida personal y social (desenvolver su personalidad) con plena libertad y autonomía moral, es decir, se garantiza la libertad de decisión que tenga cada persona sobre su proyecto de vida. Al respecto, tenemos lo indicado por la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia T-594/03 que afirma: **“La esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. En fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y el orden público”**.

Ello hace concluir que el sexo con el cual se identifican los transexuales constituye también una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, debiendo ser reconocidos como tales, por ser parte de su proyecto de vida, y a través del cual se desarrollarán de manera plena; lo contrario sería desconocer su propio ser y su desarrollo personal como ser humano.

## VI. LOS TRANSEXUALES TIENEN EL DERECHO AL CAMBIO DE SEXO EN NUESTRO SISTEMA LEGAL

En el Perú, no existe norma alguna que aborde el tema respecto al cambio de sexo, sin embargo, pensamos que dentro del Estado Constitucional de Derecho y a la luz de los principios y derechos constitucionales analizados líneas arriba, se debe suplir dicha ausencia normativa, creando una norma vía interpretación constitucional para el caso concreto en función de la defensa de la persona humana, partiendo de los derechos a la identidad sexual y al libre desarrollo de la personalidad que tienen los

transexuales, ello conlleva a determinar, bajo nuestra óptica neoconstitucional (que se funda en el principio de supremacía constitucional y de la aplicación inmediata de la norma constitucional en un caso concreto), que se debe aceptar el cambio de datos registrales a través del reconocimiento de su “verdad personal”, otorgándole la oportunidad de ser un ser libre y permitirle un desarrollo personal más óptico: el de ser realmente un hombre o mujer, tal y como se desarrolla social y psicológicamente, según su propia determinación personal.<sup>(27)</sup>

En igual sentido, lo exige el tercer principio de Yogyakarta (principio sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual e identidad sexual), que señala claramente:

“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género”, recomendando que los Estados adopten las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole (jurisdiccionales) que sean necesarias a fin de asegurar que existan procedimientos mediante los cuales todos los documen-

<sup>(27)</sup> Cit. por RAMÍREZ SÁNCHEZ, Félix, “La Adecuación del prenombre como concretización del derecho a la identidad sexual”, en AA.VV., *Los Registros y las Personas: Dimensiones jurídicas contemporáneas*, RENIEC, Lima, 2010, p. 862.

tos de identidad emitidos por el Estado, que indican el género o el sexo de una persona—incluyendo certificado de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos— reflejen la identidad de género profunda que la persona define por y para sí.

De ello se colige que la respuesta que debe dar el Estado, en el ámbito jurisdiccional, es permitirle el cambio de sexo y de nombre, como una medida amplia, completa y sobre todo razonable, la cual se sustenta en la aplicación inmediata del derecho a la identidad personal, desarrollo personal y dignidad, reconocido en nuestra Constitución Política; máxime si como se advirtió líneas arriba, el nombre o el sexo (género) debe coincidir con la identidad sexual de la persona; ya que la identidad personal es una sola.

Pensamos que es un error la sentencia 0139-2013-PA/TC al negar el derecho del cambio de sexo, bajo el argumento siguiente:

“6.- El sexo (femenino o masculino) asignado a la persona desde su nacimiento, es uno de aquellos rasgos distintivos de carácter *objetivo* (como lo es la ‘*herencia genética*’: STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21), viniendo tal característica de una *realidad biológica indisponible*, necesaria para que la persona pueda ser individualizada como corresponde a su derecho a la identidad y al correlativo deber de respetar los derechos e intereses de terceros. Asimismo, tal realidad genética resulta determinante para las distintas consecuencias que se derivan de la condición de mujer y de hombre en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, en lo que respecta al derecho o capacidad para contraer matrimonio o *ius connubii*)”.

En suma, podemos advertir que en la sentencia bajo comentario, acoge la tesis que el sexo es un elemento objetivo y estático de la identidad y es una realidad indisponible, que no puede ser sujeto de disposición por parte de la persona y que los aspectos (social, psicológico, etc.) son temas extrajurídicos; pasando a afirmar que en el caso de los transexuales, estos padecen de un problema psicológico y no genético, por tanto, el deseo de cambiar de sexo en sus documentos registrales es un problema de mente y no de su anatomía, no existiendo uniformidad en el mundo académico

respecto al tratamiento del mismo, por tanto, la prevalencia del sexo psíquico sobre el cromosómico, está sujeto a una gran polémica en el mundo científico, de esta forma, el Derecho no puede aceptarlo. Argumento por de más débil y limitativo.

Por el contrario, ha quedado claro por lo desarrollado líneas arriba que la adecuación del sexo registral constituye una exigencia constitucional, tanto por imperio del derecho a la identidad sexual como por el derecho al libre desarrollo de la personalidad; por ello es permisible en nuestro sistema jurídico dicha tesis, en aplicación directa de la norma constitucional. Así también concluye Eto Cruz y Carlos Mesías, en su voto discordante, al indicar que se debe reconocer el derecho de la autodeterminación de la personas transexuales: “La libertad como sustento existencial permite que cada persona en un ejercicio dialógico con las múltiples opciones que le ofrece su fuero interno, así como con el mundo exterior, construya una *identidad* propia que la conlleve a concretizar su propio proyecto personal. La libertad—como ha señalado este Tribunal—, en tanto fundamento de la identidad, permite revelar la verdad personal y propicia el reconocimiento y respeto de los individuos tal y como éstos se reconocen, sin imposiciones externas que los desfiguren”. Ello trae a la reflexión, de quienes administran justicia constitucional deben estar imbuidos de una formación jurídica constitucional fuerte, para tratar temas delicados en la vida misma, como el cambio de sexo, pero de manera objetiva, y no justificar una decisión subjetiva, fuera del contexto del desarrollo de los derechos fundamentales.

Lo más grave es que al darse dicha sentencia el carácter vinculante, rompe los cimientos de independencia de los jueces, en cuanto al tema, y obliga a que se prohíba en el Perú el cambio de sexo, afectando de manera directa a las minorías sexuales y sobre todo desconociendo su derecho a ser ellos mismos.

## REFLEXIONES

Finalmente podemos colegir que la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en la STC 0139-2013-PA/TC, implica un desconocimiento de los derechos de los transexuales a ser ellos mismos y una discri-

minación por su orientación sexual, constituyendo no solo la violación al principio de la dignidad humana, sino también el de privarles del derecho a diseñar un plan vital y de vivir de acuerdo a sus exigencias, contraviniendo al derecho de todo ser humano a vivir dignamente. Siendo más absurdo aún, haber justificado dicha decisión con argumentos tan imprecisos y contradictorios como se ha indicado supra, y a decir verdad, con argumentos con un tinte subjetivo. Consecuentemente se ha traído un retroceso en el reconocimiento de los derechos fundamentales de estas minorías sexuales. En cuanto a Pamela Estela tan solo le queda acudir a instancias jurisdiccionales internacionales para restablecer plenamente su derecho vulnerado.

## EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO EJE INTERPRETATIVO EN LA JUSTICIA CIVIL: “EL CAMBIO DE NOMBRE NO ESTÁ SUJETO AL INTERÉS DE LOS PADRES”

*“(…) El interés superior del niño debe ser entendido respecto del niño, niña o adolescente mismo, en cuanto sujeto de derecho, de tal manera que este niño pueda gozar de todos sus derechos [como es el caso del derecho al nombre] y así, permitirle el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades” (Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños. Opinión Consultiva OC – 17/02 de la CIDH, Serie A N° 17, de fecha 28.08.2002)*

### I. BREVE INTRODUCCIÓN AL TEMA PLANTEADO

Recientemente, con fecha 30 de diciembre de 2010, fue publicada en el diario oficial *El Peruano* la Casación N° 3875-2009 – LIMA, expedida por la Sala Civil Permanente de nuestra Corte Suprema, la misma que falla declarando infundado el recurso de casación interpuesto por doña Carmen Rosa Carmela Caracosme contra la sentencia de vista expedido por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmaba la sentencia de primera instancia, que declaraba infundada la solicitud del cambio de nombre de sus menores hijas Carmen Rosa, Carmen y Estefanía Vargas Candela.

Luego de la lectura del contenido y significado de la citada sentencia casatoria, resulta inevitable hacer un alto para pretender abordarla y analizarla en amplitud –al menos académicamente–; ya que en ella nuestro máximo Tribunal se pronuncia con una contundencia tal, que nos incita a reflexionar sobre la tendencia expansiva del principio de interés superior del menor en el marco de la justicia civil, específicamente cuando trata casos relacionados a los menores, como se dio en el presente proceso, donde una madre acude al órgano jurisdiccional para pretender cambiar los prenombrados o nombres de pila de sus menores hijas denegándose su pretensión, teniendo como principal fundamento que el cambio del prenombre de un menor no está sujeto al deseo o arbitrio de quienes ejercen la patria potestad, sino a una necesidad excepcional derivada de motivos “probablemente” justificados.

Sin duda, el principio normativo del interés superior del menor constituyó el eje interpretativo que guió la decisión de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, el mismo que tiene una relación directa con los derechos fundamentales de los menores para garantizar su eficacia, efectividad y vigencia, que en el caso concreto se vincula con su derecho al nombre; el cual como se observa también de la lectura de la sentencia, ostenta una doble naturaleza: privada, ya que está sujeto a la decisión de quienes la registran al momento de inscribir su nacimiento en la partida respectiva; pero a la vez también es pública, ello debido a que concita el interés de la sociedad para su protección, ya que una vez inscrito en el Registro respectivo, obliga a toda persona a utilizarlo, siendo inmodificable, salvo la excepción antes señalada.

Es así que en los subsecuentes epígrafes, pretendemos estudiar a las instituciones más resaltantes en torno a la decisión tomada en el caso concreto por parte de la Corte Suprema, pero a la vez será el motivo para meditar sobre la importancia del fenómeno de constitucionalización del principio rector del interés superior del menor en nuestro ordenamiento jurídico y la calidad del nombre como derecho y deber que ostenta toda persona.

Iniciamos de manera preliminar realizando un breve recuento de los hechos que se traslucen de la sentencia en comentario: doña Carmen Rosa Carmela Caracosme, madre de las menores, Carmen Rosa, Carmen y Estefanía Vargas Candela interpone una demanda ante la justicia civil (Segundo

Juzgado Mixto del distrito de Villa María del Triunfo), solicitando el cambio de los prenombrados de estas, por los prenombrados de Lizbeth Geraldine, Joselyn Estefanía y Dayanira Estrella Vargas Candela, respectivamente; para ello, expone como motivo razonable que dichas menores presentan problemas psicológicos y personales a consecuencia del uso de sus prenombrados, lo que ha originado signos de ansiedad, tendencias a la inseguridad, baja autoestima y sentimiento de inferioridad. Sin embargo, dicha pretensión ha sido rechazada por todas las instancias judiciales correspondientes debido a que no existe prueba alguna de la afectación alegada.

## II. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN ESPECIAL DEL MENOR

Es bien sabido que actualmente vivimos inmersos en una sociedad vertiginosa, maravillosamente cambiante y paradójica por decir lo menos; cuyas características están dadas por la expansión y apertura de los mercados y la globalización de las comunicaciones, y por qué no decirlo, de la internacionalización y reconocimiento de los derechos humanos como eje central en la vida jurídica de las sociedades y los Estados actuales; donde sin temor a equivocarnos, se pretende revalorar al ser humano y su dignidad como fin de toda sociedad democrática.

Es en ese contexto, que resulta evidente la existencia de grupos de derechos humanos específicos que toman mucho más relevancia a nivel internacional, y estos son los que conllevan a la protección de las personas que se encuentran en una condición de desventaja real y vulnerabilidad frente a los demás, resultando como es lógico, la necesidad de que el derecho les otorgue una protección tutelar especial para compensar la desigualdad existente –lo que no implica la violación del principio de igualdad–, ya que el tratamiento legal especial que se les otorga es justificado y razonable.

Entre estos grupos vulnerables tenemos a los niños y adolescentes, que por su condición de desventaja y debilidad propia de su edad, están en una situación de inferioridad frente a terceros, incluso frente a los de su propio entorno familiar que muchas veces abusan o maltratan física y psicológicamente a estos. Así lo explica asertivamente la doctrina mexicana

que lo describe de la siguiente manera: “por cuestiones de orden natural los menores no cuentan con la experiencia y el juicio necesarios para valerse por sí mismos, situación de la que con frecuencia se han aprovechado los adultos bajo cuya patria potestad, tutela o custodia se encuentran y aun personas extrañas a ellos, para violentar o abusar de sus derechos, auspiciados por la indiferencia, tolerancia y aun indolencia de los organismos del Estado”<sup>(1)</sup>.

Para acreditar lo dicho, respecto a la vulnerabilidad de la cual son objetos los niños, acudimos a cifras y datos que son reveladores, así acudimos a los otorgados por la Organización Mundial de la Salud, organismo que estima en la actualidad que 40 millones de niños sufren de violencia en el mundo y en la Región de las Américas y el Caribe, esta se da en todas las formas. Señala su informe que la mayoría de los menores sometidos a castigos corporales se encuentran entre los 2 y 7 años de edad, aunque las edades más afectadas comprenden entre los 3 y los 5; y del 85% de las muertes por maltrato son clasificados como accidentales o indeterminadas y por cada muerte, se estiman 9 incapacitados, 71 niños con lesiones graves e innumerables víctimas con secuelas psicológicas<sup>(2)</sup>. Este es el motivo por el cual la sociedad mundial ha tomado conciencia de ello, otorgándole una protección legal a través del reconocimiento de sus derechos fundamentales, bajo la denominación de principio de protección especial al menor, cuyo fin es lograr el desarrollo armonioso de la personalidad de los niños y adolescentes, y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos.

Por su parte, Alex Plácido justifica dicho tratamiento legal especial a favor de los niños, señalando lo siguiente: “**Los niños, adolescentes, madres y ancianos poseen los derechos que corresponden a todo ser humano: Pero, en atención a la particular situación de vulnerabilidad y dependencia en la que se encuentra el ser humano en tales fases de**

(1) Ver “Interés Superior del Menor: Significado y Alcances”, en la siguiente dirección electrónica: <http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/255.pdf>.

(2) Ver Informe sobre “Maltrato Infantil y Abuso Sexual en la Niñez”. Elaborado por la Organización Panamericana de la Salud en la siguiente dirección electrónica: <http://www.paho.org/spanish/ad/fch/ca/si-maltrato1.pdf>.

la vida, se justifica, objetiva y razonablemente, el otorgarles un trato diferente que no es *per se* discriminatorio; sino por el contrario, sirven para el propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos especiales derivados de tales condiciones”<sup>(3)</sup>.

De acuerdo con ello, la comunidad internacional comenzó con mayor vigor a hablar de la defensa de los niños, trayendo como consecuencia la elaboración y aprobación de instrumentos jurídicos internacionales con el único fin de obligar tanto a los particulares y a los Estados a respetar y velar por el bienestar de los menores más allá del sistema jurídico positivo imperante en cada sociedad; pretendiendo lograr con ello su desarrollo pleno e integral a través de la promoción y preservación de los derechos que les han sido conferidos.

Preliminarmente se empezó a reconocer a nivel del derecho internacional el principio de protección especial del niño, a través de su enunciado en la Declaración sobre los Derechos del Niño (1959), la que partió de la premisa de que los niños representan el valor máspreciado que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos.

Posteriormente y de una manera más amplia y precisa, es que este principio fue también reconocido en la Declaración del Niño, cuyo principio 2 señala que el “niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, como en condiciones de libertad y dignidad”.

En el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también se procede a reconocer de manera genérica este principio al proclamar que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencias especiales”. En sentido similar, el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los “Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”.

(3) Ver PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F., en comentario del artículo 4 de la Constitución en AA.VV., *La Constitución Comentada: Análisis de artículo por artículo*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 371.



Finalmente, el artículo 19° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que por su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. En línea similar, se reconoce en los artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

Sin duda, este énfasis tuitivo a nivel de los instrumentos internacionales se debe —como lo afirma nuestro Tribunal Constitucional— a su condición de debilidad manifiesta de llevar una vida totalmente independiente, de modo que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos <sup>(4)</sup>.

Por otro lado, tenemos a nivel de nuestra legislación que tal principio universal de orientación proteccionista se encuentra constitucionalizado en el artículo 4 de nuestra Constitución, que prescribe, a través de una fórmula general: “**La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente** (...)”. Este reconocimiento le otorga la máxima categoría normativa que puede existir en todo ordenamiento jurídico, reconociendo su condición de derecho fundamental, la que debe guiar todo el sistema legal y el accionar del Estado en sus distintos quehaceres (legislativo, judicial, ciudadano, etc.) ello en virtud del principio de supremacía constitucional imperante en nuestro sistema democrático.

El Tribunal Constitucional peruano arriba a la misma conclusión, en el Exp. N° 1917-2009-PHC/TC, al afirmar lo siguiente:

“[...] Así pues, teniendo presente el enunciado normativo de este artículo (en referencia al artículo 4 de la Constitución), este Tribunal estima que el constituyente ha reconocido el principio de

<sup>(4)</sup> Ver fund. 5 de la STC. Exp. N° 01817-2009-PHC/TC. En igual sentido, se pronuncia en la STC Exp. N° 03247-2008-PHC/TC (fund. 4).

especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral”.

Es a partir del reconocimiento de esta premisa general proteccionista, que se fueron tejiendo nuevos principios relacionados directamente con la protección de los menores, dentro de los cuales existe uno que concita mayor interés y que está vinculado al caso concreto, en la medida que viene delimitando el accionar los jueces al momento de interpretar, aplicar o suplir vacíos normativos aplicables a la solución de conflictos jurídicos relacionados a los niños y adolescentes: nos referimos al principio de interés superior del niño, el mismo que pasamos a comprender con mayor amplitud; sin embargo, resulta necesario hacer una precisión terminológica en cuanto a que en el presente artículo se utilice la denominación de niño o niña. Con esta se está refiriendo al niño propiamente dicho y al adolescente<sup>(5)</sup>.

### III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO - DERECHO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

En este epígrafe emprenderemos el estudio del principio del “interés superior del niño”, el mismo que tiene reconocimiento internacional universal y ha adquirido la condición de principio-norma a nivel del ordenamiento jurídico interno de nuestro país; siendo sin duda considerado el principio cardinal en materia de niños y adolescentes, ostentando la categoría de un principio general de derecho, lo que le otorga una importancia legal y fáctica.

<sup>(5)</sup> ZERMATHEN, Jean, expresa sobre este punto, que los derechos del niño han conducido al niño a una nueva posición consistente en “existir como grupo social claramente delimitado entre la edad de 0 y 18 años, aun cuando esa parte de la vida sea dividida en pequeña infancia, adolescencia y juventud”, en *El interés Superior del Niño: Del Análisis literal al Alcance filosófico*, Informe de Trabajo, 3-2003: pp. 1-30, especialmente, p. 16. [http://childsrighs.org./htm/documents/wr/2003-3\\_es.pdf](http://childsrighs.org./htm/documents/wr/2003-3_es.pdf)

A nivel de la legislación comparada tenemos que dicho principio recibe similares denominaciones; así en el derecho anglosajón, recibe la denominación de “best interests of the child” o “the welfare of the child”, en el mundo hispano se habla del principio del “interés superior del niño” y en el modelo francés se hace referencia a “l’*intérêt supérieur de l’enfant*”, empero encierra la condición de ser un derecho humano fundamental de alcance internacional<sup>(6)</sup>.

Como se ha mencionado líneas arriba, el principio del interés superior del niño ha sido reconocido a nivel de los ordenamientos jurídicos internacionales. En un inicio fue evocado por primera vez en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, aprobada por la Sociedad de Naciones, que en su principio 2 establece:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el *interés superior del niño*”. (El subrayado y negreado son nuestros).

Si bien es cierto este hecho marcó un hito a nivel de reconocimiento de los niños y adolescentes en su condición de sujetos de derecho, pero no tuvo la fuerza de ser eficaz a nivel de los Estados, como sí lo tiene una Convención o Pacto que se rige por el principio de “*pacta sum servanda*”, es por ello que posteriormente dicho principio logra tomar fuerza jurídica y, por ende, coercitiva con la Convención sobre los Derechos del Niño realizada por Naciones Unidas, Nueva York (1989) y ratificada por casi la totalidad de los países miembros de las Naciones Unidas dentro de ellos el Perú, a excepción de Somalia y Estados Unidos. Así tenemos que el artículo 2° dispone:

<sup>(6)</sup> Ver AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “El principio del interés superior del niño y la Corte interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, publicada por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2008, p. 226.

“El niño gozará de una *protección especial* y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el *interés superior del niño*”. (El subrayado y negreado son nuestros).

Pero más preciso resulta ser el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño invocada, que reza como sigue:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, *los tribunales*, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el *interés superior del niño*”. (El negreado y subrayado son nuestros).

Hasta ese momento la aprobación de dicha convención, constituía la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos del niño que se ha desarrollado en el siglo XX, en donde la doctrina de la situación irregular pasa a la doctrina de la atención integral del menor<sup>(7)</sup>; en suma constituye —como afirma Miguel Cillero B.— “una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general, y de principios y derechos propios de tradición jurídica vinculadas a los derechos de la infancia”<sup>(8)</sup>.

<sup>(7)</sup> La doctrina hasta antes imperante era de la *situación irregular del menor* que se caracterizaba por considerarlo como un problema a resolver, siendo visto el menor como un objeto del derecho, su incapacidad lo convierte en un ser digno de compasión, y donde la legislación existente era represiva y predominaba la carencia de políticas sociales a favor de los infantes; por otro lado, *la doctrina del interés de atención integral* del menor recoge el principio que entiende al niño como sujeto de derecho y no como objeto de este, el interés superior del infante, la consideración a situaciones especiales de desventajas frente a terceros, la conversión de necesidades del infante en derechos y una justicia especializada. Ver AGUILAR LLANOS, Benjamín, “Interés Superior del Niño: Criterio predominante y prioritario orientado a resolver conflictos de derecho”, en revista *Gaceta Constitucional*, Tomo 35, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 219.

<sup>(8)</sup> Ver CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, Instituto Interamericano del Niño, la Niña

También se ha venido dando jurisprudencia a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconoce la vigencia de dicho principio, como son el caso *Bulacio vs. Argentina* (sentencia de fecha 18.09.2003); caso de los hermanos *Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Fondo, reparaciones y costas (sentencia de fecha 08.07.2004), caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* (sentencia del 19.11.1999); caso de las niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Sentencia de fecha 08.09.2005).

Es bajo este fenómeno de globalización de los derechos humanos del niño y por la corriente neoconstitucional, que se ha venido reconociendo a nivel constitucional en diversos Estados este principio *sui generis*, siendo recepcionado –no de manera expresa, pero sí tácitamente– en nuestro ordenamiento constitucional, derivado de la expresión de la lectura del artículo 4 de nuestra Constitución. Así lo ha delimitado nuestro Tribunal Constitucional, al reconocer su condición de principio constitucionalizado de manera implícita, así refiere en la STC Exp N° 1817-2009-PHC/TC, al expresar en su fundamento 11:

“Teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, este Tribunal estima que este principio [en referencia al interés superior del niño] se encuentra ***implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución (...)***” (El negreado es nuestro).

También el máximo intérprete constitucional reconoce su condición de principio constitucional al indicar que este forma parte del bloque de constitucionalidad en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, como es de verse de la STC Exp. N° 2079-2009-PHC/TC, que en su fundamento 11 explica:

y el Adolescente de la OEA. Dirección URL: <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>

“La Constitución Política de Perú señala en su artículo 4° que ‘[l]a comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)’. La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en el interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, precisándose que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo y Ministerio Público, entre otros, se considerará prioritario el principio del interés superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

En cuanto a la normatividad infraconstitucional nacional, dicho principio fue invocado por vez primera en el ahora derogado Código del Niño y Adolescente del 24.12.1992, aprobado por Dec. Ley N° 26102, y actualmente se encuentra reconocido expresamente en el artículo IX del TP del Código del Niño y del Adolescente vigente (Ley N° 27337) que a la letra dice: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivos, Legislativo, y ***Judicial***, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará ***el principio del Interés Superior del Niño y Adolescente*** y el resto a sus derechos” (el negreado es nuestro); con lo que se concita la premisa que es un principio rector también de nuestra legislación nacional.

Queda claro pues, que como parte de los derechos humanos, el principio del interés superior tiene una vigencia activa en nuestro ordenamiento jurídico tal como se prueba con las distintas decisiones jurisdiccionales que ratifican su vigencia. Solo a modo de ejemplo tenemos que el Tribunal Constitucional peruano lo viene invocando en casos particulares, donde están en juego los intereses y derechos de los niños y adolescentes. Así es de verse en las STC. Exp N° 0550-2008-PA/TC (caso René Quenta Calderón); 1817-2009-PCH/TC (caso J.A.R.R.A y V.R.R.A); 2079-2009-PHC/TC (caso L.J.T.A. e I.M.T.A); 03247-200-PHC/TC (caso J.V.C.B); 03744-2007-PHC/TC (caso José

Luis Ñiquen Huatay); 04646-2007-PA/TC (caso Feliciano Contreras Arana); 05558-2009-PH/TC (caso Juan Manuel Fernando Roca-Rey- Ruiz Tapiador); 06165-2005-PHC/TC (caso Blanca Lucy Borja Espinoza), entre otros.

Hasta lo aquí avanzado podemos inferir una primera inquietud a disipar: ¿qué implica el principio del interés superior del niño? Si bien algunos autores son de la opinión que este principio constituye una directriz vaga, de carácter indeterminado, lo que originaría múltiples interpretaciones; debemos dejar sentada nuestra discrepancia, ya que la dación de la Convención del Niño, ha minimizado esta incertidumbre y más bien ha delimitado su contenido, lo cierto es que hoy en día el denominado “interés superior del niño”, constituye no solo un principio rector y principal en todo sistema jurídico, sino también un derecho humano que ostentan los niños y adolescentes, pero también es considerado un valor que conlleva a toda una sociedad aplicarlo en su quehacer diario como sociedad misma.

Al otorgarle al citado principio constitucional la calidad de línea directriz, se está reconociendo implícitamente la triple forma de manifestarse el mismo en nuestro ordenamiento jurídico, como es la (i) inspiradora, en cuanto delimita el accionar del legislador al momento de aprobar una norma relacionada a los menores; (ii) interpretativa, ya que permite como herramienta hermenéutica al operador jurídico el interpretar las normas existentes; y (iii) integradora, que es la que se utiliza cuando existe un vacío o deficiencia normativa.

Lo cierto es que dicho principio no solo tiene la condición de principio jurídico, sino también ha traspasado dicho ámbito jurídico para ser considerado también un principio social, que obliga a todos los organismos del Estado e incluso a los particulares a reconocerlos y preservarlos en los ámbitos de las relaciones existentes, sean estas del Estado con los particulares (relación vertical), o entre particulares (relación horizontal). De ello, se colige que las personas que están obligadas a ceñirse a dicho principio, son en primer lugar y de manera primordial los padres o quienes ejercen su representatividad, incluyendo en este rango la familia misma, por tanto, en cualquier situación relacionada con esta, debe primar el interés del niño por encima del interés de algún miembro de la familia. En segundo lugar,

tenemos al propio Estado, tanto en su función legislativa, ejecutiva, judicial y ciudadana, y finalmente la sociedad misma, la que aparece como obligada por el conjunto de criterios que integran el mejor interés del niño. Así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional como es de visualizarse de la lectura del fund. 13 de la STC N° 02079-2009-PHC/TC:

“En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las **entidades estatales y públicas** sino también a las **entidades privadas** e inclusive a la **comunidad toda**, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. (...) Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente”.

Pero volviendo al tema concreto que nos convoca en esta parte, como es el de determinar el contenido del “interés superior del niño y adolescente”, expresamos nuestra adhesión al concepto dado por Baeza, quien certeramente lo conceptualiza como el conjunto de bienes y acciones necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general de sus derechos, que busca su mayor bienestar<sup>(9)</sup>, priorizando así cualquier interés de terceros al interés particular de este grupo vulnerable como son los infantes. En suma, establece que el núcleo duro de este principio es que el interés superior del niño implica, por parte de la familia, el Estado y la sociedad en general, la plena satisfacción de sus derechos reconocidos expresa o tácitamente por nuestro ordenamiento jurídico y los tratados internacionales sobre derechos humanos del niño, ratificados por nuestro país, pues forman parte integrante de nuestro orden jurídico interno.

Gonzalo Águila Caballo explica de manera simple este concepto, al indicar lo siguiente: “(...) En realidad, cuando hablamos de Interés Superior del Niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le

<sup>(9)</sup> Cit. por AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, cit., p. 229.

conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, sino cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño, significa simplemente decir sobre los derechos humanos del niño”<sup>(10)</sup>. La misma opinión la ostenta Miguel Cillero, quien afirma que es una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en que existen derecho y sujetos de derecho, y que las autoridades y la comunidad se encuentran limitadas por estos derechos<sup>(11)</sup>. Corroboro lo afirmado en nuestro sistema jurídico con lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 3247-2008-PHC/TC, fundamento 9:

“Que frente a esta situación la doctrina de protección integral se asienta en *el interés superior del niño* (artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño), *cuyo fin y forma de interpretación es ‘(...) la plena satisfacción de sus derechos’*. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo ‘interés superior’ pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo ‘declarado derecho’; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser ‘interés superior’. Una vez reconocido un amplio catálogo de derechos no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño”.

Ello implica que este principio como guía del accionar del Estado y la comunidad, ante cualquier caso de conflictos de derechos de igual rango, deberá dar prioridad al derecho con base en el interés superior del niño, que prime sobre cualquier otro que pueda afectar los derechos del niño, sobre la base de cualquier otro interés. Así el *interés de los padres*, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos de los infantes; *por tanto un derecho de un menor no puede estar sujeto al interés particular que tenga al respecto el padre o quienes ejercen la representación de menores*.

<sup>(10)</sup> Loc. cit.

<sup>(11)</sup> Ver CILLERO BRUÑOL, Miguel, cit.

Lucas Grosman señala que dicho interés superior constituye pautas de decisión ante un conflicto de intereses y debe constituir un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. En caso de conflicto frente al presunto interés de un adulto, debe priorizarse el del niño. Agrega que más allá de la subjetividad del término interés superior del menor, este se presenta como el reconocimiento del menor como sujeto de derecho, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Por último, a la hora de hacer valoraciones hay que asociar el “interés superior” con sus derechos fundamentales.

Esta fórmula de solucionar conflictos, se observa con más frecuencia al momento de impartir por parte del Juez, la justicia civil en un caso concreto, específicamente en aquellas decisiones en las que están envueltos niños y adolescentes, obligando al magistrado a analizar y valorar los hechos y las pruebas, inspirados y orientados en el interés del infante, reconociendo plenamente sus derechos fundamentales al momento del fallo; considerando así en todo momento al niño como sujeto poseedor de derechos cuyo interés prima sobre los demás.

Nuestro Tribunal Constitucional ratifica esta línea de acción, en la STC Exp. N° 2079-2009-PHC/TC, donde señala:

“(…) Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.

En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa



de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa”.

Concluimos así, que el principio del interés superior del niño está vinculado directamente con los derechos fundamentales que ostentan los mismos, existiendo una relación directa entre ambos, ya que sirve a la eficacia, efectividad y vigencia de estos últimos. Así tenemos entre uno de los derechos protegidos por el principio constitucional del interés superior al derecho al nombre, que es la expresión material del derecho a la identidad que ostenta todo menor, el mismo que abordaremos a continuación.

#### IV. EL NOMBRE COMO DERECHO HUMANO DE LOS MENORES Y SU NATURALEZA JURÍDICA

El hecho natural de la concepción y del nacimiento de una persona constituye un hito importante para toda sociedad y el Estado, por tanto, su reconocimiento legal se da a través de la inscripción en su partida de nacimiento, en donde se registra la microbiografía jurídica de cada persona. En ella se registra, entre otros aspectos importantes, el “nombre”, que se encuentra constituido por el prenombre y los apellidos, estando la asignación del “nombre de pila” sujeto a la elección de los padres en tanto que ello es inherente a la patria potestad y se encuentra regido por el principio de obligatoriedad; lo cierto es que una vez registrado el nombre este adquiere una protección legal por parte del Estado y la sociedad, por constituir una expresión material del derecho a la identidad de la persona.

Ostenta el nombre así, según la legislación internacional y nacional, la condición de un derecho fundamental del niño; así tenemos su reconocimiento expreso en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual establece expresamente en su artículo 7, inciso 1°, lo que sigue:

“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que **nace a un nombre**, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

En ese mismo sentido, se encuentra regulado el derecho al nombre, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece en su artículo 24, inciso 2°: “Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.

Por su parte, en nuestro ordenamiento nacional, tenemos que esta se encuentra reconocida tácitamente como expresión del derecho fundamental a la identidad (inc. 1 del art. 2 de la Constitución). Así lo ha entendido nuestra Corte Suprema en la Sentencia Casatoria N° 1154-97-Puno, donde se señala:

“El nombre es una de las manifestaciones del derecho a la identidad de la persona, mediante el cual se designa e individualiza al sujeto de derecho; en consecuencia, el juzgador ha de aplicar la ley comprendiendo con sensibilidad que los valores inmersos en el articulado correspondiente del Código Civil, tienden fundamentalmente a proteger a la persona natural como tal”<sup>(12)</sup>.

Así también tenemos que el artículo 6 del Código del Niño y del Adolescente vigente reconoce el derecho al nombre, pero sobre todo establece la obligación del Estado de protegerlo, evitando su alteración; para lo cual transcribimos dicho articulado:

“El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, **lo que incluye el derecho a tener un nombre**, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tiene también derecho al desarrollo integral de su personalidad.

<sup>(12)</sup> Sentencia contenida la revista *Actualidad Jurídica*, Tomo 177, Gaceta Jurídica, agosto 2008, p. 93.

Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal (...).

El nombre es entonces a nuestro entender, la designación con la cual se individualiza al sujeto y que le permite distinguirse de los demás, y está conformado por dos componentes: el prenombre y los apellidos; los cuales tienen una protección legal por parte del Estado y la sociedad a partir de su inscripción en el Registro de Estado Civil, ostentando la categoría de un derecho fundamental y humano<sup>(13)</sup>.

Es así que nuestro orden jurídico reconoce la doble naturaleza jurídica que ostenta el nombre, adoptando la tesis ecléctica: al ser considerado privado y público; la primera, por ser considerado un atributo exclusivo de la personalidad del sujeto de derecho, por tanto, es parte del yo personal de todo sujeto, estando en la esfera privada de su voluntad la designación de los prenombrados; y la segunda, por constituir parte de un orden público y seguridad jurídica, por la finalidad de identificación que cumple frente a los demás, lo que en gran medida obliga a toda persona a utilizarlo y conservarlo como tal teniendo una importancia para la sociedad misma.

Esta naturaleza ecléctica es reconocida por la doctrina civil más consolidada, solo a modo de fundamentar lo dicho, tenemos lo expresado por Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, quienes afirman que el nombre constituye un derecho básico de la persona, la que responde a una necesidad ineludible tanto desde el punto de vista de su personalidad como el orden público, mediante el nombre —aclaran dichos autores— ***“se distingue su individualidad de los demás en la vida social. Ciertamente que el aspecto público es importante, pues es existencia elemental del orden jurídico la identificación de la persona destinataria de las leyes, pero ello***

<sup>(13)</sup> Para una mayor amplitud sobre el tema ver RAMÍREZ SÁNCHEZ, Félix, “La adecuación del prenombre como concretización del derecho a la identidad sexual”, en AA.VV., *Los Registros y Las Personas: Dimensiones Jurídicas Contemporáneas*, obra colectiva editada por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Lima, 2010, pp. 863-866.

***no borra la natural demanda, emanada de la propia personalidad, de que sea conocida y distinguida de las demás”***<sup>(14)</sup>.

Refuerza el aspecto público del nombre, lo indicado con gran lucidez por Juan Miguel Ossorio Serrano, quien afirma que “la finalidad identificadora [del nombre] lo convierte en materia de orden público, pues el nombre de la persona no es algo que interese sólo a su titular, sino que afecta a toda la sociedad”<sup>(15)</sup>. Es por ello que en caso de procesos judiciales derivados de conflictos jurídicos respecto al “nombre” (llámese rectificación, modificación, entre otros), resulta necesario y exigible la participación del representante de la sociedad, en el caso peruano, la titularidad lo tiene el Ministerio Público.

Esta doble naturaleza del nombre se encuentra reconocida legalmente en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente lo señala el artículo 19° del Código Civil, que prescribe: ***“Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos”***<sup>(16)</sup>.

Queda claro de la lectura que en ella señala la calidad de un derecho personalísimo, pero a la vez reconoce su status social, ya que la sociedad y el Estado deben exigir que toda persona una vez inscrito su nombre, tiene la obligación de utilizarlo sin modificación y alteración alguna, ello con la finalidad de otorgar seguridad y orden social a nivel mundial; siendo de aplicación la premisa universal de que “nadie puede cambiar su nombre ni hacer adiciones en él” por estar vinculado al orden público.

Justamente reflejo de la naturaleza pública por la cual posee el nombre, es que se le ha dotado al mismo —según refiere Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón<sup>(17)</sup>— de las siguientes características:

<sup>(14)</sup> Ver Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 363.

<sup>(15)</sup> Ver AA.VV., *Curso de Derecho Civil I: Parte General y Derecho de las Personas*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 172.

<sup>(16)</sup> Ver Casación N° 750-97-JUNÍN, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 08.01.99.

<sup>(17)</sup> Ver Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, cit., p. 363.

- a) Inalienabilidad. El nombre está fuera del comercio humano, pero es admisible la autorización para que el otro lo use como nombre comercial o como parte de la denominación de una sociedad comercial<sup>(18)</sup>.
- b) Imprescriptibilidad. Nadie adquiere un nombre que no le pertenece por el uso prolongado del mismo, ni nadie lo pierde tampoco por desuso.
- c) Irrenunciabilidad. Esta característica es una consecuencia de la ausencia del poder de disposición en relación con el nombre.
- d) Inmutabilidad. En principio, el nombre de la persona es asignado al momento de la inscripción de su nacimiento y no puede cambiar, pues lo contrario haría difícil e insegura su identificación.

En cuanto a esta última característica de inmutabilidad (inmodificabilidad), tenemos que el profesor Yuri Vega explica su fundamento de manera clara: “Una vez que se le asigna una cierta denominación a cada individuo, surge la necesidad de que éste conserve el nombre dado. Su eventual modificación podría generar confusión e impediría la identificación de la persona. De ahí que el titular de un nombre tenga también el deber de mantener la designación que le corresponde. Así lo ordena el artículo 19° del Código Civil (...)”<sup>(19)</sup>.

No obstante ello existe en nuestro sistema jurídico una excepción a la regla de inmutabilidad, que está dada por la permisibilidad excepcional del cambio de los prenombrados por motivos justificados, así lo regula el artículo 29° de nuestro Código Civil, que a la letra dice:

<sup>(18)</sup> Ver el artículo 9° de la Ley 26887 – Ley General de Sociedades, en la que permite que las sociedades puedan utilizar como razón social los nombres de uno o varios socios, incluso de terceros (si existiese autorización para ello).

<sup>(19)</sup> Ver VEGA MERE, Yuri, “La exclusión del nombre del no declarante del nacimiento de un hijo extramatrimonial”, en revista *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Año I, N° 1, Lima, julio 1995, p. 97.

“Nadie puede cambiar su nombre ni hacerse adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita.

El cambio o adición del nombre alcanza, si fuere el caso, al cónyuge y a los hijos menores de edad”.

Sobre el particular podemos expresar que dicha norma permite el cambio del nombre en cuanto a la modificación o adición o supresión de los prenombrados o apellidos inscritos en el Registro Civil, en mérito a una previa decisión jurisdiccional, el mismo que requiere como presupuesto ineludible la existencia de “motivos justificados”, debidamente probados por parte del recurrente o los representantes legales o terceros con interés, sin lo cual no procederá<sup>(20)</sup>. Verbigracia se puede decir que una persona tiene un motivo justificado para realizar cambio de nombre cuando se le ha asignado uno extravagante o ridículo, que sea móvil para la burla de terceras personas, con la consiguiente afectación de su tranquilidad y bienestar; o cuando una persona es homónima de un avezado y famoso delincuente o de una persona que ha sufrido escarnio público, pues tales coincidencias le impedirían realizar normalmente sus actividades cotidianas, por las continuas discriminaciones o temores de los que sería víctima; también puede darse cuando el prenombre haga confusa la identificación de la persona cuando ocurre que en una misma familia existan dos personas con el mismo prenombre y apellido; o por el contrario cuando los nombres induzcan a error en cuanto al sexo; o cuando la persona padezca de disforia de género (transexualidad) y el prenombre no identifica el sexo con el cual se identifica, entre otros motivos.

En cuanto al caso de los infantes, tenemos que estos ostentan su derecho al nombre –como se ha desarrollado supra–, por tanto una vez registrado en la partida de nacimiento, tienen el deber de utilizarlo y no modificarlos

<sup>(20)</sup> Ver RAMÍREZ SÁNCHEZ, Félix, “El cambio de nombre ¿Una justa solución a la doble identidad?”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 16, N° 146, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2010, p. 164.

siendo viable su modificación posteriormente, solamente cuando exista un motivo razonable que justifique dicho cambio. Lo que resulta inadmisibles es que el amparo de dichas pretensiones esté sujeto al arbitrio del deseo unilateral de sus padres, debido a que el nombre no les agrada; es por ello que el Juez puede denegar un cambio de nombre, ya que por ser este de naturaleza pública, existe un interés social sobre su permanencia e inmutabilidad, debiendo en el caso concreto preferir el interés superior del niño por encima del interés particular.

## V. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Luego del desarrollo de las instituciones jurídicas relacionadas con el tema concreto, es indudable expresar nuestra adhesión académica a los fundamentos vertidos por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República en el fallo contenido en la Sentencia Casatoria N° 3875-2009-Lima, evidenciando a través de ella, que la justicia civil viene reconociendo la vigencia y eficacia de las cláusulas constitucionales existentes en nuestro orden jurídico, que protege a ese grupo vulnerable como son los infantes, destacando así la influencia de la ideología humanista en los magistrados, impuesta por el fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos, y en específico del principio-derecho del interés superior del niño.

En síntesis podemos resaltar algunos aspectos importantes que se pueden extraer de la sentencia casatoria bajo análisis:

1. En ella se dio la aplicación del principio de protección del interés superior del niño, como factor determinante para resolver la colisión de interés de un adulto sobre el niño, debido a que en el caso concreto la madre de las menores Carmen Rosa, Carmen y Estefanía Vargas Candela pretendió el cambio de prenombre de sus menores hijos por el de Lizbeth Geraldine, Joselyn Estefanía y Deyanira Estrella Vargas Candela respectivamente, sin existir motivo justificado, solo por tener un interés personal en los mismos, desvirtuando su pretensión en la medida que se dio preferencia al interés superior de las menores, a través de la vigencia de su derecho fundamental al nombre; dando un mensaje a la sociedad:

“el cambio de nombre de un menor no está sujeto al libre arbitrio de quienes ejercen la patria potestad, sino a la existencia de un motivo justificado para su cambio”.

2. Reconoce al nombre como elemento esencial del derecho a la identidad de los menores, estableciendo la obligación del Estado para reconocerlos y protegerlos, debido a su condición de derecho fundamental y humano.
3. Invoca dentro de sus fundamentos, la naturaleza pública con la que cuenta el nombre, en la medida en que permite su identificación e individualización en la vida social, resaltando en dicha sentencia el interés de la sociedad porque toda persona se identifique y no altere o modifique el nombre inscrito en el Registro respectivo, resaltando la importancia en que en este tipo de procesos de cambios de nombre, debe actuar el Ministerio Público como representante de la sociedad con legítimo interés en la pretensión que se invoca.
4. Deja sentado que para amparar una pretensión de cambio de nombre debe existir un motivo razonable para tal fin, que afecte de manera directa al menor, pero sobre todo que dicho motivo deba estar debidamente probado en el proceso.

Finalmente, termino resaltando la actuación de los órganos jurisdiccionales, debido a que la atención dada al caso concreto se debe a que este concibe al niño y al adolescente no como una parte más en el proceso, sino como una parte que posee características singulares y particulares respecto de las otras, por lo que más allá del resultado del caso, este procura un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos fundamentales durante el proceso, ya que se considera al niño como un sujeto de derecho; ello en virtud de prioridad propia de su condición de vulnerabilidad en la que se encuentra, por tanto, es el interés superior del niño y adolescente el que tiene prioridad en la actuación estatal, respecto de aquellas decisiones judiciales en las que se encuentran comprometidos sus intereses.

## Capítulo II



# TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL



## EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SU AUTONOMÍA LEGISLATIVA

---

### I. BREVE PANORAMA

En el mundo actual y en especial en los países catalogados como “democráticos”, se han experimentado cambios significativos en los sistemas legales y políticos, inspirados por la corriente neoconstitucional, la que reconoce a la Constitución como norma legal suprema y como medio de organizar y limitar la organización y el poder del Estado y de la propia sociedad en su conjunto. Esto ha traído como consecuencia la inclusión de un medio para hacer efectiva la Constitución misma, y que a través del denominado procesalismo constitucional, viene consolidándose en todos los países del orbe.

Gonzalo M. Armienta Calderón, presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal, explica este fenómeno, al señalar lo siguiente: “Este tópico –en referencia al Procesalismo Constitucional– tramonta fronteras y no se ha quedado inmerso en un solo espacio donde se desenvuelva. Varía en cuanto a las formas que adoptan los sistemas jurídicos de cada país; sin embargo, el objetivo que se busca con los distintos paradigmas es el mismo: la defensa de la Constitución y con ello la protección de los derechos humanos”<sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> “Procesos y Procedimientos Constitucionales”, en A.A.VV., *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, Tomo I: Teoría General del Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, 2008, p. 209.

Es así que nuestro sistema jurídico no ha sido ajeno a esta nueva ola, al haber acogido a nivel jurisprudencial esta tendencia a través de los fallos, sobre todo emitidos por el Tribunal Constitucional peruano a partir de los años 2002 hacia delante, y que se consolidó con la dación de la Ley N° 28237, que aprobó el primer Código Procesal Constitucional en el mundo, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 31.05.2004 y vigente a partir del 01.12.2004; norma procesal moderna que acogió el clamor de los académicos, y que nació con la finalidad de coadyuvar a implantar un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

Sin duda, es corta aún la vigencia del Código Procesal Constitucional peruano, ya que ostenta un quinquenio de vida, tiempo durante el cual ha tenido muchos aciertos, logrando avances significativos en el reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales, pero no menos cierto, es que en la realidad —en la praxis judicial— se han dado situaciones que han superado la ficción hecha por el legislador al momento de aprobar dicho Código, como también han existido desaciertos, como la cuestionable modificación del artículo 15° del citado Código, a través de la Ley N° 28946 (en cuanto al trámite de la medida cautelar para dejar sin efectos actos administrativos otorgados en la aplicación de la legislación municipal o regional).

Pese a ello, debemos afirmar que a través de su aplicación se viene dando una construcción inacabada aún, de la autonomía misma del procesalismo constitucional y en específico de la autonomía legislativa, la que pretende ser abordada a través de estas líneas, claro está desde una visión no solo dogmática, sino jurisprudencial del tema. Para ello iniciaremos el estudio con los cimientos filosóficos que han dado lugar a esta.

## II. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Es incuestionable afirmar y reconocer, hoy en día, el asentimiento de la corriente neoconstitucionalista —o llamada también constitucionalismo moderno—, la que influye sobre los sistemas político-jurídicos del mundo moderno, al menos de aquellos que se precien de ser democráticos; pensamiento que se cimentó a finales del siglo XX, a partir de la postguerra, donde los países del orbe iniciaron un proceso de reconocimiento de la

dignidad del hombre a través del acogimiento de un catálogo de derechos fundamentales en las nuevas Constituciones que se venían propugnando<sup>(2)</sup>. Se sustenta dicha corriente en que ha dotado de un carácter supramayoritario o supralegal a las normas contenidas en la Constitución, cubriéndolas de una *eficacia jurídica* frente a todos los poderes estatales y particulares, incluso frente al legislador y a las leyes infraconstitucionales que estos expedían<sup>(3)</sup>, reconociendo el establecimiento de un Estado (neo) constitucional imperante en las sociedades modernas.

Por su parte, Juan Manuel Sosa Sacio aclara al respecto: “Este movimiento constitucional surge tras la Segunda Gran Guerra. Como se sabe, luego de las atrocidades cometidas por los regímenes fascista y nazi, los pueblos del mundo reconocieron la dignidad de la persona como fundamento del Estado y del Derecho. A partir de ello, ocurrieron una serie de fenómenos que permiten afirmar que nos encontramos frente a un nuevo tipo de constitucionalismo (...) El constitucionalismo contemporáneo es producto de la ya mencionada coyuntura posbélica, que marca nuestra cultura de las libertades y tiene una incidencia de grandes proporciones en la comprensión del Derecho”<sup>(4)</sup>.

Es indudable que esta corriente neoconstitucional ha tenido una incidencia en el ámbito de la organización del Estado, en la ideología y filosofía políticas, en la teoría del Derecho, así como en la filosofía jurídica; sin embargo, todos ellos tienen como sustento principal el reconocimiento del carácter supramayoritario o supralegal a las normas contenidas en la

(2) En los años 40 se implantó un nuevo orden constitucional en Alemania (1949) e Italia (1947), en los años 70 en España (1978) y Portugal (1976), y en los 90 en los países de Europa Central y del Este; proceso que se trasladó a Sudamérica, pero lo característico de ello, es que en dichos ordenamientos supranacionales se estableció positivamente la garantía suprema de la dignidad humana. Sobre el tema puede leerse RUBIO LORENTE, Francisco, “Constitucionalismo”, en *Temas de Derecho Constitucional*, Tomo I, coordinador Manuel Aragón, Civitas, 2001.

(3) Ver ARNOLD, Rainer, “El derecho constitucional europeo a fines del siglo XX: Desarrollo y Perspectiva”, en AA.VV., *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica: Libro Homenaje a Germán J. Bidard Campos*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Grijley, Lima, 2002, pp. 19-32.

(4) Ver SOSA SACIO, Juan Manuel, “Nuestros Neoconstitucionalismos”, en AA.VV., *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Guía N° 6, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 11.

Constitución, cubriéndolas de una *eficacia jurídica* frente a todos los poderes estatales y particulares, incluso frente al legislador y a las leyes infraconstitucionales que estos expedían<sup>(5)</sup>, reconociendo el establecimiento de un Estado Constitucional de Derecho imperante en las sociedades modernas, donde los órganos que cumplen la función de ejercer control sobre los demás recaen en el Poder Judicial y Tribunal Constitucional (o la que haga sus veces), que tiene jurisdicción constitucional.

Ello implicaba obviamente el alejamiento y rompimiento de la concepción vetusta y vigente, hasta aquel entonces del denominado Estado Legislativo de Derecho –nacido en plena Revolución Francesa– el cual propugnaba que la Constitución era, como lo describe Gascón Abellán, una mera carta política y de que los llamados derechos constitucionales que en ella subyacen solo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y estableciera sus alcances, quedando subyugado al poder del legislador, es decir, implantaba un gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres<sup>(6)</sup>. Este modelo vetusto se cimentaba, como bien lo ha expresado Elías Díaz, en cuatro condiciones: (i) El imperio de la ley; (ii) separación orgánica de funciones de los organismos del Estado –mal llamado separación de poderes–; (iii) primacía del principio de legalidad; y (iv) derechos y libertades fundamentales<sup>(7)</sup>.

Por otro lado, la naciente corriente neoconstitucional, la que vive un proceso de transformación permanente, ha cimentado su estructura –como lo describe el profesor Luigi Ferrajoli– en cuatro axiomas vertebrales, los

(5) Ver ARNOLD, Rainer, “El derecho constitucional europeo a fines del siglo XX: Desarrollo y Perspectiva”, en AA.VV. *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica: Libro Homenaje a Germán J. Bidard Campos*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Grijley, Lima, 2002, pp. 19-32.

(6) Ver GASCÓN ABELLÁN, Marina, “El Papel del Juez en el Estado de Derecho”, en AA.VV., *Interpretación y Argumentación Jurídica*, Consejo Nacional de la Magistratura, Edit. Bosch, Barcelona, España, 2003, p. 3. Este modelo de sistema también se denomina Estado de Derecho o Estado Legal; ello debido a que la ley era más importante que la Constitución, era el gobierno del órgano legislativo, ya que todos los demás órganos del Estado –incluido el judicial– estaba sometido a ello.

(7) Cit. por ANSUARTEGUI ROIG, Francisco Javier, *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales: Modelos y evolución*, Grijley, Lima, 2007, p. 68.

mismos que son: (i) La validez de la ley, no solo se sustenta en la verificación del cumplimiento de la forma de su producción, sino también en la coherencia de su contenido con los principios constitucionales; (ii) La Constitución no solo disciplina las formas de producción legislativa, sino que impone también a estas prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales; (iii) La jurisdicción juega un rol importante, ya que está obligada a aplicar la ley, siempre y cuando sea constitucionalmente válida, ejerciendo un control sobre las mismas; y (iv) La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no solo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia<sup>(8)</sup>.

Paralelamente a la evolución teórica de la corriente en estudio, la justicia constitucional y ordinaria venía robusteciendo al neoconstitucionalismo a través de la jurisprudencia, ya que mediante las decisiones judiciales se daba el reconocimiento de que toda norma constitucional tiene *eficacia normativa y vinculante*. Así tenemos entre los precedentes europeos, la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional Español, TC N° 16/1982, en la que se indica lo que sigue: “*Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios (...) es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, están sujetos a ella [...]. Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales, quienes como todos los poderes públicos están además vinculados al cumplimiento y respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución*” (Fj 1 del 28/04/2008)<sup>(9)</sup>.

(8) Al respecto se recomienda la lectura de FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en AA.VV., *Neoconstitucionalismo*, Coordinador Miguel Carbonell, Edit. Trotta, Madrid, 2003, pp. 13-29.

(9) En igual sentido, tenemos TC 80 /1982: “Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su art. 91 donde se dice que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución”, sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor (...)”. Ver Tribunal Constitucional Español: STC 76/1988; STC 53/1985; STC 77/1985; STC 101/1983; STC 009-1981; y STC 076/1983.

Por este mismo tránsito, también viene recorriendo nuestro sistema jurídico, tal como se observa de la lectura de la sentencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional peruano, en el Exp. 00012-2006-AI, donde dicho colegiado ratifica la vigencia del Estado Constitucional de Derecho, al indicar lo siguiente: *“Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional supuso, entre otras cosas, (...) superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso –de la mano del principio político de soberanía popular– al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo”* (Fj. 3)<sup>(10)</sup>.

Las anteriores reflexiones permiten llegar a la conclusión de aceptar que actualmente en nuestro sistema jurídico viene produciéndose una transición del sistema de Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, la que en palabras de Pérez Luño implica el cambio en tres aspectos: a) De la primacía de la Ley a la primacía de la Constitución; b) de la reserva de la ley a la reserva de la Constitución; y c) del control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad<sup>(11)</sup>.

Sin duda, los cambios propugnados por el neoconstitucionalismo –como ya se afirmó supra– se vienen dando en el ámbito jurídico y político de los países democráticos, estableciéndose una estructura nueva en donde se percibe la omnipresencia de la Constitución y donde irradia su fuerza vinculante.

<sup>(10)</sup> En igual línea tenemos las STC recaídas en los Exp. N° 5854-2005-PA/TC; Exp. N° 014-2003-AI/TC; Exp N° 1124-2001-AA/TC; Exp. N° 0410-2002-AA/TC; Exp. N° 0005-2003-AI/TC; Exp. N° 5854-2005-AA/TC; Exp. N° 2877-2005-PHC/TC; Exp. N° 004-2004-AI/TC, entre otras.

<sup>(11)</sup> Cit. por ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier, cit. p. 106.

En suma, cabe subrayar aquí, que la columna vertebral en que se sustenta la estructura del neoconstitucionalismo es en la afirmación y vinculación del principio de “supremacía constitucional”, el mismo que reconoce el carácter jurídico y exigible de la ley suprallegal tanto en el **ámbito legal, político y social, en su aspecto formal como sustancial**; quedando claro entonces que a través de ella se pretende establecer un verdadero orden público constitucional. Como bien pone de manifiesto el profesor José A. Rivera: *“(...) el orden jurídico y político del estado está estructurado sobre la base del imperio de la Constitución que obliga por igual a todos, gobernantes y gobernados. Dentro del orden jurídico la Constitución ocupa el primer lugar, constituyéndose en la fuente y fundamento de toda otra norma jurídica, por lo que toda ley, decreto o resolución debe subordinarse a ella y no puede contrariarla. En el orden político se constituye en la fuente de legitimación del poder político, pues lleva implícita toda una filosofía que sirve de orientación no sólo a los gobernantes sino también a los gobernados”*<sup>(12)</sup>.

Queda así, en evidencia que el mencionado fenómeno de constitucionalización imperante, se caracteriza –como lo señala Ricardo Guastini– por una Constitución extremada invasora, entrometida (pervasiva, invidente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales (interprivatos)<sup>(13)</sup>.

En nuestro sistema jurídico, subyace el reconocimiento expreso de este fenómeno de desbordamiento constitucional, que encuentra asidero en lo establecido en el artículo 51° de nuestra Constitución, en donde dispone

<sup>(12)</sup> RIVERA SANTIVAÑEZ, José A., “Supremacía Constitucional y Sistemas de Control de Constitucionalidad”, en AA.VV., *Derecho Procesal Constitucional*, Coordinadora Susana Ynés Castañeda Otsu, Tomo I, Jurista Editores, Lima, 2003.

<sup>(13)</sup> Ver GUASTINI, Ricardo, Ponencia: “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano”, la que fue presentada en el XV Congreso Internacional de Derecho Comparado (Bristol, 1998), en la sesión coordinada por Louis Favores, dedicada a “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en AA.VV., *Neoconstitucionalismo*, cit., p. 49.

que “[la] Constitución prevalece sobre toda norma de rango legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)”, norma que le otorga supremacía desde el punto de vista objetivo-estructural. En este orden de ideas tenemos lo afirmado en el artículo 38° del cuerpo fundamental, en el que menciona: “Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, *cumplir y defender la Constitución* y el ordenamiento jurídico de la Nación” (la cursiva es nuestra); y en el artículo 45°, nuestra Carta Magna prescribe: “El Poder del Estado emana del Pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las *limitaciones y responsabilidades que la Constitución* y las leyes establecen” (la cursiva es nuestra), con las cuales le otorga supremacía desde el punto de vista subjetivo-institucional.<sup>(14)</sup>

En suma, esta corriente neoconstitucional se afinó también en nuestro país, así lo señala Christian Donayre Montesinos, quien con su brillante precocidad intelectual se refirió al respecto: “[En] nuestro país se ha asumido, por un lado, la Constitución como una norma jurídica particular con un contenido valorativo y, por otro lado, los derechos fundamentales como principios que inspiran el ejercicio de toda cuota de poder y, como tales, que irradian a todo el ordenamiento jurídico. Por tal motivo, ahora surge la obligación de los jueces en general y de los jueces constitucionales en particular tanto de optimizar su ejercicio como de ponderar sus decisiones cuando se está ante conflictos constitucionales”<sup>(15)</sup>.

Manifiestamente estos cambios han hecho revalorar los contenidos de las Constituciones, las que toman una importancia tal, por ser vinculantes y sobre todo porque dichas normas supremas giran en torno al eje principal:

<sup>(14)</sup> De la lectura de estos apartados se colige la reafirmación en sustancia, del acogimiento de la corriente neoconstitucional, ya que supone la existencia de una norma *supra* —la Constitución— encargada de consignar la regulación normativa básica de la cual emana la validez de todo el ordenamiento legal y de todo acto realizado por el Estado y los particulares en sus relaciones entre sí. Leer STC Exp. N° 0030-2005-PI/TC.

<sup>(15)</sup> DONAYRE MONTESINOS, Christian, Ponencia titulada “Interpretando la procedencia del amparo electoral desde una perspectiva neoconstitucionalista”, presentada en el **III Encuentro Nacional de Derecho: “Prima Principia: Volviendo a los inicios”**, organizado por la Escuela de Derecho de la Universidad César Vallejo – Filial Tarapoto, realizado en la ciudad de Tarapoto los días 24 al 26 de setiembre de 2009.

la defensa de la dignidad de la persona humana; la que es concebida como un principio-derecho-valor, pero principalmente presupuesto de todo Estado Constitucional y del reconocimiento de los derechos fundamentales que subyacen en ella, otorgándole legitimidad jurídica y moral al sistema imperante. Al respecto debemos reproducir lo afirmado certeramente por el máximo intérprete de la Constitución en la STC 0010-2001-AI: “*El principio generador de respeto a la dignidad de la persona por el solo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto es el imperio que transita en el primer artículo de nuestra Constitución*” (el negreado es nuestro)<sup>(16)</sup>.

Ello implica que, hoy en día, no se podrá concebir un Estado Constitucional fuerte, si no existe en su *Ley Fundamental* el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona (parte dogmática)<sup>(17)</sup>, existiendo una relación siamésica entre ambos, por tanto, una no puede subsistir sin la otra; una es causa de la otra y viceversa. En síntesis, no puede concebirse un Estado Constitucional —al menos que se catalogue como tal— sin que exista un reconocimiento en su *lex máxima* de los derechos fundamentales y valores que subyacen reconocidos expresa y tácitamente en ella; así como su eficacia en el ámbito de las relaciones horizontales y verticales que se dan en toda sociedad.

Este grado de evolución de la corriente moderna originó un grave problema: el de cómo hacer efectivos dichos derechos fundamentales; inconveniente que fue resuelto de manera inmediata a través del nacimiento de un nuevo orden procesal “*sui generis*” que vuelva viable la efectividad de los derechos fundamentales y valores que irradian de la Constitución, cuando

<sup>(16)</sup> Igual sentido se observa en las sentencias de nuestro máximo intérprete constitucional: Exp. N° 1006-2002-AA/TC; 0044-2004-AI/TC; 2016-2004-AA/TC, y 0030-2005-PI/TC; 008-2003-AI/TC; 0034-2004-PI/TC, entre otros.

<sup>(17)</sup> La gran mayoría de constituciones contemporáneas ostentan una parte dogmática en la que reconoce los derechos fundamentales, así como los principios rectores de la política jurídica, social económica, financiera y tributaria; y en su parte orgánica; establece la estructura básica de la organización del Estado; sumado a ello existe una tercera parte donde se reconocen las garantías o mecanismos para fortalecer ambos aspectos.



estos se ven desconocidos y amenazados por quienes ejercen poder público o privado, otorgando la responsabilidad de ser garantes de la Constitución a los jueces constitucionales (justicia especializada), quienes a través de procesos expeditivos y urgentes puedan concretar el Estado Constitucional, cuando se vea amenazado con conflictos de índole constitucional. En suma, el derecho procesal constitucional y la jurisdicción constitucional son una exigencia del Estado Constitucional de Derecho.

Así, el derecho procesal constitucional emerge como una rama diferente del derecho procesal común, y surge como una necesidad de responder a las tendencias del mundo contemporáneo, que exige la presencia de un orden social más humano, que se encamine a reconocer de manera efectiva la vigencia de los derechos fundamentales y los valores y principios democráticos de carácter constitucional, concretizando así una justicia constitucional<sup>(18)</sup>.

### III. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO DERECHO EMERGENTE Y AUTÓNOMO

Iniciamos este tópico afirmando que la doctrina no se ha puesto de acuerdo en cuanto a la denominación exacta que ha de darse a esta rama del derecho procesal que pretende la concretización efectiva de la Constitución y el restablecimiento del orden constitucional. Ello se deduce de la simple lectura de la bibliografía existente, tanto americana como europea, en la que recogen entre otros apelativos para referirse a la emergente disciplina: justicia constitucional, jurisdicción constitucional, judicatura constitucional, control constitucional o derecho procesal<sup>(19)</sup>, hecho que trae muchas veces

<sup>(18)</sup> Ya el profesor Osvaldo Alfredo Gozaíni lo indicaba: “Lo cierto es que enfocando solamente la reacción entre el proceso y la Constitución, aparece la necesidad de auspiciar un movimiento diferente al que tiene la teoría del proceso; exigencia que advierte una de las causales por las cuales se genera el ‘Derecho Procesal Constitucional’: **surge a partir de los reclamos del hombre para ‘garantizar’ efectivamente sus derechos**”. En *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 49.

<sup>(19)</sup> El insigne jurista Héctor Fix Zamudio, refiere con gran sencillez: “Lo cierto es que en la actualidad existe un amplio debate sobre la denominación que debe dársele a la disciplina científica que estudia los instrumentos establecidos en los diversos ordenamientos jurídicos

confusiones; sin embargo, ello se debe a que constituye un derecho que viene consolidándose respecto al objeto de estudio que la contiene, la que difiere según cada sistema jurídico<sup>(20)</sup>.

Sin embargo, no pretendemos –al menos por ahora– realizar un desarrollo pormenorizado de los diversos puntos de vista respecto a la denominación, ya que ello tomaría más allá del espacio que nos permite el escribir este opúsculo, pero sobre todo por no estar en la órbita central del tema en análisis, empero dejamos sentada nuestra posición, en cuanto compartimos la postura de nominar a esta disciplina como “Derecho Procesal Constitucional”, nomen juris que es aceptado mayoritariamente en la dogmática jurídica de América.

Precisamos que el contenido del Derecho Procesal Constitucional está dado –como lo afirma César Astudillo<sup>(21)</sup>– por aquellas categorías mediante las cuales se tutela la Constitución, optándose así por una tesis amplia, la

para la resolución de los conflictos o controversias de carácter estrictamente constitucional, ya sea que dicha decisión se encomiende a tribunales especializados en sentido propio, o bien aquellos de mayor jerarquía o inclusive a los jueces ordinarios, al menos en sus primeras etapas”. Ver FIX ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, 1ª ed., Fundación Universitaria de Derecho, Administración Política, S.C. Fundad, México, 2002, p. 20.

<sup>(20)</sup> Con respecto al objeto de estudio de esta disciplina, hay varias posturas que demuestran que también en este punto es un tema inacabado: a) **tesis restringida**, sostenida por Néstor Sagüés y Pablo Luis Manili, quienes conciben que el objeto de estudio incluye los procesos constitucionales y la magistratura constitucional; b) **tesis intermedia**, sostenida por nuestro erudito y connacional Domingo García Belaunde, quien postula que el Derecho Procesal Constitucional incluye el estudio de los dos temas ya referidos, más la jurisdicción constitucional, la que abarca el valor jurídico de la Constitución, el control constitucional, la interpretación constitucional entre otros temas; y c) **tesis amplia**, sostenida por Osvaldo Gozaíni que agrega, a todo ello, el estudio del debido proceso. Ver MANILI, Pablo Luis, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, en AA.VV., *Derecho Procesal Constitucional*, Coordinador Pablo Luis Manilli, Edit. Universidad, 1ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 31.

<sup>(21)</sup> Ver ASTUDILLO, César, “Doce Tesis en torno al Derecho Procesal Constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo I: *Teoría General del Derecho Procesal Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Formación Gráfica S.A., 1ª ed., México, 2008, pp. 247-302.

cual compartimos; en suma, dicha rama engloba el estudio dogmático-teórico de los diversos procesos constitucionales, la magistratura constitucional, así como la jurisdicción constitucional y las instituciones procesales específicas que incluye el debido proceso; y que tiene como fin el de satisfacer dos bienes jurídicos tutelados: los derechos fundamentales de los ciudadanos y el principio de supremacía constitucional<sup>(22)</sup>.

En lo que sí no hay duda, debido a la uniformidad de criterio existente, es en afirmar que el Derecho Procesal Constitucional constituye hoy por hoy, una disciplina novísima que ha logrado una identidad y fisonomía propia, contando con una carga genética que difiere de las demás ramas del derecho procesal (civil, laboral, contencioso administrativo, penal, entre otros), en tanto ha surgido de la exigencia impuesta por la corriente neoconstitucional imperante en los sistemas democráticos.

Sin duda, esta rama científica es considerada en el escenario latinoamericano –incluido nuestro país– como la más importante, pese a su juventud respecto a las demás ramas del derecho procesal vigente e incluso superando al clásico derecho procesal civil. Así lo puso de relieve el maestro y miembro del Tribunal Constitucional Peruano, Dr. Gerardo Eto Cruz, en su obra “El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” al expresar en los preliminares:

“La vertiginosa presencia del Derecho Procesal Constitucional viene cobrando un vigoroso fortalecimiento dentro del concierto de las demás ramas procesales; al extremo que de *capitis diminutio* frente al desarrollo epistémico del procesalismo ortodoxo y clásico, hoy bien puede afirmarse que ella, sin proponérselo, se

(22) Para una mayor amplitud del tema se recomienda leer GOZAINI, Osvaldo ALFREDO, cit., pp. 33-70. En esta misma línea, tenemos lo señalado por HITTERS, Juan Carlos, en su artículo jurídico titulado “El Derecho Procesal Constitucional”, editado en la obra colectiva promovido como coordinador FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación A.C., 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 2002, p. 286. En ella manifiesta: “[...] otra de las cuestiones ariscas que hemos dejado planteado –pero no resueltas– es la relativa al contenido de la disciplina en cuestión, aunque en términos generales dijimos que abarca: 1) el debido procesal legal, 2) las garantías de las partes, 3) las categorías de la jurisdicción legal, y 4) las garantías judiciales”.

está convirtiendo en la *primus inter pares* (el más importante entre las iguales) en relación a las clásicas disciplinas del Derecho Procesal Civil, Penal, laboral, etc.”<sup>(23)</sup>.

Indistintamente de la importancia que viene gestando esta rama jurídica a nivel del derecho procesal moderno, resulta trascendente para nuestro estudio el revelar el carácter *autónomo* con el que cuenta el Derecho Procesal Constitucional, al menos en el ámbito pedagógico y científico<sup>(24)</sup>; autonomía que se refleja, como lo afirman los maestros Eduardo Ferrer Mac-Gregor<sup>(25)</sup> e Iván Escobar Fornos<sup>(26)</sup>, en la consolidación de los cuatro aspectos que determinan que una disciplina llegue a formar una rama autónoma: legislación, magistratura especializada, doctrina y el sentido común<sup>(27)</sup>.

En nuestro país, al igual que en otros países latinoamericanos, como Argentina, Brasil, México y Costa Rica, el Derecho Procesal Constitucional es una disciplina jurídica consolidada<sup>(28)</sup>. Así tenemos en lo que respecta a nuestro sistema jurídico:

(23) Ver ETO CRUZ, Gerardo, *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*, Centro de Estudios Constitucionales dentro del proyecto Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú – JUSPER, Edit. Gráfica CARVIL SAC, 1ª ed., Lima, 2008, p. 19.

(24) Debemos aclarar que la terminología de “autonomía del Derecho Procesal Constitucional” es dada en referencia al ámbito doctrinario-científico, y no a la errada autonomía del Tribunal Constitucional que algunos propugnan, en cuanto a que el máximo intérprete de la Constitución puede vía interpretación suplir las normas del Código Procesal Constitucional y tomar una posición de legislador; posición que no compartimos y con la que marcamos distancia.

(25) Ver FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, en su ponencia titulada “El Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica autónoma”, presentada en el Primer Coloquio Internacional sobre Derecho Procesal Constitucional”, organizado por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, del 23 al 25 de septiembre de 2004.

(26) Ver ESCOBAR FORNOS, Iván, en su artículo “Fundamentos del Derecho Procesal Constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo, cit., pp. 420-422.

(27) Indudablemente para que una materia se jacte de ser autónoma es preciso que tenga principios propios, importancia reconocida, generalidad, amplitud, unidad de materia, estudios teóricos y sistematizados, un fuerte sector doctrinal que cultive la especialidad y respalde con argumentos a esta nueva rama, y una ley o Código que regule la parte orgánica, jurisdiccional y procesal.

(28) En países latinoamericanos como Chile, Bolivia, Uruguay, Colombia, Venezuela, entre otros, se considera al DPC como una disciplina aún en desarrollo.

### a) La legislación

En nuestro país, tenemos un marco constitucional que reconoce la calidad de *lex superior* de los procesos constitucionales, el que es concebido como mecanismos que tienen como finalidad garantizar la vigencia de la Constitución. Así se desprende de la lectura del artículo 200 de nuestra vigente Carta Magna, donde se reconocen los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data, inconstitucionalidad, acción popular y acción de cumplimiento.

Lo más resaltante y lo que marcó el hito fundamental en el desarrollo legislativo de esta disciplina fue la dación de la Ley N° 28237- Código Procesal Constitucional, publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 31-05.2004, y vigente –por “vacatio legis”– a partir del 01.12.2004, norma que fue aprobada por el Congreso de la República con una votación abrumadora (72 votos a favor), debido al consenso existente en el Congreso de la República. Dicha norma era importante no solo porque se logró ordenar la legislación existente sobre la materia, sino por la sistematización de las mismas, por la inclusión de un Título Preliminar en el cual se reconocían los principios procesales propios de la materia, así como por la modernización de la nomenclatura científica, y lo más trascendente, porque se acogió un sistema de urgencia y residualidad en los procesos constitucionales; erigiéndose así en un cuerpo normativo moderno y sistematizado, el primero en Latinoamérica.

Dicha modernidad se debió tal vez, porque quien elaboró verdaderamente dicho anteproyecto de ley, fue una comisión “autoconvocada” por estudiosos del derecho constitucional y procesal peruano, como son los ilustres juristas Domingo García Belaunde (presidente), Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordoñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Juan Monroy Galvez, Arsenio Oré Guardia; quienes no estaban contaminados políticamente, ya que el factor común entre ellos era el interés académico de lograr desarrollar y modernizar la normatividad procesal constitucional; posteriormente dicho anteproyecto fue recogido por una comisión multipartidaria del Congreso y fue presentada –con algunas modificaciones– al órgano legislativo para su aprobación, materializándose así el tan ansiado Código Procesal Constitucional.

Consolidada la autonomía normativa con un cuerpo normativo que sistematizara los procesos constitucionales, esto se vio complementado con

la Ley 28301 – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que regulará la parte orgánica, así como las facultades, derechos y prohibiciones del máximo intérprete de la Constitución. Con ello quedó robustecida esta rama jurídica naciente a nivel legislativo.

### b) La magistratura especializada

No quepa la menor duda de que en nuestro sistema jurisdiccional se viene consolidando –como ocurrió con otras especialidades: jueces civiles, penales, laborales, contencioso-administrativos, etc.– la especialidad de la magistratura constitucional, a la cual por fines estrictamente académicos denominaremos “jueces constitucionales”, concepto en el cual se comprende a todos los magistrados que se encuentran dentro de la estructura del Poder Judicial y fuera de ella –Tribunal Constitucional– que ejercen “jurisdicción” sobre conflictos netamente constitucionales.

Así tenemos como es obvio que los magistrados que conforman el órgano ad hoc como es el Tribunal Constitucional, tienen jurisdicción especializada en materia estrictamente constitucional, y se reconoce su competencia en los diversos procesos constitucionales; afirmación que se desprende de lo prescrito en el artículo 2° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>(29)</sup>, así como de los artículos 18° y 98° del CPC<sup>(30)</sup>.

Sin embargo, se aclara que las competencias que ostenta el Tribunal Constitucional son exclusivas y compartidas. Entre las competencias exclusivas que ostentan dichos magistrados y que actúan como órgano colegiado e instancia única son la de conocer los procesos de inconstitucionalidad y

<sup>(29)</sup> **Art. 2° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:** “El Tribunal Constitucional es competente para conocer de los procesos que contempla el artículo 202 de la Constitución”.

<sup>(30)</sup> **Art. 18° del C.P.Const.:** “Contra la resolución de segundo grado que declara fundada, infundada o improcedente la demanda, procede el recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días (...)”.

**Art. 98° del C.P.Const.:** “La demanda de inconstitucionalidad se interpone ante el Tribunal Constitucional y sólo puede ser presentada por los órganos y sujetos indicados en el art. 203 de la Constitución”.

competencial; y en cuanto a las competencias compartidas con el Poder Judicial, tenemos que actúan como instancia última, vía recurso de agravio constitucional, en los procesos constitucionales de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento. En el único proceso que no ejerce jurisdicción el Tribunal Constitucional, es en los procesos de acción popular, ya que su competencia está dada exclusivamente al Poder Judicial.

Por otro lado, tenemos que a nivel del Poder Judicial, en un inicio se otorgó competencia constitucional a los jueces ordinarios para efectos de que puedan conocer de materia constitucional, conjuntamente con la materia de sus especialidades. Así tenemos que el Juez Civil o Mixto tiene competencia para conocer los procesos de amparo –incluido el amparo judicial–, habeas data, cumplimiento; y los jueces penales deben conocer los procesos de habeas corpus; sin embargo, en los últimos años, se ha venido reconociendo a nivel del mismo Poder Judicial la importancia y consolidación de la materia constitucional, es por ello que se ha implementado nuevos Juzgados Constitucionales, donde el Juez a cargo, será un Juez especializado en materia constitucional, con competencia exclusiva para conocer conflictos constitucionales.

Así tenemos que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, de acuerdo a las prerrogativas como órgano de gobierno del Poder Judicial, instauró mediante las *Resoluciones N° 009-2006-CE-PJ de fecha 26.01.2006 y N° 0318-2008-CE-PJ de fecha 17.12.2008*, la especialidad constitucional en sedes de primera instancia. Así se creó el Juzgado Especializado en lo Constitucional en Ayacucho y se procedió a la conversión del 21°, 30°, 32°, 42°, 46°, 52°, 56°, 57°, 58° y 61° Juzgados Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el 1° al 10° Juzgado Especializado en lo Constitucional<sup>(31)</sup>. Recientemente bajo la misma tendencia de espe-

<sup>(31)</sup> Esta última resolución que instaura 10 Juzgados Especializados en la Corte Superior de Lima, se fundamenta específicamente en razón de que el 23.28% de la carga procesal de expedientes en trámites de los Juzgados Especializados de la referencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, a setiembre del año 2008, era materia constitucional (amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento); al igual que el 34.98% de los expedientes principales, en ejecución en dicha materia, así como la naturaleza de dichos procesos. Se precisa que la iniciativa de crear Juzgados Especializados data desde el año 2003, y fue materia del planteamiento realizado por el Grupo Temática de la Reforma de la Justicia Civil de la Comisión de magistrados constituida

cialización, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 032-2010-CE-PJ de fecha 25 de enero de 2010, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de marzo de 2010, resolvió convertir el Juzgado Contencioso Administrativo Permanente, en Juzgado Constitucional y Contencioso Administrativo de Cuzco.

A nivel de Jueces Superiores y Salas Superiores especializadas, aún no se ha implementado la especialidad constitucional, salvo la excepción que se ha presentado tanto en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque que por disposición de la Resolución N° 009-2006-CE-PJ de fecha 26.01.2006, cuenta con una Sala Especializada en Derecho Constitucional con sede en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

Por otro lado, en instancia suprema del Poder Judicial, tenemos la presencia de 2 Salas Constitucionales y Sociales: una Permanente y otra Transitoria, las que tienen competencia en materia constitucional, pero que no es exclusiva, ya que comparte jurisdicción con otras materias, sin embargo, no existen jueces supremos especializados en dicha materia y mucho menos una capacitación al respecto. Lo cierto es que se ha dado inicio al proceso de consolidación de la especialidad constitucional a nivel del Poder Judicial, lo cual exigirá un cambio normativo en nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial para reconocer positivamente las competencias de los jueces constitucionales y el reconocimiento de dicha judicatura especializada.

Figuroa Gutarra al abordar la tesis imperante de los jueces constitucionales, señala que está arraigado en ciertos ordenamientos jurídicos: “En el caso del Perú, la Sala Constitucional de Lambayeque, así como el Juzgado Constitucional de Ayacucho, representan las primeras experiencias constitucionalmente definidas y representan el primer intento afianzado de delegar materias constitucionales en jueces constitucionales. Esta iniciativa denota, pues, la construcción firme y acentuada de una verdadera especialización constitucional y, justifica, de suyo, que exista no solo una

por el entonces Dr. Hugo Sivina. El texto complejo de dicho informe puede leerse en [www.justiciaviva.org.pe/reestruc/info3.pdj](http://www.justiciaviva.org.pe/reestruc/info3.pdj). Actualmente se ha precisado la competencia territorial de dichos Juzgados Constitucionales en la Corte Superior de Lima, mediante la Resolución Administrativa N° 153-2009-CE-PJ de fecha 07.05.2009.



jurisdicción constitucional en su sentido abstracto, sino una competencia en asuntos constitucionales prevista en una norma procesal, delegando la responsabilidad de resolver controversias constitucionales en órganos constitucionales especializados<sup>(32)</sup>.

En suma, tras lo expuesto y aunándonos al fenómeno de la configuración de una magistratura especializada constitucional, debemos predecir que en tiempo no muy lejano se concretizará totalmente la especialidad en todos los niveles del Poder Judicial, aclarando que —en nuestra opinión— el Juez Constitucional deberá contar con una formación académica y ética comprobada; pero sobre todo con un alto índice de prudencia, una actitud de decencia y austeridad, y un claro “sentido de justicia”; exigencia que se requiere en la medida en que a diferencia de los demás jueces, ellos tienen la difícil misión de ser garantes de la Constitución, aun a pesar —y en contra— de las reglas de la mayoría<sup>(33)</sup>, debiéndose exigir una mayor rigurosidad en la selección y nombramiento de dichos magistrados por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, para así poder garantizar una justicia y orden constitucional en una sociedad democrática como la nuestra<sup>(34)</sup>.

<sup>(32)</sup> Ver FIGUEROA GUTARRA, Edwin, “El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: Bases Conceptuales y jurisprudencial”, en AA.VV., revista *Gaceta Constitucional* N° 43, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2011, pp. 303 y ss.

<sup>(33)</sup> Al respecto los juristas Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro y Rodolfo Vásquez expresan que “El Constitucionalismo actual demanda hoy más que nunca un replanteamiento de la figura del juzgador; su formación, su compromiso ético y la defensa de ciertos valores constitucionales son factores que determinan un cambio de paradigma en la tarea de juzgar. El juez se convierte en garante de la Constitución aun a pesar —o incluso en contra— de las reglas de la mayoría”, en AA.VV., *Jueces y Derechos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª ed., Edit. Porrúa, México, 2004, p. XII. Así también lo expresa el venezolano Allan Brewer-Carías, “el juez constitucional al proteger la Constitución, siempre tiene un deber adicional al juez ordinario: debe defender la Constitución y, en especial, los valores que en un momento dado estuvieron en la base de su creación con miras a ‘mantenerla viva’”. Cit. por COLOMBO CAMPBELL, Juan, “Funciones del Derecho Procesal Constitucional”, en *Ius et Praxis*. Vol. 8, N° 02, Talca, 2002, versión on line.

<sup>(34)</sup> Ello constituye un clamor por parte de los mismos abogados, quienes exigen una capacitación y especialización de los que asuman la magistratura constitucional en sede del Poder Judicial. Así tenemos como ejemplo el comentario realizado por el Dr. José Miguel Cárdenas Mares en el boletín informativo judicial del Estudio Jorge Avendaño V. Abogados, transcrita en su página web: <http://www.ejav.com.pe/informativop/pdf/opinion/opinion0309.pdf>

### c) La doctrina específica

Asimismo, el Derecho Procesal Constitucional se ha venido insertando como materia independiente y con una fuerza inusitada en los planes curriculares y programas de estudio de pregrado de diversas facultades y escuelas de derecho, e incluso se vienen promoviendo maestrías de la especialidad. A ello debe sumarse la presencia de una multiplicidad de cursos, diplomados, seminarios, coloquios académicos y conferencias, dedicados al estudio y análisis de sus instituciones.

A lo anterior es preciso agregar la presencia de una abundante bibliografía jurídica sobre nuestra materia: entre artículos, ensayos, monografías y libros sobre la especialidad; sin embargo, es importante aclarar que no existe aún un Tratado —estrictamente hablando— que aborde el tema. Solo como ejemplo podemos citar: (i) Elvito Rodríguez Domínguez, *Manual de Derecho Procesal Constitucional*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2003; (ii) César Landa Arroyo, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Palestra editores, Lima, 2003; (iii) Gerardo Eto Cruz, *Breve Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Impresiones Gráficas, Trujillo, 1992; (iv) Samuel Abad Yupanqui, *Derecho Procesal Constitucional: Antecedentes, desarrollo y desafíos en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004; (v) Domingo García Belaunde, *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, 2ª ed., Idemsa, Lima, 2008; (vi) AA.VV., *Derecho Procesal Constitucional*, Coordinadora Susana Castañeda Otsu, El Jurista, Lima, 2003; (vii) Aníbal Quiroga León, *Derecho Procesal Constitucional y el Código Procesal Constitucional*, Ara Editores, Lima, 2005; (viii) Luis Castillo Córdova, *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, Palestra editores, Lima, 2008; (ix) Samuel Abad Yupanqui, *El Proceso Constitucional de Amparo*, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2008; (x) Carlos Mesías, *Exégesis del Código Procesal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004; (xi) AA.VV., Coordinador José Palomino Manchego, *El Derecho Procesal Constitucional Peruano: Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, Tomos I y II, Grijley, Lima, 2006; (xii) AA.VV., *Código Procesal Constitucional comentado*, Normas Legales, Trujillo, 2005; (xiii) AA.VV., *Código Procesal Constitucional Comentado: Homenaje a Domingo García Belaunde*, Edit. Adrus, 1ª ed., Lima, 2009; (xiv) AA.VV., *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional: Análisis de*



los procesos constitucionales y jurisprudencia de artículo por artículo, Gaceta Jurídica, 1ª ed., 2009; (xv) Luis Castillo Córdova, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomos I y II, Palestra editores, 2ª ed., Lima, 2006; (xvi) Roberto Alfaro Pinillos, *Guía Exegética y práctica del Código Procesal Constitucional*, Grijley, 1ª ed., Lima, 2008; (xvii) Walter Díaz Zegarra, *Exégesis del Código Procesal Constitucional Peruano*, Edit. San Marcos, Lima, 2005; (xviii) AA.VV., *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Idemsa, Lima, 2009; (xix) AA.VV., *La reforma del proceso de amparo: La experiencia comparada*, Coordinadores Samuel Abad Yupanqui, Palestra editores, Lima, 2009; (xx) AA.VV., *Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional: Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés*, (2 Tomos), Coordinador Gerardo Eto Cruz, Edit. Adrus, Lima, 2011, entre otros<sup>(35)</sup>.

A ello le sumamos la presencia de revistas especializadas en la materia como son las revistas *Jus Constitucional*, *Gaceta Constitucional*, *Cuadernos Constitucionales*, entre otros, que tratan los temas referidos al Derecho Procesal Constitucional.

#### d) El sentido común

Las cosas deben verse tal como son, por tanto, el sentido común hace concluir que la coexistencia de los elementos mencionados: legislación, magistratura y doctrina especializada, han robustecido la consagración del Derecho Procesal Constitucional como una disciplina autónoma. El jurista Alvaro d'Ors afirma categóricamente: “[...] si se ha producido una legislación dirigida a la regulación de procesos y jurisdicción constitucionales, si es evidente la expansión de órganos especializados en la resolución de los conflictos constitucionales, y si es ostensible que la doctrina es cada vez más creciente sobre estos temas, es posible afirmar que la sistematización de ese conocimiento habrá de desembocar en una disciplina jurídica, en este caso, corresponde con el Derecho Procesal Constitucional. Así como al lado del derecho civil

<sup>(35)</sup> Seguramente he omitido algunos otros autores y libros, sin embargo, expreso mis disculpas por ello.

existe un derecho procesal civil, o como al lado del derecho penal hay un derecho procesal penal, es de **sentido común** pensar que paralelamente al derecho constitucional, existe también el derecho procesal constitucional, como parcela jurídico-procesal en la que habrá de sistematizarse los instrumentos, predominantes de carácter procesal, tendentes a la salvaguarda de las reglas, principios y valores de la normatividad fundamental”<sup>(36)</sup>.

Reconocida la autonomía del Derecho Procesal Constitucional en nuestro sistema jurídico por los argumentos ya esgrimidos, pasamos a indicar que ha sido el mismo Tribunal Constitucional el que lo ha reconocido; así se desprende la lectura de la STC Exp. N° 0005-2005-CC (fundamento 4), al señalar lo siguiente:

“[...] que si bien el Derecho Procesal Constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve –la Constitución– **debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad que éste presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico**” (el subrayado es nuestro).

En este mismo sentido, se expresa en la STC Exp. N° 025-2005-PI/TC, (Fundamento 15), que a la letra dice:

“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. Este 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’”<sup>(37)</sup>.

<sup>(36)</sup> Ver FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, en su ponencia titulada “El Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica autónoma”, cit.

<sup>(37)</sup> El mismo sentido se expresa dicho órgano colegiado en las STC recaídas en los Exp. N° 266-2002-AA/TC y 023-2005-AI/TC.

#### IV. LA AUTONOMÍA NORMATIVA DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LA SUPLETORIEDAD DE LOS CÓDIGOS PROCESALES

El Derecho Procesal Constitucional se activa –según refiere Juan Colombo Campell<sup>(38)</sup>– ante la existencia de un conflicto constitucional, lo que impulsa el ejercicio de su jurisdicción a través de un proceso judicial sui generis, en el cual los jueces constitucionales aplican la Constitución directamente como norma *decisoria litis*, restableciéndose así el orden constitucional.

El conflicto constitucional se produce cuando una persona o un órgano público, con su acción u omisión, genera como resultado la infracción valórica, formal o sustancial de preceptos o principios contenidos en la constitución. Es por ello que el derecho exige un tratamiento legal diferente a la solución de dichos conflictos, la que solo puede darse a través de un orden procesal con una tipología propia, que contenga categorías “particulares”, pero adecuadas, al derecho diferenciado al que se encamina a servir; lo que permite asegurar que dicho ordenamiento procesal especial dista del resto de los ordenamientos procesales existentes. Como bien lo explicó el profesor César Astudillo:

“[...] el dato diferenciador reside entonces en la existencia de determinados procesos y procedimientos especiales para hacer posible la protección constitucional, alejados lógicamente de los procesos comunes, y en cuya resolución se emplean normas especiales que regulan la actuación de los órganos de tutela, a efecto de que pueda advertirse la separación entre el ‘orden procesal general’ y el ‘orden procesal específico o constitucional’, pues son órdenes normativos a los que no pueden dárseles la misma consideración, por existir entre ellos una diferenciación de grado y contenido que los aleja de forma incontestable. En síntesis, lo que en verdad interesa es que **los conflictos constitucionales se solventen a través de la utilización de un derecho procesal especial y no mediante el empleo de un derecho ordinario o general**”<sup>(39)</sup> (el negreado es nuestro).

<sup>(38)</sup> Ver COLOMBO CAMPBELL, Juan. Idem.

<sup>(39)</sup> Ver ASTUDILLO, César, cit., p. 252.

Concordando con las ideas expresadas, el notable jurista y profesor de la Universidad de Bayreuth, Peter Häberle, ha calificado que “[...] *El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado, implica necesariamente tomar una cierta distancia con respecto a las demás normas procesales*”<sup>(40)</sup>.

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional ha dejado sentado, en las sentencias de los Expedientes N° 0023-2005-PI/TC y N° 0266-2002-AA/TC, dicha diferenciación entre las normas del derecho procesal constitucional con el resto de los procesos ordinarios, ello debido a que tienen naturaleza diferente. Señala el órgano jurisdiccional que son cuatro los criterios por los cuales se diferencian:

- 1) Por sus fines. Los procesos ordinarios no tienen por objeto esencial hacer efectivo el principio de supremacía constitucional ni siempre persiguen la protección de los derechos fundamentales.
- 2) Por el rol del juez. En los procesos constitucionales, el juez constitucional tiene un mayor control de la actuación de las partes.
- 3) Por los principios orientadores. Si bien los principios procesales se aplican en los procesos constitucionales y en los ordinarios, se debe tener en cuenta que la aplicación de los principios en los procesos constitucionales es más intensa en función de los fines que persiguen.
- 4) Por su naturaleza. Los procesos constitucionales tienen un doble carácter subjetivo-objetivo, debido a que persiguen la vigencia de los derechos fundamentales, tanto en su dimensión subjetiva como en su dimensión objetiva (como valores materiales del ordenamiento jurídico).

Bajo el ámbito descrito líneas arriba que concluye en la existencia de la originalidad del Derecho Procesal Constitucional, resulta trascendente

<sup>(40)</sup> Ver HÄBERLE, Peter, “El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”, en AA.VV., revista *Gaceta Constitucional*, Tomo 2, Gaceta Jurídica, Lima, febrero 2008, p. 486.

el recuento de la experiencia nacional en dicho sentido, ya que incluso se materializa a través de una justicia de probabilidades en mérito a que la urgencia obliga el riesgo de equivocarse en pro de los derechos fundamentales o los valores que lo inspiran, a diferencia de la justicia ordinaria, que imparte una justicia de certeza.

En el decurso del tiempo, observamos que existen dos momentos históricos que están claramente delimitados, constituyendo el punto de quiebre o la línea fronteriza entre ambos: la dación y vigencia de la Ley N° 28237, la que entró en vigencia el 01.12.2004. Antes de ella, encontramos que las acciones de garantías constitucionales, como se llamaban, estaban reguladas por la Ley N° 23506 – Ley de Habeas Corpus y Amparo, la que acogía normas procesales que se confundían con las categorías propias del derecho procesal civil, existiendo una dependencia casi total respecto del Código Procesal Civil, perdiendo totalmente su identidad. La nocividad de las concepciones limitadas del derecho procesal civil trajo consigo muchas veces el desamparo de los derechos fundamentales, en la medida en que se aplicaba un Código Procesal iusprivatista a una realidad distinta, como era la constitucional; prueba de ello es que en la praxis se aplicaban totalmente las instituciones contenidas en el Código Procesal Civil como era el caso de la inhibición por decoro, recusación e impedimentos en las llamadas acciones de amparo, originándose la dilación del proceso y, por lo general, la sustracción de la materia<sup>(41)</sup>.

El segundo momento, y el más importante, al que llamaremos de “independización”, se dio recientemente con la promulgación de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, con el cual se logró la especificidad del Derecho Procesal Constitucional a través de la autonomía normativa, en la que se introducen nuevas instituciones, se vetan otras y algunas se transforman con la finalidad de servir a un proceso constitucional más flexible. Ello originó una regla general: la aplicación específica del CPC en todo proceso

<sup>(41)</sup> Esta experiencia primigenia vivida por el Derecho Procesal Constitucional peruano, también se dio antaño en la experiencia italiana, allá por los años 1947, así como en algunos países de América, a partir de la segunda mitad del siglo XX.

constitucional, antes que otros ordenamientos jurídicos procesales, por lo que la supletoriedad se utilizará de una manera “restringida” y no abierta como pasaba antaño; pese a ello, hasta ahora, existe por parte de jueces y abogados una renuencia a la adaptación al nuevo cuerpo normativo y sobre todo al espíritu que irradia.

Esta individualidad e identidad propia de las normas procesales constitucionales se materializó como principio específico de este ordenamiento procesal, específicamente en el artículo IX del Título Preliminar del vigente Código Procesal Constitucional<sup>(42)</sup>, de donde se infiere, que pueden aplicarse otros ordenamientos procesales en un proceso constitucional, solo de manera residual y con el carácter de supletorio, siempre y cuando se cumplan dos presupuestos bien delimitados y en forma conjuntiva: (i) la existencia de un vacío o defecto normativo en el Código Procesal Constitucional, y (ii) **que la institución procesal a aplicarse –pertenciente a otro ordenamiento procesal– esté acorde con los fines del proceso constitucional**<sup>(43)</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano también ha delimitado esta premisa de manera más precisa; en sus diversos fallos, como el recaído en la STC Exp. N° 1064-2005-PA/TC: (denegatoria de la normatividad sobre el pago de costas y costos), señala:

“(…) Que asimismo conviene enfatizar que el artículo 413° del Código Procesal Civil no es aplicable al proceso de amparo, ya que las costas y costos se encuentran reguladas expresamente por el

<sup>(42)</sup> **Art. IX del T.P. CPConst.** “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”.

<sup>(43)</sup> Para un mayor análisis ver CASTILLO CORDOVA, *Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, Palestra editores, Lima, 2006; pp. 97 y ss. La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 009371 – Códigos Procesal Constitucional, indica “Finalmente el artículo IX establece que sólo en caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Código Procesal afines a la materia discutida, siempre y cuando ellos no contradigan los fines de los procesos constitucionales y contribuyan a su mejor desarrollo...”.

antedicho artículo 56 del CPC. En efecto el Código Procesal Civil sólo es aplicable supletoriamente a los procesos constitucionales siempre que exista un ‘vacío o defecto’ en la regulación establecida por el CPC, según señala en el artículo IX de su Título Preliminar, vacío que en este caso no se advierte”.

Así también tenemos en la STC Exp. N° 04084-2009-AA, donde se impone que no se puede invocar las causales de improcedencia del CPC en los procesos de amparo:

“Que sin perjuicio de lo expuesto, resulta pertinente emitir comentario respecto de la argumentación utilizada tanto por el Juzgado como por la Sala Civil para declarar la improcedencia de la demanda recurriendo supletoriamente a las normas del Código Procesal Civil. Sobre el particular, este Tribunal considera que en materia de procesos constitucionales no cabe invocar la causal de improcedencia –para efectos de rechazar liminarmente la demanda– prevista en el inciso 4) del artículo 427° del Código Procesal Civil [el juez declarará improcedente la demanda cuando (...) carezca de competencia], aun cuando de acuerdo al artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dicho cuerpo procesal civil pueda ser aplicado supletoriamente. La razón de ello estriba, primero, en el Principio de Especialidad de la Ley: *‘Ley Especial prima sobre la Ley General’*; en tal sentido *prima lo que establece el Código Procesal Constitucional ante lo que lo establece el Código Procesal Civil*. Segundo, en el Principio General del Derecho: *‘Las normas que restringen derechos deben ser aplicadas restrictivamente’*, es decir, las causales establecidas en el Código Procesal Constitucional para declarar la improcedencia de la demanda no deben ser extendidas o ampliadas a través de la analogía para hacer *calzar* dentro de ella causales de improcedencia recogidas en el Código Procesal Civil. Por último, en el Principio de *‘mayor protección a los derechos fundamentales de la persona’*, en virtud del cual la aplicación supletoria de los Códigos Procesales afines (civil, laboral, contencioso administrativo, etc.) solo será procedente siempre que no contradiga los fines de los procesos constitucionales –la primacía de la Constitución y la

vigencia efectiva de los derechos constitucionales– y ayude a su mejor desarrollo; de manera tal que estando ante una decisión basada en una *aplicación supletoria* que rechaza de plano una demanda de amparo, dicha aplicación constituiría una desnaturalización de los fines de los procesos constitucionales y, por ende, resultaría vedada”.

Entre otras sentencias a modo de referencia tenemos: STC Exp. N° 3757-2006-PA/TC, 24227-2005-PA/TC, 4868-2005-PA/TC, 7085-2005-PA/TC, 1773-2005-PHC/TC, 0052-2004-PA/TC, 0984-2005-PA/TC, entre otros.

## LOS LÍMITES

Del aporte doctrinario y normativo descrito quedan sentadas pues las reglas que debe tener el Juez Constitucional para acudir en *última ratio* a la supletoriedad de otros ordenamientos procesales, cuando tramiten procesos constitucionales. El asesor del Tribunal Constitucional, Víctor Hugo Montoya Chávez<sup>(44)</sup>, describe los tres parámetros que debe tenerse en cuenta para la aplicación del artículo IX del TP del CPC, lo cual reproducimos en síntesis:

- a) Los Códigos a ser utilizados tienen que ser afines a la materia discutida, es decir, deben estar relacionados con el ámbito de vacío o defecto que tiene el CPC. Lo expuesto implica recurrir básicamente al Código Procesal Civil para los casos de amparo, hábeas data o cumplimiento; el Código Procesal Penal (o en su caso, el Código de Procedimientos Penales donde todavía está vigente) para los casos de Hábeas Corpus y cuando no exista incompatibilidad entre las instituciones y los conceptos que se quieren aplicar.
- b) No pueden contradecir los fines del proceso constitucional, además de ayudarlo a su mejor desarrollo. Es esta la principal limitación que se puede encontrar para la aplicación de otros

<sup>(44)</sup> Ver MONTAYA CHÁVEZ, Víctorhugo, “La aplicación supletoria de otros Códigos ante vacíos o defectos del Código Procesal Constitucional”, en *Revista de Actualidad Jurídica* N° 161, Lima, p. 157.

Códigos. En tal sentido, debe recogerse lo que el artículo II del Título Preliminar del CPC señala: “Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y vigencia efectiva de los derechos constitucionales. *Si la norma complementaria no coadyuva a la realización de los fines del proceso constitucional, es imposible que sea utilizado en un amparo*, en un hábeas corpus o un hábeas data, o incluso en una inconstitucionalidad, en una contienda de competencia o en una acción popular”<sup>(45)</sup>.

- c) El otro Código tampoco puede utilizarse si es que existe una norma expresa del propio Código Procesal Constitucional que trata de la misma materia que busca ser completada; ello implica que constituye un requisito previo, que exista un vacío o defecto en el CPConst. respecto al tema.

## A MODO DE REFLEXIÓN

Teniendo en cuenta estos parámetros, es posible afirmar, sin reparos y tabúes, que el Juez Constitucional debe –como lo afirmó Carl Smitt– evitar caer en las redes de los rígidos caminos marcados por la metodología formalista y por la sistemática procesal, ya que el proceso constitucional, a diferencia de los demás, no puede recrearse, si no es en consonancia con la esencia de la Constitución; de lo contrario, estaríamos experimentando una involución del Derecho Procesal Constitucional. Por tanto, debemos reconocer que existe una autonomía legislativa acorde con el sistema neoconstitucional imperante, que urge ser reconocida por los operadores del derecho y, en especial, por los mismos jueces constitucionales.

<sup>(45)</sup> Comparte dicha atingencia, el ex miembro del Tribunal Constitucional, Víctor García Toma, quien al comentar el artículo en mención aclara: “(...) No cabe remisión alguna en aquellas circunstancias en que se prevé la desvirtuación o desconfiguración del fin que persigue el proceso constitucional”, en AA.VV., *Código Procesal Constitucional: Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Edit. Adrus, 1ª ed., Lima, 2009, p. 89.

## LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA PROSCRIPCIÓN DE LA INHIBICIÓN POR DECORO EN LOS PROCESOS DE AMPARO

*“El carácter autónomo, especial y sumario del proceso de amparo, obliga necesariamente a proscribir instituciones procesales generales del derecho procesal civil como son la recusación y la abstención por decoro del Juez, ya que ello podría conllevar a la ineficacia del proceso mismo y al desamparo de los derechos fundamentales”.*

*(El autor)*

## A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Indudablemente no es tan factible desmoronar fronteras, borrar límites de tradición milenaria existente en la mente ortodoxa de muchos de los operadores del derecho, y mucho más, si dichos límites, están relacionados directamente con las instituciones y sistemas que garantizan la imparcialidad del Juez en su accionar jurisdiccional. Sin embargo, el Perú viene experimentando un replanteamiento de dichos límites –al menos por ahora en el ámbito legislativo– con la regulación expresa de las garantías de la imparcialidad en los artículos 33° y 52° de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, donde vetan algunas instituciones aplicables en nuestro sistema jurídico. No obstante, ello se debe a que con la dación de dicha norma procesal, se acogió un nuevo sistema de “*tutela jurisdiccional de urgencia*” de los procesos constitucionales dogmáticos a través de una cognición *sumaria* y



residual de la cuestión debatida, teniendo en cuenta que en dichos procesos se debate —en mayor medida— controversias constitucionales originadas por la transgresión de los derechos fundamentales de la persona por parte de quienes ejercen un poder público o privado, aplicándose tanto en relaciones horizontales (Estado y persona) y verticales (inter privados).

Por su parte, la sociología del derecho ha demostrado que no es fácil aplicar una norma procesal cuya esencia implica un cambio diametral y cuya ideología ortodoxa imperante es aún otra. No obstante, es necesario reconocer que toda norma legislativa debe empezar a tener vida propia en su aplicación práctica, debiendo materializarse en el ámbito jurisprudencial, con el cual logra incluso su desarrollo. Empero, durante la transición de cambio en la ideología de los operadores del derecho impuesta por el nuevo sistema legislativo, ocurre como ha sucedido con otras instituciones, que se produzcan acciones reacias a dichos cambios, ya que no es fácil aceptar la extinción o muerte de algunas instituciones procesales como son la recusación y la inhibición por decoro, figuras que antaño se creían infranqueables.

Somos conscientes de que la temática que abordaremos en la presente investigación, como es la imparcialidad en la justicia constitucional y la interdicción o la permisibilidad de la inhibición por decoro en los procesos constitucionales de amparo, constituyen toda una materia novedosa, en la medida en que no existe un estudio exhaustivo en la literatura jurídica peruana que afronte el tema, sumado a lo sugestivo, sensible y polémico que provoca tratarlo, sobre todo entre quienes ejercemos la magistratura, reconociendo que en este ámbito —el jurisdiccional— existen posiciones divergentes y antagónicas respecto al tópico planteado.

Es por ello que planteamos a través de estas líneas una respuesta al problema, la que se sustenta en un estudio sólido y completo, emprendido claro está, desde una triple visión: dogmática, jurisprudencial y práctica; sin embargo, estamos seguros de que las conclusiones a las que arribamos, originarán debates académicos y, como es natural, motivarán posiciones contrarias a la nuestra; pese a ello y conscientes de que es nuestra obligación como operadores del derecho el de elaborar teorías dogmáticas a través de las cuales se consoliden los cimientos de un derecho contemporáneo que

busca una verdadera justicia, y en especial el que nos convoca: el derecho procesal constitucional nacional y latinoamericano, la que sin duda es una rama emergente y joven.

Este opúsculo como toda obra humana tiene limitaciones y deficiencias. Ha sido desarrollada y motivada por el inquietante deseo de aportar al debate técnico del problema y encontrar la manera más idónea de garantizar el derecho de los justiciables a un juez imparcial en un proceso sumario y de tutela de urgencia como es el amparo, el que busca hacer efectivo los derechos fundamentales; reconociendo que el enfoque con que se ha tratado es el de concebir al derecho como un fenómeno cambiante, como un mundo donde no existen límites, ni fronteras que no se puedan rebasar, y donde las instituciones procesales pueden crearse, reformularse, mutarse e incluso extinguirse.

Esperamos que al final de la lectura del presente trabajo, el lector experimente lo señalado por Gengis Khan: “Si ves un límite, traspásalo. Luego vuélvete: descubrirás que no existía”. A continuación, el estudio de una gran problemática surgida en el proceso constitucional.

## I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Es uniforme el criterio de reconocer que el Código Procesal Constitucional Peruano (Ley N° 28237) vigente a partir del 1 de diciembre de 2004 —en adelante CPCConst. (CPC)—, constituye uno de los primeros códigos del mundo en dicha materia, y tiene relevancia para el derecho moderno en la medida en que a través de su dación se revela la concretización de la autonomía del Derecho Procesal Constitucional. Dicho fenómeno no solamente viene dándose en nuestro país, sino en toda Latinoamérica<sup>(1)</sup>. No dudamos en reconocer que dicha normatividad, al igual que la rama jurídica que la sustenta, es joven, por lo que en su

(1) En la actualidad existe una corriente de codificación a nivel de Latinoamérica de normas procesales que regulan los procesos constitucionales; así tenemos la Ley 7135 de jurisdicción constitucional en Costa Rica, la Ley 8369 de la Provincia de Entre Ríos y el Código Procesal Constitucional de Tucumán en Argentina, dejando en claro que esta última, es una norma de carácter provincial y no de alcance nacional. Así también tenemos anteproyectos de leyes que están pendientes de aprobación y que acogen la regulación de códigos procesales constitucionales, como sucede en El Salvador (Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional), Honduras, Chile, Ecuador, entre otros.

corta vida ha experimentado avances, tropiezos, caídas y redenciones, lo que conlleva a que los operadores del derecho busquemos a través de la interpretación de las normas y principios que lo rigen, auscultar las reglas y reconocer las instituciones procesales que emergen lentamente de ella, así también el de vetar instituciones del derecho procesal general, las que se materializan muchas veces en las resoluciones emitidas por los jueces constitucionales.

En este avance normativo y jurisprudencial, nos encontramos con uno de los procesos constitucionales que se da con más frecuencia en la praxis judicial: el proceso de amparo, el que con la dación del CPConst., tuvo un cambio diametral, ya que la novísima norma procesal –a diferencia de su antecesora Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo– le dotó de la característica de ser un verdadero proceso constitucional de “*tutela de urgencia*”, para ser efectiva la protección de los derechos fundamentales, sin dejar de lado el respeto irrestricto al derecho al debido proceso que ostentan las partes. Para ello cuenta con principios procesales que deben regir el desarrollo del citado proceso constitucional, así como las medidas y mecanismos que hagan más efectivos estos derechos, entre los cuales encontramos la restricción de las causales por las cuales el juez constitucional puede apartarse de conocer un proceso constitucional de amparo, lo que está previsto en el artículo 52° del CPConst., norma innovativa en nuestro sistema procesal constitucional, **ya que no existe precedente normativo en el país que haya regulado las garantías de la imparcialidad en un proceso de amparo**, así tenemos que la norma anterior a la vigente, la Ley N° 23506 – Ley de Habeas Corpus y Amparo no establecía precepto alguno al respecto<sup>(2)</sup>.

La norma procesal en comento prescribe en forma taxativa que solo procede apartarse al juez del conocimiento de un proceso constitucional de amparo, por motivos de impedimentos, prohibiendo la recusación en el derecho procesal constitucional, sin pronunciarse en absoluto, respecto a la procedencia o no, de la institución de inhibición por decoro y delicadeza. Así

<sup>(2)</sup> En dicha norma derogada solo se regulaba las garantías del principio de imparcialidad en lo que respecta al proceso de habeas corpus (art. 23°), fórmula legal que también ha sido acogida textualmente en la Ley 28237 – Código Procesal Constitucional (art. 33°).

también prescribe en la parte in fine que el juez constitucional está obligado a conocer el proceso cuando no concurre alguna de las causales de impedimentos bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad administrativa, civil y penal; siendo obvio que la norma en comento pretende garantizar el derecho de las partes a un juez imparcial en un proceso de esta naturaleza.

Pese al supuesto planteado por el legislador, se observa en la realidad jurídica vigente –al menos durante estos cinco años de vigencia–, que se viene dando una tratativa e interpretación diferente al tema por parte de los operadores del derecho, que se trasluce tanto en el ámbito **jurisprudencial, disciplinario e incluso en el ámbito del procedimiento de ratificación de los magistrados**, donde se observa que existen posiciones total y diametralmente antagónicas; lo que origina un grave problema y desnuda una realidad: la falta de predictibilidad de las resoluciones judiciales, disciplinarias e incluso de resoluciones de ratificación respecto al tema; lo que trae consigo una gran conmoción no solo en los justiciables, sino en los mismos magistrados, que no tienen un horizonte claro al respecto, máxime si las decisiones que se toman respecto a la aplicación o no de la inhibición por decoro en los procesos constitucionales de amparo traen muchas veces consecuencias tanto en el ámbito mismo del proceso como en el disciplinario de los jueces ante la Oficina de Control de Magistratura; e incluso tienen incidencia en la toma de decisiones de ratificación o no de los magistrados por parte del Consejo Nacional de la Magistratura.

En el ámbito **jurisdiccional**, tenemos más de un supuesto de interpretación del artículo 52° del CPConst., que se trasluce de la lectura de las resoluciones judiciales emitidas por los órganos competentes que conocen los procesos de amparo en primera y segunda instancia, así tenemos la siguiente casuística:

- 1) Ante la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca venía tramitándose un proceso de amparo promovido por don C.E.V.D. contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, donde el litisconsorte R.M.A. promovió la recusación contra un miembro del órgano colegiado, alegando que dicho magistrado habría participado en otros procesos similares donde ha sido parte, lo que genera duda de su imparcialidad, ya que tenía un interés

indirecto en el proceso. Este pedido fue declarado improcedente lamíantemente, a través de la resolución de fecha 20.10.2006, por lo que fue revisado vía recurso de apelación por la *Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema*, la que con fecha 21.03.2007 emitió la Resolución a través de la cual confirma la resolución venida en revisión (Incidente N° 002869-2006). De la lectura de los considerandos de la resolución de vista se aprecia que el colegiado establece, entre otros puntos, que en los procesos de amparo no procede la recusación, debido a que el artículo 52° del CPConst. así lo establece, aclarando que el juez solo deberá abstenerse en casos en que concurra alguna de las causales de impedimentos establecidas en el artículo 305° del Código Procesal Civil, siendo imposible comprender otros supuestos de hecho que no sean los taxativamente establecidos en el impedimento<sup>(3)</sup>.

- 2) Encontrándose un proceso de amparo tramitado en el 53° Juzgado Especializado en lo Civil promovido por L.A.S.A contra el Comité Electoral del Colegio de Abogados de Lima, es que el juez de la causa formuló abstención mediante Resolución N° 01 de fecha 28.11.2007 al amparo del artículo 313° del Código Procesal Civil en la medida en que el abogado patrocinante de la accionante, Dr. José Palomino Manchego, fue precisamente el abogado que patrocinó al magistrado en un proceso contra el Consejo Nacional de la Magistratura, remitiendo los autos a la Central de Distribución General, siendo asignado aleatoriamente al juez del 1° Juzgado Especializado en lo Civil, quien emite la Resolución N° 02 de fecha 29.11.2007, aceptando la inhibición por decoro planteada por el juez antecesor y formula también inhibición por decoro al amparo del artículo 313° del Código Procesal Civil, sustentado en que anteriormente había declarado fundada una demanda contra el Comité Electoral del Colegio de Abogados de Lima. Lo que podría

<sup>(3)</sup> Para la lectura de la resolución expedida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República en el citado incidente, puede acudir a Jurisprudencia Sistematizada de la página web del Poder Judicial, cuya dirección electrónica es [http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult\\_2.jsp](http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp)

significar que existe una predisposición del suscrito de amparar la demanda al tener un criterio ya establecido, además alega haber participado en dicho proceso electoral en su calidad de abogado integrante del referido Colegio de Abogados, donde tuvo una fuerte discusión con el Presidente del Comité Electoral por ciertas irregularidades acaecidas en el proceso, por lo que firmó conjuntamente con los demás abogados un acta respecto de los hechos ocurridos, siendo así se entregó copia a los delegados de las diversas listas que participan en las elecciones, lo que constituiría un adelanto de opinión. Agrega el referido magistrado, que la Dra. Licely Miriam Ruiz Caro Salas se encontraba como candidata dentro de la lista N° 13 –la que participaba en dicho proceso electoral– con quien tiene una amistad de antaño e incluso han sido colegas en el dictado de cátedra en la Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega; sumado al hecho que en la lista N° 09 se encontraba como candidata la doctora Carolina Loayza Tamayo, con quien también tiene una amistad cercana, además de haberla patrocinado en un proceso disciplinario en la OCMA; situaciones que perturban su accionar por lo que se abstiene de conocer el proceso por decoro, remitiéndose nuevamente a la central de Distribución General de la Corte Superior de Justicia de Lima, siendo asignado para conocer el proceso el Juez del 45° Juzgado Especializado en lo Civil, quien emitió la resolución N° 03 con fecha 03.12.2007, rechazando la abstención por decoro del juez del 1° Juzgado Civil de Lima, quien planteaba que la sucesividad de hechos argumentados no tienen un sustento razonable para apartarse del proceso, pero sobre todo porque las causales que argumenta no están previstas en el artículo 305 del Código Procesal Civil, norma única de aplicación supletoria en este tipo de proceso, siendo elevado en consulta al órgano superior.

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima (Exp. N° 1972-2007) con fecha 05.01.2007, aprobó la Resolución N° 03 por la que se rechaza la abstención por decoro del 1° Juzgado Civil de Lima, dirimiendo competencia ordenó que le corresponde conocer el amparo al 1° Juzgado Civil de Lima, sustentando su decisión en que el artículo 52° del Código Procesal Constitucional establece como

causales de apartamiento del juez las establecidas en el artículo 305 del CPCivil, estando imposibilitado de apartarse del proceso por otra causal no prevista en la citada norma, bajo responsabilidad disciplinaria y penal. Por lo que los hechos argumentados por el juez del 1º Juzgado Civil no se encuentran dentro de los alcances permitidos por el artículo 52º en mención. Finalmente ordenaron conocer el presente proceso al 1º Juzgado Civil de Lima

- 3) Ante el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín se tramitó el proceso de amparo signado con el Expediente N° 2008-274, promovido por M.K.B.R. contra la Universidad Nacional de San Martín, en el cual la parte demandada formuló un pedido de abstención por decoro del juez, alegando tener interés indirecto en la decisión del proceso, siendo declarado –mediante resolución número ocho de fecha 10.11.2008– improcedente dicho pedido, fundamentándose en dos razones: (i) que la causal invocada por el solicitante no está prevista como causal de impedimento, ya que según el artículo 52º del CPC, el juez constitucional solo se puede apartar por las causales de impedimento; y (ii) que la causa de interés indirecto alegada por el solicitante, se encuentra tipificada como causal de recusación, institución procesal que está proscrita expresamente por el artículo en mención.

La Segunda Sala Mixta Descentralizada, con fecha 16.04.2009, emitió la resolución de vista con fecha 19.04.2009 (incidente N° 94-2009), donde confirmó la Resolución N° 08 venida en grado a través de la cual se declaró improcedente el pedido de inhibición por decoro; sin embargo, difiere de los fundamentos esgrimidos por el a-quo, ya que por el contrario alegan que en la inhibición por decoro sí procede aplicarse en los procesos constitucionales, pero al ser una invocación facultativa por parte del Juez, esta se encuentra reservada a la decisión propia del juez, no pudiendo las partes obligarlo ni a inhibirse ni a continuar dirigiendo el proceso, ya que dicha decisión atañe a la esfera subjetiva del magistrado.

- 4) En el proceso de amparo promovido por L.A.P.R. contra la Universidad Nacional de San Martín ante el Juzgado Civil de la Provincia de

San Martín, se promovió varios incidentes de apelación, por lo que al tomar conocimiento la Segunda Sala Mixta Descentralizada de los mismos, dos de sus miembros se inhibieron por decoro manifestando como motivos razonables: el haber dictado pronunciamientos anteriores respecto a dicha entidad universitaria y que existe duda por parte del accionante sobre su imparcialidad; motivo por el cual llamaron a dos miembros de la Primera Sala Mixta Descentralizada para conocer dichos incidentes, siendo rechazados por estos, argumentando en su resolución que las razones invocadas por los magistrados no constituyen motivos razonables que perturben la función jurisdiccional, además que la abstención por decoro no está permitida por imperio del artículo 52º del CPC. Dichos incidentes fueron elevados en consulta ante el Tribunal Constitucional, órgano colegiado que emitieron sendas resoluciones: Exp. N° 1490-2009-PA/TC; 02697-2009-PA/TC, 01488-2009-PA/TC, 02694-2009-PA/TC, 02696-2009-AA, 02698-2009-PA/TC, 02698-2009-PA/TC, 2699-2009-PA/TC, 02700-2009-PA/TC, 02701-2009-PA/TC, 02702-2009-PA/TC, 2703-2009-PA/TC, 02704-2009-PA/TC, 06345-2008-PA/TC, 06346-2008-PA/TC, y 0243-2009-PA/TC publicadas en la página web del Tribunal Constitucional, donde el máximo intérprete de la Constitución declara nulo el auto elevado en consulta y nulo todo lo actuado luego de su interposición, e incluso dispuso la remisión de las copias a la OCMA y al Ministerio Público por la actuación de los magistrados en dichos incidentes, por trasgredir normas procesales. El TC argumentó que dicho colegiado no era competente para conocer, como instancia de grado, de las consultas sobre los cuestionamientos a las abstenciones formuladas por los magistrados del Poder Judicial, dado que conforme al artículo 52º del Código Procesal Constitucional, concordante con el artículo 306º del CPCivil, las abstenciones presentadas por los jueces deben ser resueltas bajo responsabilidad, por la Sala competente, cuya decisión es inimpugnable.

- 5) Ante la Segunda Sala Mixta Descentralizada de San Martín – Tarapoto, se promovió un proceso constitucional de amparo judicial contra un habeas corpus, por parte del F.R.S. contra la Segunda Sala Mixta Descentralizada de San Martín, en que un magistrado se inhibió por

decoro, argumentando haber conocido por conexidad sobre el tema en debate en el proceso de habeas corpus a través de un proceso disciplinario, por lo que la Sala en pleno emitió la Resolución N° 13 de fecha 09.06.2009, en la que declara improcedente su pedido, debido a que el artículo 52° del CPConst. no hace alusión a la abstención por decoro como causal de apartamiento, rigiendo el sistema de *numerus clausus*, ya que solo se permiten las causales de impedimento. Dicha resolución fue apelada por el magistrado excusante, siendo rechazada *in limine* por la Sala, en virtud de lo establecido en el artículo 306° del CPCivil, que fue aplicado de manera supletoria.

- 6) Ante la Corte Superior de Justicia de Lima, se presentó una demanda de amparo judicial contra la Sexta Sala Civil de Lima, siendo asignada aleatoriamente por mesa de partes a la misma Sala (Exp. N° 387-2006). De los tres jueces superiores que la conformaban, solo había intervenido en la resolución judicial que se cuestionaba, el Presidente de la Sala, estando impedido de conocerlo, motivo por el cual se aceptó su apartamiento, sin embargo, los otros dos vocales (Dres. Néstor Pomareda Chávez Bedoya y Victoria Niquen Peralta), que no habían conocido del caso se inhiben por decoro, amparados en el artículo 313° del CPCivil, fundamentando el solo hecho de estar integrando la Sala demandada.

Como era obvio, la Primera Sala Civil, a donde fue remitido el expediente, estimó que dicho fundamento no era razonable, por lo que elevaron en consulta al órgano superior —la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente—, que aprobó la consulta y ordenó que los vocales que se abstuvieron, conocieran el proceso de amparo. El fundamento fue que los motivos invocados por los jueces superiores no tienen una razón justificable que perturbe su función jurisdiccional, aceptando tácitamente la aplicación de la inhibición por decoro<sup>(4)</sup>.

<sup>(4)</sup> Los datos del proceso descrito han sido extraídos de la lectura del artículo jurídico suscrito por TAÍPE CHÁVEZ, Sara, “La competencia subjetiva o legitimada intrínseca de los jueces”, en *Revista de Actualidad Jurídica*, N° 183, Lima, p. 83, así como de la lectura de copias de las resoluciones en comento.

De los casos descritos, se distingue la presencia de dos tesis respecto al artículo 52° del CPConst. a nivel jurisdiccional: los que están a favor de la permisibilidad de la inhibición por decoro en los procesos constitucionales de amparo, y aquellos que vetan dicha institución en el ámbito del derecho procesal constitucional.

En lo que respecta al ámbito disciplinario igualmente se observa que no existe uniformidad a nivel de la misma Oficina de Control de la Magistratura, respecto a la existencia o no de responsabilidad disciplinaria por apartamiento de un proceso de amparo alegando inhibición por decoro. Así tenemos que la Oficina Distrital de Control de la Magistratura de la Corte Superior de Justicia de San Martín apertura proceso disciplinario a un magistrado por haber denegado una solicitud de inhibición por decoro en un proceso constitucional de amparo (Expediente de Queja N° 47-2008-San Martín), y, por otro lado, tenemos que la Oficina de la Unidad Operativa Móvil (hoy Unidad de Investigación y Anticorrupción) de la Oficina de Control de la Magistratura inició proceso disciplinario a dos magistrados por haber infringido presuntamente los artículos 13 y 52 del CPC al haberse inhibido por decoro en un proceso de amparo (Expediente de Queja N° 076-2008-Lima).

Esta discusión entre interpretaciones contradictorias también se presentó a nivel del pleno del **Consejo Nacional de la Magistratura**, específicamente en un proceso de ratificación de magistrado superior, Dr. J.I.B.C.Á., donde no se llegó a un consenso a nivel de dicho órgano colegiado, persistiendo dos votaciones. Igualmente hubo un empate: 3 consejeros votaron a favor de la ratificación de dicho magistrado (Francisco Delgado de la Flor Badaracco, Aníbal Torres Vásquez y Carlos Arturo Mansilla Gardella) y 3 votos por su no ratificación (Edmundo Peláez Bardales, Efraín Anaya Cárdenas y Maximiliano Cárdenas Díaz), por lo que en aplicación del artículo 31° del Reglamento de Evaluación y Ratificación, el Consejo renovó la confianza del magistrado evaluado, tal como se observa de la lectura de la Resolución N° 151-2008-PCNM de fecha 20 de octubre de 2008<sup>(5)</sup>, siendo

<sup>(5)</sup> En dicho proceso no estuvo el consejero Edwin Vegas Gallo por no haber participado en la entrevista personal del magistrado evaluado por motivos de salud.



el punto crítico del debate justamente el comportamiento mostrado por dicho magistrado en un proceso constitucional de habeas corpus (Exp. N° 2007-0150) al no haberse inhibido por decoro pese a tener una amistad cercana con el abogado patrocinante del demandante<sup>(6)</sup>.

Al respecto, tenemos los que ratificaron a dicho magistrado sustentaron que dicha amistad íntima no se encuentra dentro de las causales de impedimento del juez establecido en el artículo 305° del Código Procesal Civil que era aplicable al caso concreto, resaltando entre sus fundamentos lo siguiente: “(...) **debiéndose tener en cuenta que el Doctor C.A. se encontraba en conocimiento de un proceso constitucional de habeas corpus, proceso sobre los cuales no caben excusas de los jueces ni de los secretarios, conforme prescribe el artículo 33° del Código Procesal Constitucional**” (ver décimo segundo considerando de la resolución).

Por su parte, quienes discrepaban con la ratificación del citado magistrado, indicaron que debió tenerse en cuenta la denuncia ciudadana por su participación en el habeas corpus citado, que fue severamente cuestionado a través de los medios de comunicación de la localidad, en la medida en que se había comprobado la amistad que sostenía con el abogado patrocinante del procesado beneficiado con la excarcelación, con quien el magistrado evaluado formó en sociedad un estudio jurídico antes de reingresar al Poder Judicial. No obstante, no se inhibió por decoro del conocimiento de ese proceso poniendo en duda su imparcialidad, pese a lo establecido en el artículo 33°, numeral 1, del Código Procesal Constitucional, sosteniendo que debió en el caso concreto invocar lo prescrito en el artículo 313° del CPCivil en aplicación supletoria (fundamentos de los votos en discordia).

## II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Esta realidad desnuda visiblemente que no existe un criterio uniforme por parte de los operadores del derecho sobre la procedencia o no de la

<sup>(6)</sup> Se ha tomado en cuenta este proceso de ratificación, ya que la figura tanto del amparo (art. 52 del CPCConst), como del habeas corpus (art. 33° del CPCConst) son similares, por cuanto en ambos procesos no se señala nada respecto a la inhibición por decoro.

inhibición por decoro en los procesos de amparo, originando de esta manera toda una discusión no solo en el ámbito académico, sino jurisdiccional, disciplinario y de ratificación de magistrados; lo que de por sí, pone al descubierto toda una problemática y a la vez un conjunto de inquietudes, como son ¿tiene el principio jurisdiccional de imparcialidad límites en los procesos constitucionales y en especial en el amparo?, ¿cuál es la interpretación correcta del artículo 53° del CPCConst?, ¿procede aplicar o no la inhibición por decoro establecida en el artículo 313° del CPCivil en forma supletoria al proceso constitucional amparo?, y ¿cuáles son las formas de control sobre la parcialización de los jueces en este tipo de procesos?

Estos cuestionamientos instauran la urgencia de acercarse o pretender encontrar respuestas valederas a los mismos, para lo cual se pretende realizar una investigación exhaustiva sobre el tema, con el claro propósito de delimitar el concepto de imparcialidad en la justicia constitucional peruana y de cómo operan las garantías de dicho principio en el proceso de amparo y, si es o no, permisible utilizar en este tipo de procesos las instituciones reguladas en el CPCivil sobre la materia.

Queda claro entonces, que lo planteado líneas arriba constituye un tópico de actualidad, resultando apremiante encararlo a efectos de que los operadores del derecho y, en especial el juez constitucional, obtenga un camino claro de cómo debe discurrir un proceso de amparo.

## III. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO DEL ARTÍCULO 52° DEL CP CONSTITUCIONAL

El haberse embarcado en este estudio se debe a la inexistencia de una norma procesal previa al CPCConst. que abordará los límites de las garantías de la imparcialidad en el proceso de amparo, lo que convierte al art. 52° del novísimo CPCConst. en una norma experimental en la legislación peruana, de la que urge delimitar su contenido y alcance, en la medida en que sus efectos se dan en el ámbito práctico, dentro de los procesos constitucionales, donde se resuelven conflictos constitucionales referidos a los derechos fundamentales, constituyendo sin duda un tema relevante en el contexto moderno donde prima el sistema neoconstitucional.

Justifica también su estudio por lo oportuno que resulta, debido a la carencia en la literatura peruana que aborde frontalmente el tema, mereciendo un análisis profundo y serio que permita encontrar respuestas valederas a las interrogantes planteadas ante el problema diagnosticado.

#### IV. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

##### 4.1. En el plano legislativo

En este contexto y tal como ya se ha señalado supra 1.1, no existe antecedente alguno respecto al tratamiento legal por parte del legislador sobre la imparcialidad del “*iudex*” en los procesos constitucionales de amparo, tan solo en la reciente Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional que la regula en el artículo 52° de manera expresa; ya que la Ley anterior, Ley 23506 – Ley de habeas corpus y amparo (1982) omitió referirse a ellas, tan solo hacía referencia a su artículo 23° sobre las garantías de imparcialidad, pero estaba referido exclusivamente a los procesos de habeas corpus<sup>(7)</sup>. Tal vez dicha desatención se debió al tratamiento que tenía el proceso de amparo –la que difiere del actual– por cuanto era concebido como una vía paralela u opcional, en la que el justiciable podía acudir en busca de justicia ante un conflicto jurídico respecto a derechos fundamentales al proceso de amparo, pese a existir otra vía igualmente satisfactoria en la justicia ordinaria (penal, civil, contencioso administrativa o laboral, administrativa). Ello trajo como consecuencia una proliferación abismal de dichos procesos ante el Poder Judicial, la que era casi incontrolable, experimentando en la práctica forense una ordinarización del proceso constitucional.

En cuanto al tratamiento legal de las garantías de la imparcialidad en la denominada acción de amparo, operaba en vía supletoria el Código Procesal Civil, dándole un tratamiento de corte privatista, por lo que se aplicaba la trilogía garantista del derecho procesal civil: el impedimento, recusación e inhibición por decoro, recogidos en los artículos 305°, 307° y 313° del CPCivil;

<sup>(7)</sup> **Art. 23° de la Ley 23506 – Ley de Habeas Corpus y Amparo:** “En la tramitación judicial de esta acción, rigen las siguientes reglas: 1.- No cabe recusación alguna, salvo por el perjudicado o actor. 2.- No caben excusas de los secretarios ni de los jueces (...)”.

ello trajo consigo una desnaturalización propia del proceso de amparo, ya que se utilizaba dichos mecanismos para apartar a un juez del proceso o para que este se excusara de conocerlo, dilatando muchas veces el proceso; contexto que difiere actualmente debido a la reciente norma procesal imperante –el CPCConst–, que opta por el sistema del amparo residual y sumario.

##### 4.2. En el plano jurisprudencial

En el plano casuístico, se viene dando –durante estos cinco años de vigencia– una interpretación dispersa y antagónica de los alcances del artículo 52° del CPCConst., la que se trasluce en las resoluciones emitidas por las diversas jerarquías jurisdiccionales (jueces especializados, jueces superiores y supremos); muestra de ello es la descripción realizada líneas arriba en el punto referido en el planteamiento del problema.

A nivel del Tribunal Constitucional no existe sentencia alguna que haya abordado de manera directa el análisis del controvertido artículo 52° para delimitar su contenido, solamente se han dado algunos casos aislados, donde también se ha producido el apartamiento de miembros del Tribunal Constitucional en procesos de amparo, dejando en claro, que el máximo intérprete se rige por norma diferente, como es el art. 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, donde sí permite la inhibición por decoro. Así tenemos:

- (i) En el Exp. N° 04664-2007-PA/TC, el magistrado Beaumont Callirgos, mediante comunicación de fecha 4 de enero de 2008, expresó su impedimento de participar en el proceso de amparo judicial promovido por Dennise Belmont Sanguesa contra la Sala de Derecho Social y Constitucional de la Corte Suprema, manifestando que había sido abogado de una de las partes en dicho proceso judicial; en tal sentido, el Tribunal Constitucional mediante resolución de fecha 7 de enero de 2008, en aplicación del artículo 5° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional aceptó la abstención por decoro formulada por dicho magistrado<sup>(8)</sup>; y

<sup>(8)</sup> La sentencia ha sido extraída de la página web del Tribunal Constitucional, cuya dirección electrónica es <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04664-2007-AA%20Resolucion.html>

- (ii) El Exp. N° 1652-2006-PA/TC, proceso de amparo judicial promovido por la Cooperativa de Usuarios La Encalada Ltda. contra la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema. En el mismo se observa que el Dr. Aníbal Quiroga León, abogado de la parte demandada, solicitó la abstención por decoro o delicadeza en el proceso de amparo del magistrado del Tribunal Constitucional, Dr. Landa Arroyo; razón por la cual mediante resolución de fecha 15 de mayo de 2006 el pleno del Tribunal Constitucional declaró improcedente dicho pedido, argumentando para ello que no se da ninguno de los supuestos de impedimento del artículo 305° del CPCivil, al cual se remite el art. 52° del CPC y tampoco existen los motivos de abstención por decoro establecido en los artículos 313° del CPCivil, y 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>(9)</sup>.

Merece una acotación aparte la sentencia recaída en el emblemático proceso de habeas corpus promovido por Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana contra la Cuarta Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Lima, donde, entre otros puntos resaltantes, el Tribunal Constitucional abordó directamente el tema sobre la aplicación de la inhibición por decoro en los procesos constitucionales de habeas corpus, realizando un análisis jurídico de la citada fórmula legal, a raíz de la petición de inhibición por decoro promovida por el abogado de los accionantes arguyendo una inadversión existente por parte de la magistrada sustanciadora del proceso constitucional, respecto a la Sra. Magaly Medina, ya que manifestó públicamente dicha disconformidad con la parte accionante, emitiendo un juicio de valor contra ella, lo que conlleva –según refiere– la vulneración del principio de imparcialidad. En ella, el Tribunal Constitucional sustenta el análisis del caso que en aplicación del artículo 33°, inc. 2, del Código Procesal Constitucional, no cabe excusas de los jueces y secretarios para conocer los procesos de habeas corpus, por tanto, es incompatible la institución del derecho procesal civil de inhibición por decoro en dichos procesos de

<sup>(9)</sup> Dicha sentencia puede ser visualizada en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01652-2006-AA%20Resolucion.html>

urgencia, manifestando su conformidad con lo resuelto por las instancias inferiores de improcedencia de la solicitud de apartamiento del juez<sup>(10)</sup>.

Es claro que si bien en la referida sentencia no hace referencia al proceso de amparo, tiene importancia porque de ella se desprenden algunas pautas que deberán ser tenidas en cuenta en la investigación que desarrollaremos a continuación, ya que también se trata de un proceso de tutela de urgencia como es el habeas corpus.

#### 4.3. En el plano doctrinario

Por otro lado, se puede aseverar que a nivel doctrinario no existe un trabajo –al menos a nivel de la literatura jurídica nacional– que aborde de manera exhaustiva el análisis del principio de imparcialidad constitucional y las garantías que ostentan las partes para lograr ser juzgado por un juez imparcial. Dicha ausencia literata se debe, seguramente, a que el derecho procesal constitucional es una rama de naciente desarrollo y consolidación; tan solo hemos encontrado algunos artículos jurídicos de interés como el realizado por la Dra. Sara Taipe Chávez “La competencia subjetiva o legitimidad intrínseca de los jueces”, publicado en la revista *Actualidad Jurídica* N° 183, febrero de 2009, Edit. Gaceta Jurídica, Lima (pp. 83-86), donde aborda y reflexiona sobre la necesidad de que los jueces no deben apartarse de los procesos judiciales invocando la inhibición por decoro, debido al uso abusivo de dicha institución, describiendo entre otras casuísticas un proceso de amparo.

Por otro lado, tenemos el trabajo de investigación realizado por el connotado jurista Dr. Luis Castillo Córdova, quien aborda el tema en el artículo titulado: “*El derecho fundamental al Juez imparcial: Influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre el Tribunal Constitucional Español*”, publicado en la *Revista Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2007, Tomo I, año 13, editado por la Cooperación Internacional de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, en el marco del programa Estado de Derecho Latinoamericano, Montevideo, Uruguay, 2007 (pp. 121-146). En él se realiza un análisis del derecho a la imparcialidad a partir de la experiencia española y su influencia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>(10)</sup> La sentencia puede visualizarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>

No puede dejar de hacerse mención a los diversos libros colectivos e individuales que analizan de manera global el novísimo Código Procesal Constitucional. Sin embargo, no abordan de manera amplia el estudio del artículo 52 del Código Procesal Constitucional, tan solo hacen una mera reseña y descripción de la misma. Así tenemos: (i) A.A.VV., *Código Procesal Constitucional Comentado: Homenaje a Domingo García Belaunde*, Edit. Adrus, 1ª ed., Lima, 2009; (ii) AA.VV., *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional: Análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia de artículo por artículo*, Edit. Gaceta Jurídica, 1ª ed., 2009; (iii) Luis Castillo Córdova, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomos I y II, Palestra Editores, 2ª ed., Lima, 2006; (iv) Roberto Alfaro Piniillos, *Guía Exegética y Práctica del Código Procesal Constitucional*, Grijley, 1ª ed., Lima, 2008; y (v) Walter Díaz Zegarra, *Exégesis del Código Procesal Constitucional Peruano*, Edit. San Marcos, Lima, 2005.

En suma, podemos advertir que el tema y la problemática planteadas no han sido abordadas por la doctrina nacional ni extranjera. Solo existen estudios realizados en otros países desde la perspectiva del derecho procesal civil; sin embargo, pretendemos a través de estas líneas desarrollar de manera clara y directa el tema, para lo cual estudiaremos a las instituciones involucradas con el tópico en estudio.

## V. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Es incuestionable afirmar y reconocer, hoy en día, el asentimiento de la corriente neoconstitucionalista, o llamada también constitucionalismo moderno, que viene influyendo en los sistemas político-jurídicos del mundo moderno, al menos de aquellos que se precien de ser democráticos, como en el caso de nuestro ordenamiento jurídico que no es ajeno.

Dicha corriente se sustenta principalmente en el reconocimiento de la dignidad del ser humano como base de todo sistema jurídico, así como el carácter supramayoritario o supralegal a las normas contenidas en la Constitución, cubriéndolas de una *eficacia jurídica* frente a todos los poderes estatales y particulares, incluso frente al legislador y a las leyes

infraconstitucionales que estos expedían<sup>(11)</sup>. En ella, los órganos cumplen la función de ejercer control sobre los demás, que recaen en el Poder Judicial y Tribunal Constitucional (o la que haga sus veces), quienes ejercen jurisdicción constitucional<sup>(12)</sup>.

En suma, no se podrá concebir un Estado Constitucional fuerte, si no existe en su *Ley Fundamental* un reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona (parte dogmática)<sup>(13)</sup> inspirados en la dignidad humana, cuya eficacia normativa está garantizada. Por tanto, se hizo necesario un nuevo orden procesal “sui generis” que haga viable dicha efectividad ante el desconocimiento o amenazada del citado orden constitucional por quienes ejercen poder público o privado, y es lo que ahora es materia de estudio del naciente Derecho Procesal Constitucional, disciplina que también es denominada en otros ordenamientos como justicia constitucional, jurisdicción constitucional, judicatura constitucional o control constitucional. Así también tenemos que dentro de este sistema se le otorga la responsabilidad de ser garantes de la Constitución a los órganos que ostentan jurisdicción constitucional (entiéndase Poder Judicial y Tribunal Constitucional).

Así nace el derecho procesal constitucional, considerado hoy por hoy, una disciplina novísima que ha logrado una identidad y fisonomía propia, contando con una carga genética que difiere de las demás ramas del derecho procesal (civil, laboral, contencioso administrativo, penal, entre otros),

(11) Ver ARNOLD, Rainer, “El derecho constitucional europeo a fines del siglo XX: Desarrollo y Perspectiva”, en AA.VV., *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica: Libro Homenaje a Germán J. Bidard Campos*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Grijley, Lima, 2002, pp. 19-32.

(12) Para un mejor estudio se recomienda la lectura de FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en AA.VV., *Neoconstitucionalismo*, Coordinador Miguel Carbonell, Edit. Trotta, Madrid, 2003, pp. 13-29.

(13) La gran mayoría de Constituciones contemporáneas ostentan una parte dogmática en la que reconocen los derechos fundamentales, así como los principios rectores de la política jurídica, social, económica, financiera y tributaria; y en su parte orgánica, establece la estructura básica de la organización del Estado; sumado a ello existe una tercera parte donde se reconocen las garantías o mecanismos para fortalecer ambos aspectos.

en la medida en que ha surgido de la exigencia impuesta por la corriente neoconstitucional imperante en los sistemas democráticos.

Indistintamente de la importancia que viene gestando esta rama jurídica a nivel del derecho procesal moderno, resulta trascendente para nuestro estudio el revelar el carácter *autónomo* con el que cuenta el derecho procesal constitucional en el ordenamiento jurídico peruano, al menos en el ámbito pedagógico y científico<sup>(14)</sup>; autonomía que se refleja, como lo afirman los maestros Eduardo Ferrer Mac-Gregor<sup>(15)</sup> e Iván Escobar Fornos<sup>(16)</sup> en la consolidación de los cuatro aspectos que determinan que una disciplina llega a formar una rama autónoma: legislación, magistratura especializada, doctrina y el sentido común<sup>(17)</sup>.

En el ámbito legislativo, tenemos que se ha logrado la constitucionalización de los mecanismos procesales constitucionales al acogerlos en el artículo 200° de nuestra vigente Carta Magna, donde se reconocen los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data, inconstitucionalidad, acción popular y acción de cumplimiento. Sin embargo, existe una norma de desarrollo constitucional como fue con la dación de la Ley 28237 – Código Procesal Constitucional, publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 31-05.2004, y vigente –por “vacatio legis”– a partir del 01.12.2004,

<sup>(14)</sup> Debemos aclarar que la terminología de “autonomía del Derecho Procesal Constitucional” es dada en referencia al ámbito doctrinario-científico, y no a la errada autonomía del Tribunal Constitucional que algunos propugna, en cuanto a que el máximo intérprete de la Constitución puede vía interpretación suplir las normas del Código Procesal Constitucional y tomar una posición de legislador; posición que no compartimos y con la que marcamos distancia.

<sup>(15)</sup> Ver FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, en su ponencia titulada, “El Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica autónoma”, presentada en el Primer Coloquio Internacional sobre Derecho Procesal Constitucional, organizado por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, México, del 23 al 25 de septiembre de 2004.

<sup>(16)</sup> Ver ESCOBAR FORNOS, Iván, “Fundamentos del Derecho Procesal Constitucional”, en la obra colectiva FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, cit., pp. 420-422.

<sup>(17)</sup> Indudablemente para que una materia se jacte de ser autónoma es preciso que tenga principios propios, importancia reconocida, generalidad, amplitud, unidad de materia, estudios teóricos y sistematizados, un fuerte sector doctrinal que cultive la especialidad y respalde con argumentos a esta nueva rama, y una ley o Código que regule la parte orgánica, jurisdiccional y procesal.

norma a través de la que se logró una regulación específica para la materia naciente y, por ende, una autonomía legislativa que será tratada con más amplitud líneas arriba.

Tenemos en el ámbito de la magistratura especializada, la presencia de los denominados “jueces constitucionales”, cuya *especialización* está reconocida en la justicia ordinaria con la creación por parte del Poder Judicial de los Juzgados Constitucionales, como son los 10 juzgados creados en Lima, uno en Ayacucho y una Sala Constitucional de segunda instancia en la Corte Superior de Lambayeque. A ello se suma, claro está el órgano por excelencia que es el Tribunal Constitucional.

Asimismo se ha logrado una autonomía en el ámbito doctrinal, con la inclusión en las mallas curriculares de las Facultades de Derecho del Perú, del curso de Derecho Procesal Constitucional, a la que se agregan los estudios, ensayos, libros que vienen editándose por la mente académica peruana.

El sentido común se trasluce en el hecho que no puede existir un ordenamiento sustantivo como es el constitucional, si no tiene un derecho adjetivo como es el derecho procesal constitucional, con lo que quedaría sentada la afirmación que es un derecho autónomo; así lo ha reconocido el mismo Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 025-2005-PI/TC (fundamento 15), que a la letra dice:

“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. Este 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’”<sup>(18)</sup>.

<sup>(18)</sup> Con el mismo sentido se expresa dicho órgano colegiado en las STC recaídas en los Expedientes N° 266-2002-AA/TC y N° 023-2005-AI/TC.



## VI. LA AUTONOMÍA NORMATIVA DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LA SUPLETORIEDAD DE LOS CÓDIGOS PROCESALES

El proceso constitucional se activa ante la existencia de un conflicto constitucional, lo que impulsa el ejercicio de su jurisdicción a través de un proceso judicial sui generis, en el cual los jueces constitucionales aplican la Constitución directamente como norma *decisoria litis*, restableciéndose así el orden constitucional resquebrajado por una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales o de los principios que sustentan la organización del Estado. Ello se logra a través de un proceso autónomo, especial, como es el proceso constitucional, el que dista del resto de ordenamientos procesales, por ser de naturaleza diferente, así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en las sentencias emitidas en los Expedientes N° 0023-2005-PI/TC y 0266-2002-AA/TC.

Es por ello que en el caso concreto debe aplicarse la regulación establecida en la Ley 28237 – Código Procesal Constitucional, a través de la cual se ha logrado la autonomía normativa. Así se introducen nuevas instituciones procesales, se vetan otras y algunas son recogidas del derecho procesal general, y transformadas con la finalidad de servir a un proceso constitucional más flexible. Ello originó una regla general: la aplicación específica del CPConst. en todo proceso constitucional, antes que otros ordenamientos jurídicos procesales, por lo que la supletoriedad se utilizará de una manera “**restringida**” y no abierta como pasaba antaño. Pese a ello, hasta ahora existe por parte de jueces y abogados una renuencia a la adaptación al nuevo cuerpo normativo y sobre todo al espíritu que irradia.

Esta individualidad e identidad propia de las normas procesales constitucionales se materializaron como principio específico de este ordenamiento procesal, específicamente en el artículo IX del Título Preliminar del vigente Código Procesal Constitucional<sup>(19)</sup>, de donde se infiere que pueden aplicarse otros ordenamientos procesales en un proceso constitucional, solo de mane-

<sup>(19)</sup> **Art. IX del T.P. CPConst.** “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”.

ra residual y con el carácter de supletorio, siempre y cuando se cumplan dos presupuestos bien delimitados y en forma conjuntiva: (i) la existencia de un vacío o defecto normativo en el Código Procesal Constitucional, y (ii) **que la institución procesal a aplicarse –pertenciente a otro ordenamiento procesal– esté acorde con los fines del proceso constitucional**<sup>(20)</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano también ha delimitado esta premisa de manera más precisa, en sus diversos fallos, como el recaído en la STC Exp. N° 04084-2009-AA, donde se impone que no se puede invocar las causales de improcedencia del CPCivil en los procesos de amparo:

“Que sin perjuicio de lo expuesto, resulta pertinente emitir comentario respecto de la argumentación utilizada tanto por el Juzgado como por la Sala Civil para declarar la improcedencia de la demanda recurriendo supletoriamente a las normas del Código Procesal Civil. Sobre el particular, este Tribunal considera que en materia de procesos constitucionales no cabe invocar la causal de improcedencia –para efectos de rechazar liminarmente la demanda– prevista en el inciso 4) del artículo 427° del Código Procesal Civil [*el juez declarará improcedente la demanda cuando (...) carezca de competencia*], aun cuando de acuerdo al artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dicho cuerpo procesal civil pueda ser aplicado supletoriamente. La razón de ello estriba, primero, en el Principio de Especialidad de la Ley: “*Ley Especial prima sobre la Ley General*”; en tal sentido, *prima lo que establece el Código Procesal Constitucional ante lo que lo establece el Código Procesal Civil*. Segundo, en el principio general del derecho: “*Las normas que restringen derechos deben ser aplicadas restrictivamente*”, es decir, las causales establecidas en el Código Procesal Constitucional para declarar la improcedencia

<sup>(20)</sup> Para un mayor análisis ver CASTILLO CORDOVA, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, Palestra Editores, Lima, 2006, pp. 97 y ss. La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 009371 – Código Procesal Constitucional, indica “Finalmente el artículo IX establece que sólo en caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre y cuando ellos no contradigan los fines de los procesos constitucionales y contribuyan a su mejor desarrollo...”.

de la demanda no deben ser extendidas o ampliadas a través de la analogía para hacer *calzar* dentro de ella causales de improcedencia recogidas en el Código Procesal Civil. Por último, en el principio de *mayor protección a los derechos fundamentales de la persona*, en virtud del cual la aplicación supletoria de los Códigos Procesales afines (civil, laboral, contencioso administrativo, etc.) solo será procedente siempre que no contradiga los fines de los procesos constitucionales –la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales– y ayude a su mejor desarrollo; de manera tal que estando ante una decisión basada en una *aplicación supletoria* que rechaza de plano una demanda de amparo, dicha aplicación constituiría una desnaturalización de los fines de los procesos constitucionales y, por ende, resultaría vedada”.

Otras sentencias a modo de referencia tenemos STC Exp. N° 3757-2006-PA/TC, 24227-2005-PA/TC, 4868-2005-PA/TC, 7085-2005-PA/TC, 1773-2005-PHC/TC, 0052-2004-PA/TC, 0984-2005-PA/TC, entre otros.

Del aporte doctrinario y normativo descrito queda sentado, pues las reglas que debe tener el juez constitucional para acudir en última ratio a la supletoriedad de otros ordenamientos procesales, cuando tramiten procesos constitucionales. El asesor del Tribunal Constitucional, Víctor Hugo Montoya Chávez<sup>(21)</sup>, describe los tres parámetros que deben tenerse en cuenta para la aplicación del artículo IX del TP del CPC, lo cual reproducimos en síntesis:

- a) Los códigos a utilizarse tienen que ser afines a la materia discutida, es decir, deben estar relacionados con el ámbito de vacío o defecto que tiene el CPC. Lo expuesto implica recurrir básicamente, al Código Procesal Civil para los casos de amparo, hábeas data o cumplimiento; el Código Procesal Penal (o en su caso, el Código de Procedimientos Penales donde todavía está vigente) para los

<sup>(21)</sup> Ver MONTAYA CHÁVEZ, Víctor Hugo, “La aplicación supletoria de otros Códigos ante vacíos o defectos del Código Procesal Constitucional”, en *Revista de Actualidad Jurídica* N° 161, Lima, p. 157.

casos de Hábeas Corpus y cuando no exista incompatibilidad entre las instituciones y los conceptos que se quieren aplicar.

- b) No pueden contradecir los fines del proceso constitucional, además de ayudarlo a su mejor desarrollo. Es esta la principal limitación que se puede encontrar para la aplicación de otros códigos. En tal sentido, debe recogerse lo que el artículo II del Título Preliminar del CPC señala: “Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y vigencia efectiva de los derechos constitucionales”. ***Si la norma complementaria no coadyuva a la realización de los fines del proceso constitucional, es imposible que sea utilizado en un amparo***, en un hábeas corpus o un hábeas data, o incluso en una inconstitucionalidad, en una contienda de competencia o en una acción popular<sup>(22)</sup>.
- c) El otro Código tampoco puede utilizarse si es que existe una norma expresa del propio Código Procesal Constitucional que trata de la misma materia que busca ser completada. Ello implica que constituye un requisito previo, que exista un vacío o defecto en el CPConst. respecto al tema.

Teniendo en cuenta estos parámetros, incita afirmar, sin reparos y tabúes, que el Juez Constitucional debe –como lo afirmó Carl Smitt– evitar caer en las redes de los rígidos caminos marcados por la metodología formalista y por la sistemática procesal, ya que el proceso constitucional, a diferencia de los demás, no puede recrearse, sino es en consonancia con la esencia de la Constitución. De lo contrario estaríamos experimentando una involución del Derecho Procesal Constitucional<sup>(23)</sup>.

<sup>(22)</sup> Comparte dicha atinencia, el ex miembro del Tribunal Constitucional, Víctor García Toma, quien al comentar el artículo en mención aclara: “[...] No cabe remisión alguna en aquellas circunstancias en que se prevé la desvirtuación o desconfiguración del fin que persigue el proceso constitucional”, en AA.VV., *Código Procesal Constitucional: Homenaje a Domingo García Belaunde*, Edit. Adraus, 1ª ed., Lima, 2009, p. 89.

<sup>(23)</sup> Ver SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Prólogo de Pedro de Vega, Edit. Tecnos, Madrid, 1998, p. 277.

## VII. LA RESIDUALIDAD Y SUMARIEDAD DEL PROCESO DE AMPARO

### 7.1. Generalidades del proceso de amparo

Despejada la duda respecto a la madurez e identidad genética alcanzada por el derecho procesal constitucional, resulta necesario centrarse en los procesos constitucionales y el rol que juegan en la defensa de los derechos fundamentales, valores y principios que subyacen en la Constitución.

Sobre este aspecto, Humberto Nogueira Alcalá, en el discurso pronunciado el día de la inauguración del IV Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, realizado en Santiago de Chile, el 27 de noviembre de 2006, reflexiona sobre la exigencia de la eficacia de los procesos constitucionales en el contexto latinoamericano; medio a través del cual se pretende producir el resultado para el que ha sido concebido: defensa de los derechos fundamentales y la consolidación del principio de primacía constitucional. En dicho discurso, se afirmó que las características que deben ostentar dichos procesos garantistas son las siguientes:

- a) Trámite sumario, preferente, eficaz y urgente.
- b) Protección solamente de derechos constitucionales o humanos, los derechos asegurados por vía legal o administrativa se garantizan mediante procedimientos judiciales sumarios ordinarios, no a través de procesos constitucionales (es lo que se conoce como residualidad).
- c) Previsión procesal que las excepciones y defensas previas, se resuelvan, previo traslado, en la sentencia.
- d) Ausencia de la etapa de actuación de pruebas.
- e) Las medidas para mejor resolver no pueden afectar la duración del proceso.
- f) Busca reponer las cosas al estado anterior a la vulneración, perturbación o amenaza del derecho.

Teniendo en cuenta la línea de los postulados citados, se vislumbra un factor común a todos los procesos constitucionales, el de ser “*expresión*

*total de una tutela de urgencia*”<sup>(24)</sup>, ya que los conflictos constitucionales exige una respuesta y justicia rápida en la medida en que está en juego el orden constitucionalmente aceptado. Es por ello que ha surgido el llamado fenómeno de constitucionalización de los procesos constitucionales, del cual el Perú no es ajeno (ver artículo 200 de la Constitución Política 1993), convirtiendo a los procesos constitucionales en supergarantías, por encima de los procesos ordinarios, debido a su importancia en el orden constitucional. El proceso se convierte así, como apunta Eduardo Couture, “en el medio de realización de la justicia” y constituye una exigencia constitucional<sup>(25)</sup>.

Es así que a nivel infraconstitucional se acogió esta tendencia de tutela de urgencia, a través de la dación del nuevo cuerpo normativo contenido en la Ley N° 28237 – Código Procesal Constitucional, y es en esa dimensión que trataremos de observar el proceso de amparo, el que por su importancia y su carácter general, respecto del resto de procesos constitucionales, tiene una mayor importancia por la incidencia de procesos que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales y el ad-hoc –Tribunal Constitucional–; esta última en vía de recurso de agravio constitucional.

### 7.2. La residualidad y sumariedad del proceso de amparo

El proceso de amparo, acción de tutela, recurso de protección o mandato, como suele denominarse en otros ordenamientos jurídicos, nació en México y fue exportado al Perú como a otros países democráticos logrando traspasar el ámbito nacional, recogándose así el proceso de amparo internacional.

<sup>(24)</sup> El profesor Juan Monroy Gálvez define: “La tutela de urgencia en estricto, es aquella que debe brindar protección a la situación jurídica que no puede ser protegida de manera adecuadamente por la tutela ordinaria (...); en tanto que es el remedio procesal para el daño que podría ocasionarse por el paso del tiempo si se le exige al justiciable que lleve su pretensión constitucionalmente relevante en la vía ordinaria”. En “Del mito procesal ordinario a la tutela diferenciada: apuntes iniciales”, en *La formación del proceso civil peruano*, Palestra editores, Lima, 2004, pp. 816-818.

<sup>(25)</sup> Cit. por PICO I JUNOY, Joan, *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, Edit. José María Bosch Editor, Barcelona, 2007, p. 21.

En el Perú, esta institución procesal se encuentra reconocida de manera expresa en el numeral 2 del artículo 200°, donde refiere que el amparo procede “contra el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos en la Constitución (...). Los alcances y características de este proceso son interpretados a la luz del artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ello por disposición expresa de los artículos 55°, 56° y cuarta disposición final y transitoria de la constitución<sup>(26)</sup>; lo que permite establecer que debe ser considerado como un proceso de tutela de urgencia.

El Tribunal Constitucional conceptualiza al proceso constitucional de amparo como “(...) un proceso autónomo que tiene como finalidad esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o a amenazas (ciertas e inminentes) de su transgresión. De esta forma, convierte el alto significado de los derechos fundamentales en algo efectivo de hecho, abriendo la puerta para una protección formal y material de los mismos (...)”<sup>(27)</sup>.

A nivel infraconstitucional, tenemos que se encuentra regulada en el artículo 2° del Código Procesal Constitucional, en el que expresa que dicho proceso se da ante la amenaza o violación de los derechos constitucionales por acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona.

Así tenemos que nuestro sistema ha experimentado, con la promulgación del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) un cambio diametral de 180° grados, en cuanto al tratamiento del proceso constitucional de amparo, ya que pasó del modelo entendido como vía paralela (impuesta por el artículo 6°, inc. 3) de la derogada Ley 23506), al de proceso residual. Luis Sáenz Dávalos comenta: “Si de cambios notorios se trata, definitivamente el

<sup>(26)</sup> Ver STC 023-2005-PI/TC.

<sup>(27)</sup> En este punto, precisamos que la normatividad existente y la jurisprudencia producida por el Tribunal Constitucional ha delimitado que el amparo acoge la tesis amplia respecto a la protección de los derechos fundamentales distintos a la libertad individual y a los tutelados por el habeas data, en las que se incluye los enumerados y no enumerados, así como los derechos contenidos en la Constitución. STC Exp. N° 2488-2002-HC/TC, 008-2003-AI/TC; 2945-2003-AA/TC.

Código apuesta por uno de carácter radical al postular el abandonado del esquema alternativo –hasta ahora prevaleciente– para ingresar de lleno a lo que se ha venido a denominar modelo subsidiario o residual<sup>(28)</sup>.

El CPCConst. introdujo un cambio importante, pues considera al proceso de amparo como un mecanismo excepcional o residual, ya que dispone que no podrá ser utilizado cuando exista otra vía judicial igualmente efectiva que proteja los derechos amenazados o vulnerados<sup>(29)</sup>, logrando así la tan ansiosa tutela de urgencia que exige el sistema neoconstitucional imperante.

La residualidad implica que el justiciable solo podrá acudir al proceso de amparo cuando no existen otros mecanismos procedimentales eficaces para la tutela del derecho o que de manera muy excepcional, cuando pese a existir otra vía ordinaria, acudir a ella, implicaría en términos razonables un desamparo eminente de los derechos fundamentales.

En el mismo sentido, Luis Castillo Córdova fija la premisa de que este proceso constitucional solo podrá iniciarse si es que en la vía judicial ordinaria no existe un proceso tan sumario y eficaz para la defensa de los derechos constitucionales como el proceso constitucional<sup>(30)</sup>.

Por su parte, el maestro argentino Néstor Sagüés considera al amparo como una tutela subsidiaria, lo que supone asumir que “[el] amparo cumple un rol supletorio o heroico: opera únicamente si, ante un acto lesivo de derechos constitucionales, el afectado no tiene acciones o procesos para impugnarlo; o si existen, pero no son idóneos o eficaces para enfrentar a tal acto lesivo”<sup>(31)</sup>.

El Tribunal Constitucional Peruano ha sostenido en la STC 0206-2005 PA/TC que “solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección

<sup>(28)</sup> Revisar SAENZ DÁVALOS, Luis, “Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo”, en AA.VV., *Código Procesal Constitucional comentado*, Edit. Normas Legales, Trujillo, 2005, p. 87.

<sup>(29)</sup> Ver artículo 5, inc. 2, del CPCConst.

<sup>(30)</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis, cit., p. 276.

<sup>(31)</sup> Loc. cit.

urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo”<sup>(32)</sup>.

Por lo demás, se debe recordar que la residualidad conlleva a la necesidad que el proceso constitucional sea **sumario**, lo que implica que los tiempos deben ser cortos, motivo suficiente para regular plazos más cortos, prohibir incidentes dilatorios, promover de oficio y evitar etapas probatorias, acondicionando, creando y prohibiendo instituciones procesales para que permitan dicha sumariedad y una sentencia en un plazo razonable. Todo ello se pretende lograr para atacar a un mal endémico como es la lentitud de la justicia constitucional.

De lo aquí avanzado, podemos colegir que ***ambas características: residualidad y sumariedad son dos caras de una misma moneda (tutela de urgencia)***. Ello fue aclarado incluso, en la misma Exposición de Motivos del Proyecto N° 09371 Código Procesal Constitucional, en donde se refirieron al tema:

“En línea con los postulados actuales de regular los procesos constitucionales relacionados con la defensa de los derechos fundamentales, se ha acogido un procedimiento que concrete lo que la Comisión considera que debe ser el rasgo principal de aquellos: ser expresión de una tutela de urgencia.

En tal sentido, ***el procedimiento propuesto privilegia una cognición sumaria de la cuestión debatida en reemplazo de la cognición plena***, versión ***clásica de los procedimientos que tutelan derechos privados***. Esto significa que, en la práctica se opta por una ***justicia de probabilidad*** antes que por una justicia de certeza, es decir, llegar antes a una decisión final, aun con merma de un conocimiento completo e integral del tema a ser resuelto” (el resaltado es nuestro).

<sup>(32)</sup> En este mismo sentido, se ha pronunciado en las STC recaídas en los Expedientes N° 4879-2005-PA/TC; 2890-2005-PA/TC; 6971-2006-PA/TC; 9344-2005, 8598-2005-PA/TC; 2669-2004-PA/TC; 4109-2004-PA/TC; 2374-2002-PA/TC; 54542-2005-PA/TC; 0206-2005-PA/TC; 0206-2005-PA/TC; 8860-2005-PA/TC; 0206-2005-PA/TC; 193-2006-PA/TC; 9338-2005-PA/TC; 083830-2005-PA/TC; 10187-2005-PA/TC; entre otros.

Para ello no solo son necesarias normas procesales flexibles y que permiten la sumariedad de los procesos, sino también jueces constitucionales que tengan un rol activo y de control de la acción de las partes, a fin de conseguir que en ***plazos precisos y determinados se otorgue una respuesta jurisdiccional idónea***, atendiendo a que la protección de los derechos fundamentales no permite dilaciones indebidas y donde el transcurso del tiempo puede convertir en irreparable el agravio cometido. Por ello, los tribunales deben enfrentar la procedencia de la demanda de protección de derechos, su tramitación y la ejecución de la sentencia con criterios dinámicos que posibiliten al órgano jurisdiccional adecuar el trámite a los fines de efectiva protección de los derechos.

Es bajo esta mirada de ***residualidad y sumariedad*** que debe el legislador mirar al momento de incluir una institución procesal en el proceso constitucional o, por el contrario, con ella debe observar e interpretar el juez al momento de aplicar las normas procesales. Termino este acápite transcribiendo parte de la sentencia del máximo órgano constitucional:

“En el proceso de amparo, por su propia naturaleza especial y sumarísima, no cabe dilación alguna; (...) Desconocer en todas las formas posibles los plazos previstos para su tramitación comporta una situación intolerable y arbitraria (...) aun cuando existe un factor por todos conocido como la inmensa carga procesal de la que adolece la administración de justicia en general (...) ello no constituye causal de excusa para desnaturalizar el proceso por completo, equiparando su tramitación a la de los procesos ordinarios (...) Ignorar tales premisas significa desconocer todo el derecho procesal constitucional” (STC 02372-2007-AA/TC).

## VIII. LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ: NATURALEZA JURÍDICA Y SU CONTENIDO

La tutela jurisdiccional efectiva constituye un derecho fundamental, por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le



ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización. El calificativo de efectiva que se da le añade una connotación de realidad a la tutela jurisdiccional, llenándola de contenido.

Es así que al derecho en mención se le ha dotado de un contenido complejo, que comprende en síntesis —como lo describe acertadamente Adrián Simons Pino— tres aspectos: a) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo; b) De obtener una sentencia de fondo, es decir, motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión; y c) La efectividad de las resoluciones judiciales<sup>(33)</sup>.

Siguiendo con lo dicho, es que se incluye dentro de este concepto amplio, un plexo de garantías, entre los que se encuentra el derecho a un juez imparcial. Es por ello que el contenido es amplio, así lo destaca el máximo intérprete de la Constitución en la STC Exp. N° 001-2009-AI/TC (fund. 23):

“[...] Todo órgano que posea naturaleza jurisdiccional (sea ordinario, constitucional y militar) debe respetar las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, a la pluralidad de instancias, al plazo razonable del proceso, a un juez competente, *independiente e imparcial*, a la ejecución de resoluciones judiciales, entre otros derechos fundamentales”.

Así tenemos que la imparcialidad del juez se sustenta en la garantía que tienen las partes a que su conflicto va a ser resuelto por un tercero imparcial que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el

<sup>(33)</sup> Ver SIMONS PINO, Adrián, “El Derecho a la decisión plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales”, trabajo publicado en la revista electrónica de Hechos de la Justicia y material bibliográfico del curso de Derecho Constitucional de la Universidad César Vallejo. Por su parte, el jurista español, Joan Picó I Junoy, amplía el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva, a parte de los ya mencionados por Simons Pino, el derecho al recurso legalmente permitido. Ver PICO I JUNOY, Joan, cit., p. 40.

debate, para llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida, asegurando así a todas las partes una tutela jurisdiccional efectiva.

Es en este orden de ideas, que la referida imparcialidad se encuentra reconocida legislativamente en nuestro sistema jurídico, de manera implícita, en el numeral 3 del artículo 139° de nuestra Constitución, en el cual prescribe que “Son principios de la función jurisdiccional la tutela jurisdiccional efectiva...”; norma que concuerda con lo establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, y artículo 14.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, normas que forman parte de nuestro derecho en virtud del mandato del art. 55° de la Constitución.

Pues bien, esta institución ha sido concebida, por parte del Tribunal Constitucional, como la expresión de la tutela jurisdiccional efectiva y, por tanto, tiene una exigencia constitucional por estar inmersa en la Constitución<sup>(34)</sup>, así lo expresa en la STC Exp. N° 6129-2006-PA/TC:

“(...) el derecho a ser juzgado por jueces imparciales. Ello sin embargo, no ha impedido a este Tribunal reconocer en él a un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso. A saber del derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución (...)”.

Claro está que el juez, como tercero y como titular de la potestad jurisdiccional que ostenta, debe actuar con un “desinterés subjetivo”, respecto a cada uno de los casos concretos que se someten a su decisión; ello se denomina imparcialidad, la que constituye una condición indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional<sup>(35)</sup>. El profesor Juan Montero Aroca afirma:

<sup>(34)</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio, señala: “La imparcialidad evidentemente no es hoy en día solamente un ‘desiderátum’ sino que se ha transformado en una exigencia a través de su constitucionalización y consagración en los Tratados Internacionales (...)”, en *Principios de aportación de parte y acusatorio: La Imparcialidad del Juez*, 1ª ed., Edit. Comares, Granada, 1996, p. 404.

<sup>(35)</sup> Leer el artículo 7 del Estatuto Iberoamericano aprobado en la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia de Latinoamérica, celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, los días 21 al 25 de mayo de 2001.

“La verdadera imparcialidad, en tanto que desinterés subjetivo, no puede simplemente suponer que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser parte en el proceso que está conociendo, sino que implica sobre todo, que el Juez no sirve a la finalidad subjetiva de algunas de las partes en un proceso”<sup>(36)</sup>.

En la misma línea, se ha expresado nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo la línea europea, al aclarar en la STC Exp. 001-2009-PI/TC (fund. 32) “el principio de imparcialidad –ligado al principio de independencia funcional– se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo (...)”.

En ello radica la naturaleza jurídica de la imparcialidad, cuya esencia es “subjetiva”, ya que depende del ánimo de cada juzgador, en ser o no capaz de actuar limitándose al cumplimiento estricto de su función y sin servir a los intereses; por tanto, la imputación de falta de imparcialidad por parte del juez no puede ser alegado en abstracto, sino que tiene que ser objetivizada y comprobada en cada caso concreto. En suma, se concluye en este extremo, que cuando concurre un supuesto de pérdida de imparcialidad por parte del juez, lo que se sucede no es la parcialización, sino la *sospecha de parcialidad; ya que la ausencia de imparcialidad se da con los actos decisorios*.

Debemos precisar que en todos los pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por el Tribunal Constitucional se ha determinado la existencia de dos dimensiones del principio de imparcialidad del juez<sup>(37)</sup>:

- (i) **Imparcialidad subjetiva.** Se refiere a evitar cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso.

<sup>(36)</sup> Ver MONTERO AROCA, Juan, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 187.

<sup>(37)</sup> De manera continuada y reiterada, se pronuncian, en este sentido, las sentencias recaídas en los Expedientes N° 01868-2009-HC, 02526-2009-PH/TC, 004-2006-PI/TC, 1934-2003-HC/TC, 03733-2008-HC, 04675-2007-HC/TC, así lo demuestran.

- (ii) **Imparcialidad objetiva.** Está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

## IX. EL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL Y SUS GARANTÍAS

Habiendo delineado la estructura conceptual y contenido de la imparcialidad, resulta casi necesario indicar que la imparcialidad judicial tiene una doble connotación en el sistema jurídico: como principio rector del sistema de justicia y como el derecho que ostentan los justiciables. El primero, *como principio* en la medida en que constituye mandatos de optimización y líneas directrices en que debe guiarse la función jurisdiccional en su función de prestación de justicia; y *como derecho*, en la medida en que implica la atribución que tienen los justiciables de exigir el apartamiento del juez cuando existan motivos justificados para que se aleje del proceso<sup>(38)</sup>. Nosotros nos referiremos a esta última, así como a los mecanismos con los que se cuentan y cuyas garantías difieren según opte por un sistema de protección amplia o restringida, tema que será de análisis más adelante.

La abundancia de lo afirmado impone a todo sistema jurídico la premisa inicial que ante la excitación del órgano jurisdiccional existe una “*presunción respecto a la imparcialidad del juez*”, de la cual se infiere *que el juez es capaz hasta que se vea privado de la legitimación para ejercitar la función jurisdiccional*, imponiéndose así una presunción “*iuris tantum*” en el ámbito jurisdiccional y procesal en específico. Por tanto, las garantías que conlleven a exigir el apartamiento del juez del proceso y restablecer el derecho a la imparcialidad del mismo, es impuesta por cada sistema jurídico, aclarando que solo ataca la “*apariencia de parcialidad*”, y debe darse solo en motivos fundados, objetivos y razonables; previa comprobación en el proceso mismo. Más explícito se muestra el maestro Joan Picó I Junoy en cuanto a dicha presunción existente, al indicar que parte del doble alcance que ostenta la imparcialidad. Así señala:

<sup>(38)</sup> Puede ampliarse su estudio en loc. cit., p. 17.

“[...] Partiendo de este concepto de imparcialidad, el TEDH suele distinguir un doble alcance de la misma: Uno subjetivo, que se refiere a la convicción personal de un juez determinado respecto al caso concreto y a las partes, imparcialidad que debe **ser presumida salvo que se demuestre lo contrario**; y otro objetivo, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso, presumiéndose la falta de imparcialidad si no concurren las citadas garantías”<sup>(39)</sup> (el negreado es nuestro).

Ello conlleva, desde una perspectiva teórica y práctica, a afirmar que si el juez que emita una resolución, comunicando su apartamiento del proceso por las causales de impedimento o a solicitud de alguna de las partes, debe estar probado en autos dicha sospecha de parcialidad, lo que implica que tanto el juez si lo alega de oficio y/o si la parte lo requiere deben presentar las pruebas que acredite lo afirmado, ya que sería un abuso procesal que conllevaría al desequilibrio de la contienda. No es suficiente la afirmación –incluso si esta viene de un magistrado– para amparar un apartamiento del proceso.

A partir de ello, podemos estructurar y proponer –desde una perspectiva metodológica y global– una clasificación de sistemas imperantes en el *maremágnum* del derecho procesal general, a partir del cual se pretende garantizar el derecho que tienen las partes a un juez imparcial. Un factor común a los sistemas propuestos es que ellos acogen indistintamente las figuras de recusación e impedimento (llamada abstención mayoritariamente por la doctrina), lo que no ocurre con la inhibición por decoro y delicadeza, la que tiende a ser excepcional, ya que solo aparece en algunos sistemas procesales, como ocurre en el ordenamiento procesal civil peruano.

El criterio tomado para clasificar los sistemas es en atención a la relación que se tiene respecto a la vigencia del principio de legalidad, donde cabe dis-

<sup>(39)</sup> Ver PICÓ I JUNOY, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: abstención y la recusación*, 1ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, pp. 24-25. Siguiendo esta línea, tenemos a GALÁN GONZALES, Candela, *Protección de la Imparcialidad Judicial: Abstención y Recusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 26.

tinguir la presencia de tres: (i) un sistema tasado, cerrado o como algunos lo denominan *numerus clausus*; (ii) el otro, un sistema abierto *numerus apertus*; y (iii) el sistema mixto. A continuación un pequeño esbozo de los mismos.

### 9.1. Sistema cerrado o *numerus clausus*

Este sistema acepta como únicas y verdaderas causas de apartamiento del juez de un proceso en específico, establecidos expresamente en la Ley procesal o su Ley Orgánica<sup>(40)</sup>, quedando sujeto al criterio establecido por el legislador al momento de aprobar las hipótesis objetivas de las causas de exclusión. Con ello se pretende evitar los abusos y la utilización fraudulenta de esta institución, ya que desdibujaría por completo una efectiva tutela judicial. Prueba de ello son algunas experiencias vividas, como la de España cuando se ha institucionalizado la recusación perentoria o sin causa. A su vez se intenta evitar que dichos institutos (causas amplias) se transformen en un medio espurio para apartar a los jueces del conocimiento de la causa que por la norma legal le ha sido atribuido<sup>(41)</sup>.

Este sistema no solo implica la adopción de un sistema cerrado en cuanto a las causas, sino la defensa férrea de un método de interpretación restrictivo, en el cual es “improcedente” todo intento de integración vía analogía o de supletoriedad de otros ordenamientos procesales, e incluso de otras interpretaciones extensivas.

Gómez Orbaneja detalla: “En efecto, el carácter garantista de la taxatividad ha constituido el fundamento empleador para la defensa de una interpretación restringida o limitada de las causas de abstención y recusación”<sup>(42)</sup>;

<sup>(40)</sup> Países como Italia y Alemania han acogido las figuras de la abstención y recusación en normas procesales, a diferencia de España, que por razones históricas las incluye en Leyes Orgánicas; sin embargo, somos de la opinión que ellas son instituciones netamente procesales más que orgánicas. En el Perú, existe una mixtura en los ordenamientos procesales, ya que los regula en los Códigos Procesales y en Leyes Orgánicas (como ocurre con el caso de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Peruano).

<sup>(41)</sup> Ver GOZANI, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso*, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 257

<sup>(42)</sup> Ver GALÁN GONZALES, Candela, cit., p. 50.

ya que lo contrario implicaría incorporar nuevas causas o motivos que no hubieren sido previstos por el legislador y lo peor, aún crearía una inseguridad jurídica no admisible en un estado democrático. Si bien existen críticas a este sistema, es importante recalcar que él mismo es, a nuestro modo de ver, el idóneo para los procesos llamados de urgencia, en los que están en juego derechos fundamentales. Ello debido a la naturaleza sumaria y de urgencia con la que cuentan. Así no se permitiría el abuso y excesos que puedan producirse con los incidentes innecesarios que podrían conllevar a procesos latos y amplios que violen el derecho a una sentencia de fondo en un tiempo razonable.

Punto aparte merece una pequeña reflexión al respecto: la aplicación de este sistema cerrado conlleva a la necesidad de encontrar jueces capaces de aceptar el reto de no ceder a cualquier presión interna (en lo personal) que puedan tener al momento de decidir una litis, indistintamente que el orden procesal deba crear mecanismos de control de actos jurisdiccionales parcializados.

## 9.2. Sistema abierto o *numerus apertus*

Este sistema es diametralmente distinto al anterior, ya que proponen una amplitud de criterio para incluir causas de apartamiento de los jueces, las que estarán sujetos al libre albedrío del juez y, por otro lado, a la voluntad de las partes, ya que solo bastaría la simple declaración de sospecha de parcialidad para que el juez se aparte. Sus defensores refutan algunos argumentos de sus contrarios como es el sistema cerrado y es con base en su deficiencia que sustentan su opinión.

Vijande manifiesta en defensa de este sistema que “si lo que se trata es de preservar un derecho fundamental, cual es el derecho a un juez imparcial como concreción a un proceso con todas las garantías, entonces el ámbito del deber de abstención y del derecho de recusación no puede estar limitado por una hipotética pretensión del legislador de enumerar, exhaustiva y tasadamente, las razones que comprometen la imparcialidad de un juzgador (...)”.

La crítica a este sistema es la permisividad reconocida a las partes de efectuar subjetivas valoraciones a criterio de las mismas y en otras de los

propios jueces, quienes muchas veces por evitar conocer procesos de relevancia social o que tengan que ver con poderes públicos se excusan en estos sistemas. Ello provoca posibles subterfugios que suponen un atentado contra la economía procesal y la celeridad de los procesos.

## 9.3. Sistema mixto

Para finalizar tenemos el sistema mixto, donde conviven los dos sistemas antes referidos. Por un lado, se encuentra la previsión legal conteniendo un plexo de motivos concretos y específicos, que justifican la separación del juez en quien concurre; pero en forma paralela también recoge una cláusula abierta en términos abstractos, que permite vía interpretación extensiva incluir varios supuestos razonables que justifique una desconfianza hacia la imparcialidad del juez. Dejando en claro que bajo este sistema es excluyente la fórmula abierta, es decir, que solo puede ser alegada cuando la causal no está incluida en forma expresa.

El reconocimiento de estos sistemas debe estar reconocido expresamente en la Ley procesal o en su Ley Orgánica<sup>(43)</sup>, a donde se debe acudir para fundamentar un apartamiento o no, por parte del juez, en los casos concretos que se presentan ante su judicatura.

### *La realidad de los sistemas procesales*

Hay que destacar que indistintamente de la existencia de las corrientes descritas, en ella se pueden encontrar con las figuras de apartamiento —o abstención como la denominan algunos ordenamientos jurídicos— y recusación, que son las dos instituciones clásicas existentes en la mayoría de los sistemas jurídicos, determinadas dentro de los sistemas tasado, abierto e incluso mixto, según lo establezca cada ordenamiento jurídico procesal. Sin

<sup>(43)</sup> Países como Italia y Alemania han acogido las figuras de la abstención y recusación en normas procesales, a diferencia de España, que por razones históricas lo incluyen en Leyes Orgánicas; sin embargo, somos de la opinión que ellas son **instituciones** netamente procesales más que orgánicas. En el Perú, existe una mixtura en los ordenamientos procesales, ya que los regula en los Códigos Procesales y en Leyes Orgánicas (como ocurre con el caso de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Peruano).

embargo, la doctrina italiana —la que ha sido acogida por diversos países— introdujo una categoría más a las ya mencionadas. Se trata de la inhibición por decoro y delicadeza, la que siempre acogerá el sistema abierto.

Indistintamente de lo afirmado, se debe establecer que los alcances de esta institución de la imparcialidad es la de tener un carácter supralegal, por tanto —como lo refiere Juan Montero Aroca— el mismo conlleva a un “alcance general, siendo aplicable en **todos los tipos de proceso**, incluso aunque en cada uno de ellos, puedan llevar a conclusiones propias y específicas, que no podrán desvirtuar ni el principio general ni el derecho de las partes”<sup>(44)</sup>.

Ello implica que dicho principio-derecho no es exclusivo del derecho procesal civil, sino de todos los existentes: procesal laboral, contencioso administrativo, incluidos el *proceso constitucional*; por tanto, las garantías adoptadas en cada una de ellas, pueden diferir unas de otras según el sistema adoptado. Ello se da según lo requiera la propia naturaleza de cada proceso; claro está, teniendo en cuenta la forma de concebir cada proceso.

Lo anteriormente desarrollado constituye el fundamento por el cual se afirma que las garantías del principio de imparcialidad, son más limitadas en el derecho procesal constitucional que el desplegado en el derecho procesal civil, porque una tiene una naturaleza pública de tutela de urgencia, y la otra una privada, máxime si se ha concebido al juez imparcial como un derecho, por tanto, esta no puede ejercerse de manera absoluta en la medida en que debe ponderarse con la finalidad que persigue el proceso constitucional mismo, así como la naturaleza que ostenta.

Fernando Segado, con una sencillez tal, explica la limitación de los derechos fundamentales, al indicar: “La afirmación de que los derechos fundamentales sólo pueden ser limitados con fundamento en la Constitución, pone de presente la razón determinante por la cual en el orden jurídico no pueden existir derechos absolutos, aunque se trate de derechos fundamentales, base del Estado constitucional y esencia de la democracia; porque ellos forman parte o se definen o son lo que están llamados a ser,

(44) Ver MONTERO AROCA, Juan, cit., p. 16.

como elementos de un balance difícil pero necesario entre derechos, bienes, valores y principios reconocidos todos como componentes del orden jurídico fundamental de la comunidad”<sup>(45)</sup>.

## X. LAS GARANTÍAS EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL PERUANO

Nuestro sistema peruano y, en específico, el sistema procesal civil —que tiene carácter iusprivatista— acoge la tesis planteada por Eduardo Couture, en cuanto se acepta la coexistencia de tres instituciones a través de la cual se pretende garantizar la imparcialidad del juez, ya sea por el objeto o los sujetos: *el impedimento*, que es la inhibición por prohibición legal a la que está obligado el juez; *recusación* es la inhibición por voluntad de las partes afectadas en un proceso; y *la abstención por decoro o delicadeza*, que es una *inhibición* por voluntad del magistrado, la que es potestativa<sup>(46)</sup>. Ello se deduce claramente de la lectura de los artículos 305°, 307° y 313° del Código Procesal Civil Peruano que regula las causales y supuestos donde opera el impedimento, recusación e inhibición por decoro y delicadeza respectivamente, en donde se acogen en forma paralela los sistemas cerrados y abiertos. Así tenemos lo siguiente:

a) **El impedimento o abstención** se da cuando existe un motivo “grave” de inhibición, circunstancia que obsta en modo absoluto al conocimiento de un asunto determinado por parte del juez, y cuyas causales se encuentran impuestas expresamente en el artículo 305° del CPCivil, norma que prescribe: “El Juez se encuentra impedido de dirigir un proceso cuando:

1. Ha sido parte anteriormente a éste.
2. Él o su cónyuge o concubino, tiene parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o de adopción con alguna de las partes o con sus representantes o apoderados o con un abogado que interviene en el proceso.

(45) Ver CORREA HENAO, Magdalena, “La limitación de los derechos fundamentales”, en *Temas de Derecho Público* N° 71, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1ª ed., Bogotá, 2003, p. 38.

(46) Ver COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 128.



3. Él o su cónyuge o concubino, tiene el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes.
4. Ha recibido él o su cónyuge o concubino, beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso, aunque ellos sean de escaso valor.
5. Ha conocido el proceso en otra instancia, salvo que haya realizado únicamente actos procesales de mero trámite; o
6. Ha fallado en otro proceso, en un incidente o sobre el fondo de la materia, con el cual tiene conexión”.

En suma, el juez unipersonal o colegiado que se encuentra inmerso en alguna de las causales de impedimento, está **obligado a renunciar de oficio** a intervenir en un determinado proceso. Su transgresión acarrea la imposición de una responsabilidad disciplinaria e incluso penal al magistrado, ello por ir en contra de lo expresamente establecido en la norma expresa. Se deja constancia de que en forma excepcional si el juez no invoca, pese a estar obligado a apartarse por causal de impedimento, esta puede ser invocada por la parte vía recusación por impedimento, tal como lo permite el artículo 312 del mismo Código Procesal Civil, que a la letra dice: “El Juez que no cumple con su deber de abstención por causal de impedimento, puede ser recusado por cualquiera de las partes”.

Queda claro entonces que en esta garantía se coge el sistema “**numerus clausus**”, imposibilitando al juez de hacer interpretaciones extensivas o analógicas para incluir nuevos supuestos fácticos como causales de apartamiento.

**b) La recusación**, por el contrario, configura aquellas causas “regularmente graves” de inhibición, pero no dejan de ser importantes, en tanto implican motivos razonables o valederos para que el juez se aparte. Empero su característica diferenciadora se basa justamente en que esta constituye una facultad exclusiva de las partes y no del juez.

Sus causales también al igual que el impedimento, son **numerus clausus**, por estar reguladas expresamente en el artículo 307° del CPCivil, el que expresamente señala: “Las partes pueden solicitar que el Juez se aparte del proceso cuando:

1. Es amigo íntimo o enemigo manifiesto de cualquiera de las partes, demostrado por hechos inequívocos.
2. Él o su cónyuge o concubino o su pariente en la línea directa o en la línea colateral hasta el segundo grado, primero de afinidad o adoptado, tiene relaciones de crédito con algunas de las partes; salvo que se trate de personas de derecho de servicio público.
3. El o su cónyuge o concubino, son donatorios empleadores o pre-suntos herederos de alguna de las partes.
4. Haya intervenido en el proceso como apoderado, miembro del Ministerio Público, perito, testigo o defensor;
5. Tiene interés directo o indirecto en el resultado del proceso.
6. Existe proceso vigente entre él o con cualquiera de las partes, siempre que no sea promovido con posterioridad al inicio del proceso”.

La titularidad de su invocación en el proceso es “plenamente” de responsabilidad de los justiciables (partes), si no lo ejercitan, pese a tener conocimiento de estar en algunas de las causales, los actos realizados por el juez son válidos, convalidando la legitimación del proceso<sup>(47)</sup>. Para la procedencia de la recusación se necesitan dos elementos: motivo del apartamiento y voluntad del perjudicado, sin las cuales no existe recusación alguna.

**c) La inhibición por decoro o delicadeza** constituye un concepto de excepcional amplitud, tal como se observa de la lectura del artículo 313 del Código Procesal Civil, que prescribe: “Cuando se presentan motivos que perturban la función del Juez, éste por decoro o delicadeza, puede abstenerse mediante resolución debidamente fundamentada, remitiendo el expediente al Juez que debe conocer de su trámite...”.

Este artículo acoge como es de verse de manera total, la fórmula amplia o abierta (denominado sistema *numerus apertus*), donde se incluyen diversas causales no establecidas en el ordenamiento procesal, *que no estén incluidas en el impedimento y recusación*, constituyendo pues una ventana

<sup>(47)</sup> Ver MONTERO AROCA, Juan, cit., p. 199.

abierta para reconocer otros supuestos no tasados, pero que al invocarse estos deben ser razonables. Sin embargo, su característica propia es la de ser una expresión de la voluntad del mismo juzgador, quien tiene la facultad o no de apartarse. Así lo ha establecido la jurisprudencia nacional, como es de observarse de lo fundamentado por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema al resolver la Casación N° 2455-2005/El Santa, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 01.09.2005 (p. 14674), cuando afirma: “(...) Al ser la abstención por decoro una **facultad y no un deber de los juzgadores** no puede acarrear sanción de nulidad”.

Por su parte, el maestro Eduardo Couture con su habitual precisión afirma que “el decoro es un concepto de excepcional amplitud. Abarca, no sólo el honor, sino también el respeto, la reverencia, el recato y la estimación. Es no sólo la consideración externa de una persona, sino también su propia estimación. Abarca tanto el prestigio social representado por la dignidad del comportamiento, como el respeto que una persona debe a los dictados de su propia conciencia. Hierde el decoro no sólo una ofensa recibida, claramente perceptible, sino también la insinuación malevolente, el estado de recelo, la sospecha o el desdén. **El Juez puede sentirse herido en su decoro si la parte lo supone incapaz de juzgar con independencia en determinado asunto; pero su integridad de espíritu, la elevada conciencia de su misión y el sentimiento de su responsabilidad puede también colocarlo por encima de tales sospechas y su propio decoro puede conducirlo a su conclusión contraria —es decir, a no apartarse del proceso—**. Se trata sustancialmente, de una actitud de orden espiritual, ***que puede conducir, indistintamente, a una u otra solución***. Se observa así, que tanto el decoro como la delicadeza son situaciones que escapan a la consideración de cualquier otro que no sea el magistrado. Sólo a él pertenece la reserva de la cuestión, y también a él corresponde decidir su abstención para juzgar”<sup>(48)</sup> (el negreado es nuestro).

Por su parte, la Dra. Sara Taipe Chávez reflexiona de manera acertada y de una forma contestataria enuncia:

<sup>(48)</sup> Loc. cit.

“Sabemos que hierde el decoro de cualquier persona ‘una ofensa recibida (claramente perceptible)’, la ‘insinuación malevolente’, ‘el estado de recelo’, ‘la sospecha’, ‘el desdén’. Sin embargo, el juez ¿puede reaccionar ante cualquier conducta como cualquier persona? ¡No!, porque ‘(...) los jueces son jueces, son lo que son y no son otra cosa, por ejemplo no son mafiosos (...)’. Lo que un juez hace al juzgar es actividad jurisdiccional y no otra cosa, pues su vida está comprometida con ‘hacer justicia’ (...). En consecuencia, ante una conducta agravante de una de las partes del proceso, el juez debe tener en cuenta la elevada conciencia de su misión, su integridad de espíritu y su sentido de responsabilidad. Por lo tanto considero que el propio decoro del juez debe conducirlo a una conclusión contraria, que consiste precisamente **en no apartarse del proceso**”<sup>(49)</sup>.

Aquí resulta necesario hacer una precisión, que el no apartarse por decoro o delicadeza no acarrea responsabilidad alguna del juez, ya que es una cuestión de orden subjetivo que involucra exclusivamente al mismo juzgador. Lo contrario devendría en un desconocimiento del carácter facultativo que ostenta dicha institución.

Es así que podemos afirmar que la estructura del sistema procesal civil se basa en estas tres garantías: impedimento, recusación e impedimento por decoro y delicadeza; cuya potestad de invocación y gravedad de las faltas, como las consecuencias sancionatorias de su trasgresión, difiere uno del otro. Para un mejor entendimiento del mismo, hemos elaborado un cuadro comparativo, que clarifica el tema.

GARANTÍAS EN EL CPCIVIL	GRAVEDAD DE LA FALTA	TITULARIDAD PARA INVOCARLO	CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL JUEZ
Impedimento	Grave	Obligación del juez	Proceso disciplinario
Recusación	Regularmente grave	Facultad de la parte	Proceso disciplinario
Abstención por decoro y delicadeza	Leve	Facultad del juez	No existe proceso disciplinario

<sup>(49)</sup> Ver TAIPE CHÁVEZ, Sara, loc. cit.

Finalmente, en este punto, podemos agregar que la justicia privada en nuestro ordenamiento procesal recoge estas tres garantías, las que son excluyentes en cuanto a las causales. Ello implica que de existir una causal de recusación, el juez no puede invocarla por inhibición por decoro o delicadeza, ya que estaría supliendo a la parte, lo cual implica tomar partido en el proceso. Lo mismo sucede con las causales de impedimento e inhibición por decoro, las cuales difieren, ya que esta última constituye como ya se ha descrito, aquellas causales que no están incluidas en la recusación e impedimento.

Eduardo Couture comenta sobre la exclusión de la recusación e inhibición por decoro; ello debido a que es donde existen más problemas al respecto, dándose con más incidencia: “De la misma manera, cabe aclarar que si el motivo de decoro o delicadeza, se halla configurado en la ley como causa de recusación, no corresponde hacer valer el derecho de abstención, sino tal como lo hemos expuesto en su oportunidad, hacer saber el motivo a las partes y luego que éste haya promovido la recusación, desentenderse del asunto”<sup>(50)</sup>.

## XI. ANÁLISIS DEL TEMA EN ESTUDIO

### A. El contenido y límites del artículo 52° del Código Procesal Constitucional

Partimos en este punto, transcribiendo el artículo 52° del Código Procesal Constitucional, la que como líneas arriba se ha afirmado, es una norma de carácter especial, que regula los casos en que el juez constitucional debe apartarse del proceso de amparo. La norma en comento dice a la letra:

“El Juez deberá abstenerse cuando concurren las causales de impedimento previstas en el Código Procesal Civil. En ningún caso, será procedente la recusación.

El Juez que intencionalmente no se abstiene cuando concurre una causal de impedimento o lo hace cuando no concurre una de ellas, incurre en responsabilidad de naturaleza disciplinaria y penal”.

<sup>(50)</sup> Ver COUTURE, Eduardo J., cit., p. 188.

Al respecto el Dr. Roberto Alfaro Pinillos afirma que dicho artículo es una innovación del derecho procesal constitucional peruano, pues introduce diversas causales de impedimento o excusa de los magistrados en materia procesal constitucional, para ser aplicada única y exclusivamente a los jueces constitucionales (jueces especializados en materia constitucional o en su defecto, civil o mixta, así como por extensión los vocales de la Corte Superior) del Poder Judicial; precisándose —al realizar el análisis del mismo— que esta no es aplicable para los magistrados del Tribunal Constitucional, pues estos tienen su propio régimen de impedimento reconocido en el artículo 8° del Reglamento del Tribunal Constitucional, norma última que acoge el sistema de garantía abierta o de *numerus apertus* al incluir una fórmula amplia como es la invocación por parte del magistrado por decoro y delicadeza. Aquí queda claro que no existe duda de que se aplica esta última institución<sup>(51)</sup>.

Para una mayor visión del panorama legislativo, proponemos un cuadro comparativo, que explicaría de por sí, por qué los miembros del TC pueden alegar inhibición por decoro o causas abiertas para alejarse del proceso, y que se desprenden de la lectura de las sentencias N° 04664-2007-PA/TC en el proceso de amparo judicial promovido por Dennise Belmont Sanguesa contra la Sala de Derecho Social y Constitucional de la Corte Suprema; y N° 1652-2006-PA/TC, proceso de amparo judicial seguido por la Cooperativa de Usuarios La Encalada Ltda. contra la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, donde se resolvieron pedidos de inhibición por decoro en dichos procesos, utilizando una interpretación amplia sobre ello. El cuadro es como sigue:

NORMAS QUE REGULAN LAS GARANTÍAS  
DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

MAGISTRATURAS CONSTITUCIONALES	NORMATIVIDAD QUE REGULA LAS GARANTÍAS A UN JUEZ IMPARCIAL
Jueces del Poder Judicial (Jueces Especializados y Superiores)	Art. 52° del Código Procesal Constitucional
Miembros del Tribunal Constitucional	Art. 8° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

<sup>(51)</sup> Ver PINILLOS, Roberto Alfaro, *Guía Exegética del Código Procesal Constitucional*, Grijley, Lima, 2008, p. 445.

Hecha la atingencia y guiados por el interés de abordar directamente el problema que nos convoca, pasamos al análisis del artículo 52° del Código Procesal Constitucional, el cual como se dijo precedentemente, no tiene antecedentes en nuestro sistema jurídico y que es aplicable a los jueces del Poder Judicial con jurisdicción constitucional. Así tenemos que de la propia literalidad de la norma procesal transcrita, se observa que la misma es remisiva al art. 305° del CPCivil, para indicar cuáles son las causales de impedimento a través del cual el juez constitucional que conoce de los procesos de amparo –y aplicable en extensión a los procesos de habeas data y cumplimiento– está obligado por mandato expreso de la ley, a apartarse del proceso. Estos supuestos serían los siguientes:

1. Cuando el juez ha sido parte en el proceso de amparo que habrá de resolver.
2. Cuando el juez o su cónyuge o concubino, tiene parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o de adopción con alguna de las partes o con sus representantes o apoderados o con un abogado que interviene en el proceso
3. Cuando el juez o su cónyuge o concubino, tiene el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes.
4. Cuando ha recibido él o su cónyuge o concubino, beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso, aunque ellos sean de escaso valor.
5. Cuando ha conocido el proceso en otra instancia, salvo que haya realizado únicamente actos procesales de mero trámite; o
6. Ha fallado en otro proceso, en un incidente o sobre el fondo de la materia, con el cual tiene conexidad.

En ella se observa que el legislador asumió –inspirado incontestablemente en la tesis neoconstitucional– que el proceso de amparo era un proceso autónomo, diferente del proceso civil, la cual constituía una expresión clara del derecho de tutela de urgencia que exige la eficacia de los derechos fundamentales, y teniendo en cuenta las características de residualidad y

sumariedad con que la dotó, por tanto, pretendió limitar el derecho de un juez imparcial que ostenta los justiciables en los procesos constitucionales, restringiendo al juez constitucional a que solo debe apartarse en las causales taxativamente dispuestas en los artículos 52° del CPConst., y 305° del CPCivil, ello claro está, porque las causales constituyen motivos graves que hacen necesario el apartamiento del juez de la causa. Por otro lado, excluye a la parte de toda discusión y facultad de exigir la exclusión del juez por motivos leves (recusación), ello en virtud de que dicha figura procesal no es compatible con la naturaleza propia del proceso de amparo, ya que su aplicación acarrearía una dilación del proceso por motivos meridianamente graves. La controversia se inicia en cuanto a que en el artículo en mención no se hace mención expresa de la **inhibición por decoro, resultando necesario delimitar si esta procede o no, debido a su importancia en el desarrollo casuístico que se presenta en la praxis judicial.**

En este punto, nos detenemos para analizar el artículo 52° en comento y su relación con la inhibitoria por decoro, figura última que se encuentra regulada en el artículo 313° del Código Procesal Civil, y no en el Código Procesal Constitucional.

Nosotros compartimos la tesis de que la norma procesal comentada impone también implícitamente la proscripción de la inhibición por decoro en los procesos de amparo. Basamos nuestra afirmación en los siguientes argumentos:

**PRIMERO:** No existe un vacío o defecto normativo en el CPConst., respecto a la regulación de las garantías del derecho a la imparcialidad judicial que ostentan las partes en un proceso de amparo; al contrario, está debidamente reglado en el artículo 52° de la citada norma adjetiva. Por tanto de una interpretación del artículo en mención, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo IX del TP del Código Procesal Constitucional, es imposible la aplicación en vía supletoria del artículo 113 del CPCivil que regula la inhibición por decoro, ya que la norma especial tiene una regulación expresa, siendo imposible la aplicación supletoria de otro ordenamiento procesal.

**SEGUNDO:** Que desde un punto de vista doctrinal la institución procesal de la inhibición por decoro, es una institución, que al igual que

la recusación, contravienen a la propia naturaleza del proceso constitucional de amparo, la cual es sumaria y residual, como también a los fines que persigue el proceso: garantizar la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales; máxime si en la inhibición por decoro se encontrarían aquellas causales leves de apartamiento, por debajo de la intensidad de la recusación.

Como se mencionó líneas arriba, es bajo este contexto de **“sumariedad y urgencia”**, que se da en los procesos de amparo la **excepcionalidad a ultranza de la aplicación de las instituciones procesales que tienen como finalidad el apartamiento del juez del proceso**, ya que de aceptarse todo tipo de cuestionamiento al juez constitucional (**impedimento e inhibición por decoro**), **podría devenir en una dilación** del proceso, que a la **postre traiga como consecuencia la ineficacia del mismo proceso de amparo**, ya que de aceptarse la aplicación de todas las instituciones procesales que cuestionan la imparcialidad del juez, y de que en un caso concreto se admita la misma y se remita al llamado por ley, entre la notificación de la **resolución que resuelve la misma y la remisión del expediente al Juzgado llamado por ley, pasaría un tiempo prudencial, que provocaría muchas veces la dilación del proceso, conllevando a la tan repudiada sustracción de la materia**, y a la ineficacia misma del proceso de amparo<sup>(52)</sup>.

Este sustento del desamparo provocado por incidentes de inhibición por decoro, ha sido plenamente contrastado en la realidad, alcanzando ribetes de espectacularidad en el tiempo y provocando una dilación totalmente exagerada, atentatoria contra el principio de plazo razonable que ostentan más aún los procesos constitucionales; sumado al hecho que el tratamiento del procedimiento de inhibición es el mismo del proceso civil. Así como ejemplo formularemos dos procesos enunciados en la descripción

<sup>(52)</sup> Luis Castillo Córdova, al comentar el artículo en mención, señala: **“Pues bien, en el proceso constitucional de amparo, que –como se ha dicho tantas veces– es un proceso específicamente sumario y pensado para la pronta y eficaz defensa de los derechos constitucionales, no se permite la recusación del juez, debido a las dilataciones que su permisión podría generar”**, en loc. cit., Tomo II, p. 944.

del problema (ver 1.1 de la realidad problemática), a través del cual dibuja de cuerpo entero los efectos que provoca el uso de esta institución: (i) El proceso iniciado ante la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima con el número asignado al expediente 387-2006; en donde en un inicio por motivos de impedimento el Presidente de la citada Sala se aparta del proceso, sin embargo, los otros dos vocales se inhibieron por decoro y delicadeza, al amparo en vía supletoria del artículo 313° del CPCivil, y derivado a la Primera Sala Civil que rechazó dicha inhibición. Posteriormente fue remitido a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema (Exp. 1863-2006), con fecha 15.09.2006, que aprobó la consulta y ordenó que los vocales que se abstuvieran conocieran el proceso, devolviéndose para su admisión, lo que ocurrió el 15.05.2007; ello significó quince meses solo para resolver el incidente de abstención por decoro; y (ii) En el proceso de amparo promovido por L.A.P.R. contra la Universidad Nacional de San Martín ante el Juzgado Civil de la Provincia de San Martín, Expediente N° 249-2008, el 07.07.2008, en ella, se promovieron varios incidentes de apelación e incluso el proceso principal, por lo que al tomar conocimiento la Segunda Sala Mixta Descentralizada de los mismos, entre el mes de agosto del referido año, dos de sus miembros se inhibieron por decoro manifestando tener motivos razonables; motivo por el cual llamaron a dos miembros de la Primera Sala Mixta Descentralizada para conocer dichos incidentes, siendo rechazados por estos, argumentando en su resolución, que las razones invocadas por los magistrados no constituyen motivos razonables que perturben la función jurisdiccional, además que la abstención por decoro no está permitida por imperio del artículo 52° del CPConst.; siendo derivados en consulta al Tribunal Constitucional, los cuales emitieron las siguientes resoluciones: Exp N° 02697-2009-PA/TC; 01488-2009-PA/TC; 02694-2009-PA/TC; 02696-2009-AA; 02698-2009-PA/TC; 02698-2009-PA/TC; 2699-2009-PA/TC; 02700-2009-PA/TC; 02701-2009-PA/TC; 02702-2009-PA/TC; 2703-2009-PA/TC; 02704-2009-PA/TC; 06345-2008-PA/TC; 06446-2008-PA/TC, las cuales fueron publicadas recientemente los días 28 y 29 de diciembre del año 2009 y notificadas en el mismo término. Ello conlleva que el proceso no termine, ya que está pendiente hasta la actualidad resolver todos los incidentes, incluido el proceso principal; esto duró más de un año y medio, siendo un proceso totalmente desnaturalizado y atentatorio contra el plazo razonable.



Refuerza la afirmación de que la inhibición por decoro es incompatible en todo proceso de urgencia como es el amparo, lo enunciado por el Tribunal Constitucional en el caso Magaly Jesús Medina y Ney Guerrero (Exp. N° 6712-2005-PH/TC), donde si bien habla de su no aplicación en el proceso de habeas corpus, los fundamentos son plenamente aplicables al proceso de amparo, por ser ambos procesos expresión de tutela jurisdiccional de urgencia:

*“[...] explícitamente se ha determinado, en aras de la celeridad del proceso de hábeas corpus, que los jueces constitucionales no puedan alejarse del ejercicio de su función jurisdiccional. Por ello, en el presente caso, no correspondía, por incompatible, aplicar el Código Procesal Civil para pedir que la jueza se inhiba –o, excuse, usando la terminología del Código Procesal Constitucional– del conocimiento de la causa”.*

A igual conclusión arribó la doctrina, como se observa del comentario realizado por el Dr. Walter Díaz Zegarra, al analizar el tan discrepante artículo 52°:

“En estos casos si sólo se permite el apartamiento del Juez Constitucional por causales de impedimento, que son razones que evidentemente conducen a pensar que el Juez no actuará con imparcialidad; no permitiéndose la recusación, **menos aún la abstención por decoro no se puede entender cómo el Juez Constitucional de manera voluntaria deja el proceso**; ello en atención a la naturaleza de los derechos que se tratan de proteger, es más, dicha dejación de conocimiento en forma voluntaria atenta contra la celeridad que debe tener el proceso constitucional, es más incurre en responsabilidad funcional”<sup>(53)</sup>. (El negreado es nuestro)

**TERCERO:** Que el artículo 52° se acoge de una simple interpretación literal y axiológica, afirmando que en ella se encierra el sistema de “numerus

<sup>(53)</sup> Ver DÍAZ ZEGARRA, Walter, *Exégesis del Código Procesal Constitucional*, Edit. San Marcos, Lima, 2005, p. 335.

clausus”, evitando así la transgresión de tutela jurisdiccional efectiva. Está impedido que dicho instituto de inhibición por decoro sea utilizado por los mismos jueces como un medio de apartarse del conocimiento de un proceso, que por lo general al tratarse de amparo está dirigido a quienes ejercen el poder público. Ello implica que el operador jurídico (jueces y abogados –ya que nada impide que invoque el apartamiento–) no puede invocar otras causas que no sean exclusivamente las de impedimento, aplicándose así un método de interpretación restrictivo, en el cual es “improcedente” todo intento de integración vía analogía de otros ordenamientos procesales.

Prueba de la férrea limitación de causas de apartamiento es que en la parte final del artículo en mención, el legislador en forma imperativa obliga que el juez constitucional tenga ***que conocer el proceso de amparo cuando no se encuentra dentro de una de las causales de impedimento, ya que de lo contrario establece una responsabilidad disciplinaria, civil y penal***. Esta fórmula de apercibimiento de sanción en caso de alejarse del proceso sin causa que no sea la prevista por ley, es propia de los sistemas cerrados o numerus clausus.

En este mismo sentido, se viene pronunciando en el ámbito jurisprudencial. Verbigracia, la expedición de la Resolución N° 13 de fecha 9 de junio de 2009, recaído en el proceso de amparo contra habeas corpus signado con el Exp. N° 154-2009, expedido por los magistrados superiores Ángeles Bacht, Montenegro Muguerra y García Molina, miembros de la Segunda Sala Mixta Descentralizada de San Martín, quienes de una manera acertada y conforme lo exigen los lineamientos del Derecho Procesal Constitucional autónomo, reconocieron que el artículo 52° en comento acoge la tesis restrictiva, rechazando una solicitud de un magistrado superior que alegaba apartarse del proceso, invocando la inhibición por decoro. Así reproducimos parte de sus considerandos:

**“Segundo.**- En principio, es preciso señalar que el caso concreto de autos, al tratarse de un proceso constitucional de amparo, el pedido de abstención por decoro del Juez Superior aludido, debe examinarse en el contexto del artículo 52° del Código Procesal Constitucional, que regula los impedimentos en que pueden estar incursos los jueces constitucionales, prescribiendo: ‘El Juez

deberá abstenerse cuando concurran las causales de impedimento previstas en el Código Procesal Civil. En ningún caso procede la recusación'; **Tercero.**- Las causales de impedimento a las que hace referencia la norma constitucional citada, están previstas en el artículo 305 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo único de la Ley N° 28534 que establece (...); **Cuarto.**- *Como se puede inferir del contenido de la norma reseñada, las causales de impedimento al tener carácter taxativo, significa que el sistema recogido es numerus clausus, en virtud del cual el apartamiento de un juez constitucional del conocimiento de un proceso constitucional determinado, solo puede fundarse en una de las causales antedichas y no en causales ajenas a ella (...)*<sup>(54)</sup>.

Por su parte, la Sala Constitucional y nuestra Corte Suprema, a través de la Resolución N° 002869-2006, de fecha 21.03.2007, resuelven un incidente de recusación en un proceso de amparo. Dicho auto de revisión fue expedido por los magistrados Huamani Llamas, Sánchez Palacios Paima, Gazzolo Villalta, Ferreira Vildozola y Salas Medina, quienes también aclaran la tesis restrictiva del artículo materia de análisis, pues señalaron en su tercer considerando:

“Que el artículo 52° del Código Procesal Constitucional establece que en los procesos de amparo no será procedente de ninguna manera la recusación, ergo desde ya la apelada merece confirmarse; **máxime si a tenor de esta misma norma el juez sólo debe abstenerse en caso que concurra alguna de las causales del artículo 305 del Código Procesal Civil**”. (El subrayado y negreado son nuestros).

Finalmente tenemos la Resolución recaída en el Exp. N° 1972-2007, expedida por la Cuarta Sala Civil de Lima, quien aprobó la resolución expedida por el juez del 45° Juzgado Especializado en lo Civil de Lima que

<sup>(54)</sup> En ese mismo sentido, ha resuelto la Cuarta Sala Civil de Lima de la Corte Superior de Justicia de San Martín como puede verse de la resolución de fecha 05.12.2007, en el Exp. N° 1972-2007, cuyo tenor se encuentra en los anexos del presente trabajo.

rechazó la abstención por decoro asumido por el Primer Juzgado Civil en un proceso de amparo, la que lo denegó por cuanto las causales invocadas y referidas al decoro del juez no se encuentran descritas en el artículo 305 del CPCivil (impedimento). Así la Sala Civil afirmó:

“**Primero:** Que conforme al Artículo 52 del Código Procesal Civil, el Juez deberá abstenerse cuando concurran las causales de impedimento previstas en el Código Procesal Civil. En ningún caso será procedente la recusación, sin embargo, el Juez que intencionalmente no se abstiene cuando concurre una causal de impedimento, o lo hace cuando no concurre una de ellas, incurre en responsabilidad de naturaleza disciplinaria y penal; **Segundo:** Así, en la aplicación del artículo del Código Procesal Civil codificado por el Artículo Único de la Ley número 28524, publicado el veinticinco de mayo de dos mil dos, el Juez encuentra impedido de dirigir un proceso cuando: [1] Ha sido parte anteriormente en este; [2] Él o su cónyuge o concubino, tiene parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o de adopción con alguna de las partes o con su representante o su apoderado o con un abogado que interviene en el proceso; [3] Él o su cónyuge o concubino, tiene el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes; [4] Ha recibido de su cónyuge o concubino, beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso, aunque ellos sean de escaso valor; [5] Ha conocido el proceso en otra instancia, salvo que haya realizado únicamente actos procesales de mero trámite; sin embargo, el impedimento previsto en la segunda causal sólo se verifica cuando el abogado asume una defensa que provoque el impedimento del Juez; **Tercero:** Que, mediante resolución de fojas ciento once, el doctor Jaime David Abanto Torres, juez del Primer Juzgado Especializado en lo Civil, en tanto acepta la abstención por decoro formulada por el señor juez del Quincuagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, doctor Richard Rudy O’Diana Carrión, se abstiene por decoro de la presente causa según manifiesta de los considerandos cuarto, quinto, décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto de su resolución [fojas ciento once]; **Cuarto:**

Que, a juicio de este Colegiado la motivación gravitante que perturba el ejercicio de la función jurisdiccional del magistrado Jaime David Abanto Torres, no está constituida por el hecho de haber sido parte anteriormente en este proceso; tampoco la de tener él o su cónyuge o concubino, parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o de adopción con alguna de las partes con su representante o apoderado o con un abogado que interviene en el proceso; tampoco la de tener él o su cónyuge o concubino, el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes: ni la de haber él o su cónyuge o concubino beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso, aunque ellos sean de escaso valor; ni la de haber conocido el proceso en otra instancia, sino de una situación no contemplada por el artículo 305 del Código Procesal Civil, razón por la cual la resolución elevada en consulta deberá ser aprobada”.

**CUARTO:** Con el modelo neoconstitucional y el reconocimiento de la autonomía del Derecho Procesal Constitucional en nuestro sistema, se exige la presencia de jueces especializados en la materia, los que deben ostentar un carácter y decoro que le requiere el cumplimiento de su función: ser garante de la Constitución a través de procesos sin atajos y que lleven a un buen término de un juicio justo, muy por encima de cualquier cuestionamiento que se le haga. Ello conlleva a que —como refiere el magistrado Eduardo de Urbano Castillo, miembro del Tribunal Supremo en España— un juez constitucional sea un juez intelectualmente honesto y profesionalmente autoexigente; ya que es el que se enfrentará a realidades y exigencias muy complicadas, como son la presión de los medios de comunicación, así como del poder político, quienes muchas veces pueden alegar “parcialización” —claro está como el alegar el apartamiento por inhibición por decoro—, ya que por lo general los cuestionamientos en procesos constitucionales están dirigidos a quienes lo ejercen; pero por el contrario, ello debe ser un incentivo, antes que motivo de paralización, debiendo tener una actitud combativa de defensa de la posición institucional alcanzada, frente a poderes, a fin de poder ser el juez de todos, y el juez que realiza su trascendente función constitucional consciente de que sus resoluciones, han de alcanzarse en

un tiempo no muy dilatado y mediante resoluciones ponderadas, fruto del análisis prudente y riguroso<sup>(55)</sup>.

Es por ello que el juez debe tener firmeza, pese a las adversidades, de entender que su misión es garantizar los derechos fundamentales, y debe actuar por encima de sus intereses personales directos o indirectos, así lo exige la norma procesal 52° del CPConst. Ello se afirma pese a los posibles cuestionamientos que puedan tener las partes, alegando causales no previstas dentro del impedimento.

Aquí se debe hacer la atingencia en cuanto a que la miopía nacida de la magistratura civil, que ve los casos constitucionales, como si se tratara de procesos particulares, que son renuentes a aceptar la autonomía plena del derecho procesal constitucional, origina muchas veces la deslegitimación del Poder Judicial, debido a la práctica, casi constante, de inhibirse por decoro en los procesos constitucionales de amparo; actitud que trae consigo el desamparo total de los derechos de los justiciables a un proceso justo y urgente. Ello por la dilación originada por los incidentes de inhibición que se provoca.

#### B. Las consecuencias del incumplimiento del artículo 52 y el control posterior de parcialización

En cuanto a las responsabilidades que provoca la trasgresión del artículo 52° del CPConst., esta se encuentra plenamente descrita en el segundo párrafo de la misma norma procesal, donde prescribe imperativamente que de producirse los supuestos de impedimento, el juez constitucional tiene la **obligación de alejarse del conocimiento de la litis**, bajo responsabilidad administrativa y penal. Sin embargo, dicha norma también establece que **el juez constitucional que se aparte del conocimiento de la causa, pese a no concurrir en alguna de las causales antes mencionadas**, también incurrirá en responsabilidad administrativa y penal.

<sup>(55)</sup> Ver DE URBANO CASTILLO, Eduardo, “Deontología Judicial: El Arquetipo del Juez de Nuestra Época”, en AA.VV., *Ética del Juez y sus garantías procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, p. 417.

De ello se infiere claramente que el juez está obligado a conocer del proceso de amparo, si no concurren algunas de las causales antes descritas, dentro de las cuales está la inhibición por decoro; debiendo actuar el juez constitucional con imparcialidad en sus actos jurisdiccionales, que se trasluce en las resoluciones judiciales; por tanto, mal hace en abrir procesos disciplinarios ante los órganos de control a nivel del Poder Judicial o cuestionarse a nivel del Consejo Nacional de la Magistratura en procesos de ratificación, al no haberse inhibido por decoro en un proceso constitucional. Aceptar dicha responsabilidad implicaría el desconocimiento total del sistema de tutela de urgencia dispuesto por el novísimo y avanzado Código Procesal Constitucional, pero sobre todo se convertiría en medios de presión interna y externa para apartarse de procesos de amparo, vulnerando otros principios jurisdiccionales como el de independencia del Poder Judicial.

Indistintamente de lo tratado, ello no implica que el juez constitucional, estando o no en una causal de impedimento, pueda actuar de manera parcializada, lo que se evidencia en sus actuaciones dentro del proceso (resoluciones ilegales, sentencias evidentemente arbitrarias, fuera del contexto de la Constitución y la ley). Para ello, el sistema procesal constitucional ha dispuesto un control sobre dichos actos a través de los recursos impugnatorios de apelación o recurso de agravio constitucional a las resoluciones emitidas en el proceso, ya que el proceso es expeditivo y rápido. Esto es lo que en doctrina se denomina el **control judicial a posteriori** y que se da en casos donde los procesos son sumarísimos y especiales, como también en los procesos arbitrales (ver Exp. N° 6167-20051-PHC/TC). Debemos dejar en claro que si el acto jurisdiccional de manifiesta parcialidad se da en una última instancia en el órgano jurisdiccional (jueces superiores) al emitir una sentencia fundada y que no puede ser revisada por el Tribunal Constitucional vía recurso de agravio, puede hacerse a través del proceso de amparo contra resolución judicial.

## XII. CONCLUSIONES

Del análisis legislativo, casuístico y dogmático desarrollado con anterioridad, podemos esbozar algunas conclusiones a las que arribamos en el presente trabajo de investigación:

- a) El derecho procesal constitucional constituye actualmente una disciplina novísima que ha logrado una identidad y fisonomía propia, contando con una carga genética que difiere de las demás ramas del derecho procesal, y que ha surgido de la exigencia impuesta por la corriente neoconstitucional imperante en los sistemas democráticos. Dicha autonomía se ha visto consolidada en nuestro país, con la dación de la Ley 28237 – Código Procesal Constitucional, considerado uno de los primeros códigos a nivel latinoamericano; así también con el reconocimiento académico en la malla curricular de las Escuelas de Derecho, pero sobre todo por el inicio de un proceso de inclusión de la magistratura constitucional en el Poder Judicial.
- b) Existe una marcada diferencia del orden procesal impuesto por el CPConst. vigente con el del Código Procesal Civil, debido a que los procesos constitucionales difieren notoriamente de los procesos comunes, tanto por sus fines, por el rol del juez, por los principios orientadores y por la naturaleza tutelar que ostenta; lo que obliga a que solo de manera excepcional pueda aplicarse en forma supletoria otros ordenamientos jurídicos procesales, siempre que exista un vacío en la norma procesal y que la institución importada sea compatible con la naturaleza propia de los procesos constitucionales. Ello ha sido recogido en el artículo IX del Título Preliminar del vigente Código Procesal Constitucional.
- c) El proceso de amparo ha sufrido una transformación, pasando a ser considerado un verdadero proceso de tutela de urgencia y protección de los derechos fundamentales, cuyas características son la residualidad y sumariedad. En tal sentido, el procedimiento

- propuesto privilegia una cognición sumaria de la cuestión debatida en reemplazo de la cognición plena, versión clásica de los procedimientos que tutelan derechos privados. Esto significa que, en la práctica, se opta por una justicia de probabilidad antes que por una justicia de certeza, es decir, llegar antes a una decisión final, aun con merma de un conocimiento completo e integral del tema a ser resuelto.
- d) La imparcialidad del juez tiene una doble connotación, el de ser un principio y un derecho del justiciable, constituyendo así una expresión de la tutela jurisdiccional efectiva, a través de la cual se garantiza que el juez tercero y como titular de la potestad jurisdiccional que ostenta, debe actuar con un “desinterés subjetivo” respecto a cada uno de los casos concretos que se someten a su decisión. Su dimensión implica una imparcialidad subjetiva y objetiva; y que los mecanismos para garantizarlos, como son el impedimento, recusación e inhibición por decoro, se reconocen según la naturaleza de cada sistema procesal.
- e) El artículo 52° del Código Procesal Constitucional es una norma innovativa en la experiencia del derecho procesal peruano, que regula de manera expresa los mecanismos que acoge para garantizar la imparcialidad del juez constitucional y, por tanto, su aplicación es inmediata al proceso constitucional de amparo, no pudiendo ser interpretada de manera extensiva y mucho menos pretender aplicar una norma de otro ordenamiento procesal.
- f) Los artículos 52° del Código Procesal Constitucional y 305 del Código Procesal Civil contienen las causales de impedimento al tener carácter taxativo, lo que implica que el sistema acogido por el nuevo ordenamiento procesal constitucional es “*numerus clausus*”, en virtud del cual el apartamiento de un juez constitucional (juez especializado y jueces superiores, según corresponda) del conocimiento de un proceso constitucional de amparo, solo podrá fundarse en las causales de impedimento y no en causales ajenas a ella como la inhibición por decoro.

- g) Aceptar el recurso de inhibición por decoro en el proceso de amparo en definitiva produce una solución insatisfactoria, porque dista de ofrecer una rápida respuesta a la pretensión constitucional de amparo. Su uso implicaría un desamparo de los derechos fundamentales y la desnaturalización del proceso de urgencia, implicando una responsabilidad disciplinaria e incluso penal invocarla y aplicarse en este tipo de procesos.
- h) La realidad muestra que quienes, muchas veces ejercen competencia en los procesos de amparo, desconocen la naturaleza autónoma del derecho procesal constitucional, y en particular, la especificidad del Código Procesal Constitucional; por el contrario, pretende erróneamente visionar a los conflictos constitucionales con una visión iusprivatista impuesta por el Código Procesal Civil. Ello debido a la falta de especialidad constitucional por parte de la magistratura peruana.
- j) El sistema procesal constitucional impone el sistema de control judicial *a posteriori*, para corregir supuestos actos decisorios por parte de los jueces constitucionales que contravengan la Constitución y la ley, dentro de los cuales están los actos parcializados, siendo los mecanismos idóneos los recursos impugnatorios y excepcionalmente el proceso de amparo contra resolución judicial. Con ello se pretende asegurar una verdadera tutela de urgencia donde se imparte una justicia de probabilidades.
- h) Resulta necesario y en aras de la legitimación del Poder Judicial, establecer un criterio uniforme al respecto, dentro del marco que establece el Código Procesal Constitucional, en cuanto proscribire la invocación por parte de los jueces de inhibirse de un proceso constitucional de amparo, alegando inhibición por decoro, con lo cual se lograría una predictibilidad de las resoluciones judiciales, en ese sentido, pudiendo ser tomado a nivel del poder jurisdiccional en los plenos jurisdiccionales constitucionales que organizan dicho órgano estatal.



## A MODO DE REFLEXIÓN

A modo de reflexión, podemos afirmar que existe un bloque conservador por parte de los operadores del derecho –incluidos los jueces–, quienes son renuentes a la idea de proscribir la inhibición por decoro en los procesos constitucionales. Ello debido a la presencia en sus mentes del fantasma implantado por la ortodoxia jurídica del derecho procesal civil y/o al miedo a ser cuestionados o ser objeto de quejas funcionales por parte de los justiciables; sin embargo, resulta necesario a la luz del nuevo derecho procesal constitucional y el sistema neoconstitucional imperante, exorcizar y erradicar dicha mentalidad sobre todo en los jueces constitucionales, y así dar prioridad a la defensa de los derechos fundamentales, que solo se harán efectivos a través de un verdadero proceso constitucional sumario y eficiente, mediante una sentencia justa y sobre todo oportuna.

Termino con la reflexión hecha por el maestro Héctor Fix Zamudio, en referencia a que los cambios en el ámbito del derecho procesal constitucional, encierran en su aplicación, una responsabilidad directa del operador jurídico, y en específico del juez constitucional, quien tiene que dejar de lado aquellas instituciones vetustas o contradictorias a la naturaleza del proceso constitucional. Así afirma lo siguiente:

“El Constitucionalismo actual demanda hoy más que nunca un replanteamiento de la figura del juzgador; su formación, su compromiso ético y la defensa de ciertos valores constitucionales son factores que determinan un cambio de paradigma en la tarea de juzgar: el juez se convierte en garante de la Constitución aun a pesar –o incluso en contra– de la reglas de la mayoría”<sup>(56)</sup>.

<sup>(56)</sup> Ver CARBONELL, Miguel y otros, *Jueces y Derecho*, Edit. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. XII.

## ACTUACIÓN DE LAS PARTES Y POTESTAD SANCIONATORIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### I. UNA VISIÓN PANORÁMICA SOBRE LA ACTUACIÓN DEL TC

El Tribunal Constitucional Peruano es sin duda, hoy en día, el órgano supremo de interpretación constitucional y el llamado a ejercer el control constitucional sobre las demás normas y sobre los actos de poder, sean estos de naturaleza pública o privada, provengan de funcionarios públicos, o de personas naturales o jurídicas de derecho privado; claro está, siempre que afecten de manera directa las normas, principios y valores que se encuentran contenidos de manera expresa o tácita en nuestra norma fundamental: la Constitución.

Es así que la función de control constitucional que ejerce nuestro Tribunal Constitucional (en adelante TC) se despliega de dos formas: (i) De manera directa, actuando como instancia única a través de los procesos constitucionales orgánicos (llámese de inconstitucionalidad o competencial); o (ii) Actuando como última instancia –vía recurso de agravio constitucional– en los procesos constitucionales de la libertad (entiéndase amparo, habeas data, habeas corpus o cumplimiento)<sup>(1)</sup>. Sin embargo, es preciso aclarar

<sup>(1)</sup> Por su parte, el maestro Héctor Fix Zamudio –quien siguiendo la tesis de Mauro Capelleti– denomina a estas dos vertientes del derecho procesal constitucional moderno, como jurisdicción constitucional de la libertad y jurisdicción constitucional orgánica. Respecto a *la primera*

que la participación del TC se da exclusivamente dentro del marco de los procesos constitucionales citados; por tanto, su actuación es netamente “jurisdiccional”, por darse dentro de un conjunto de actos procesales concatenados y sistematizados que buscan resolver el conflicto constitucional en concreto, pero también restablecer el orden constitucional y hacer efectiva la Constitución como suprema norma jurídica y política de nuestra sociedad democrática. En suma, administra justicia constitucional.

De acuerdo con lo descrito, podemos inferir que el citado órgano actúa únicamente ante la presencia de los llamados conflictos constitucionales relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales, por lo que ostenta la titularidad de aquella cuota del poder que le otorga el constituyente, y le permite reparar las violaciones o amenazas eminentes contra los mismos. Para ello cuenta también con potestad sancionatoria accesoria a la principal, que puede ejercerla sobre los sujetos procesales que participan en el proceso mismo (las partes y sus abogados) e incluso contra terceros ajenos a este, por conductas que atentan contra la efectividad de resoluciones judiciales o por actos donde se aprecie temeridad o mala fe.

Conviene advertir que, en los últimos años, nuestro TC ha venido logrando un asentimiento social, político, económico y jurídico en su condición de órgano garante de la Constitución, como defensor de los derechos fundamentales de las personas. Ello a través de sentencias emblemáticas que han hecho prevalecer la eficacia constitucional. No obstante, siendo agudos y realistas, también es necesario aclarar que su actuación se ha visto ensombre-

señala que está referida exclusivamente a aquellos instrumentos que tienen como objeto la tutela jurídica de los derechos humanos, establecidos en los mismos ordenamientos constitucionales y también los consagrados en los instrumentos internacionales, los que se aplican con un criterio progresista; y en cuanto *al segundo*, está dirigido a la protección directa de las disposiciones y principios constitucionales que consagran las atribuciones de los diversos órganos de poder y, en este sector, podemos señalar el control judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, en especial, el calificado control abstracto de las propias normas constitucionales, el cual puede resolver las controversias entre los diversos órganos del poder sobre el alcance de sus facultades y competencias, en particular tratándose de normas legislativas. Ver FIX ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política SC, 1ª ed., Santiago de Querétaro, México, 2002, p. 277.

cida por algunas sentencias, aisladas por cierto, por las que ha sido objeto de críticas por su excesivo hiperactivismo descontrolado al haber invadido fueros y facultades ajenas a las que le corresponde. Pese a ello, se reconoce al margen de toda duda, que la presencia de los Tribunales Constitucionales en los Estados modernos con las deficiencias propias de una creación humana, constituye un indicador de que estamos ante la forma más perfecta de sociedad: la de una “democracia constitucional”.

Paralelamente a lo mencionado, se observa dentro del citado activismo protagónico desplegado por parte del Tribunal Constitucional a través de sus decisiones jurisdiccionales, que viene haciendo uso de su facultad sancionatoria, mediante la imposición de mecanismos coercitivos como las multas, que se aplican tanto a las partes como a sus abogados, e incluso contra los mismos magistrados del Poder Judicial que han intervenido en aquellos procesos constitucionales donde comparten conjuntamente jurisdicción constitucional (procesos constitucionales de libertad). Asimismo también se observa que algunas de estas imposiciones sancionatorias han sido claras y precisas, e incluso aplaudidas en el ámbito académico y jurisdiccional, pero otras han sido sombrías —a nuestro modesto entender— no porque las sanciones impuestas no eran merecidas, sino porque habrían invadido atribuciones propias de otros órganos violentando el debido proceso que en su actuación deben proteger. Específicamente nos referimos a la sanción impuesta a los magistrados, pues tal potestad sancionatoria es exclusiva de la Oficina de Control de la Magistratura, la misma que se rige por normas especiales como son la Ley 29277 —Ley de la Carrera Judicial y el Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura, aprobado por Resolución Administrativa N° 129-2009-CE-PJ, sin embargo y pese a que no será abordado en esta oportunidad, dejo sentado mi democrática discrepancia sobre lo indicado.

En ese sentido, queda claro que resulta de interés el estudio de la potestad sancionatoria que viene ejerciendo últimamente el TC, pero teniendo en cuenta la gustosa invitación por parte de la editora y la limitación concedida sobre el tema, es que solo abordaremos en esta línea la potestad que se ejerce sobre las partes que intervienen en los procesos constitucionales, motivo por el cual abordaremos en principio las características sui generis

del proceso constitucional y la obligación de ejercer el control sancionatorio por parte del TC a las partes en este tipo de procesos de tutela de urgencia, para finalmente abordar aquellos supuestos desarrollados hasta el momento por parte del máximo intérprete constitucional, a través del cual se viene corrigiendo la actuación de las partes o sancionando aquellos pedidos manifiestamente infundados o improcedentes, donde se evidencia la temeridad o mala fe por parte de estos, o en defecto por incumplimiento de mandatos dados por dicho órgano.

A continuación nos permitimos invitarlos a discurrir y involucrarnos en este mundo maravilloso de la teoría del proceso constitucional, donde encontraremos instituciones que nacieron primigeniamente en la teoría general del proceso, pero que se han visto nutridas hasta la saciedad por esta corriente neoconstitucional que busca hacer efectiva la Constitución, transformando, mutando y cambiando incluso su contenido, todo ello para servir a los procesos de tutela de urgencia, tomando así cierta distancia de los procesos ordinarios o comunes.

## II. EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL Y LA NATURALEZA ESPECIAL DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

En el vasto y envolvente territorio de la novísima teoría del derecho procesal constitucional, nos encontramos con la premisa universal y valedera: “para que exista un proceso constitucional”, previamente debe existir un “conflicto constitucional”, ya que este último motiva a la función jurisdiccional constitucional, en la que los órganos jurisdiccionales especializados –dentro de los cuales se encuentra obviamente el TC– ejercen competencias especializadas a través de procedimientos extraordinarios los cuales pretenden solucionar de manera sencilla y rápida, pero sobre todo efectiva, dichos conflictos, ello en tanto están en juego los contenidos mismos de la Constitución<sup>(2)</sup>.

<sup>(2)</sup> Al respecto puede verse RAMÍREZ SÁNCHEZ, Félix, “El Derecho Procesal Constitucional. La autonomía legislativa”, en AA.VV., *Gaceta Constitucional*, Tomo 33, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, setiembre 2010, p. 357.

De la misma forma, lo explica Juan Colombo Campbell, quien certemente afirma que a “la justicia constitucional –en referencia al Tribunal Constitucional– le corresponde intervenir en la decisión de los conflictos de intereses de relevancia jurídica reguladas o amparadas por la Constitución Política, para así lograr la eficacia real de su preceptiva”<sup>(3)</sup>.

Volviendo al punto que nos convoca en este acápite, es que resulta necesario precisar qué entendemos por el denominado “conflicto constitucional”, el que está referido a una persona (natural o jurídica) o un órgano público, que con su acción u omisión genera como resultado la infracción valórica, formal o sustancial de preceptos, principios o valores contenidos en la Constitución, que son de por sí susceptibles de protección jurisdiccional. Del citado concepto se extraen los dos presupuestos para su existencia: el primero es que exista una acción u omisión por parte de alguien que ejerza poder público o privado; y el segundo, que viole las normas, principios o valores contenidos en la Constitución.

Como se aprecia, estos conflictos llegan a tener una relevancia mayor a otros conflictos jurídicos (civil, penal, laboral, comercial, etc.) en la medida en que la lesión que provoca es mucho más grave, ya que no solo transgrede el interés de la persona afectada con una norma infraconstitucional o acto de poder inconstitucional, sino que hiere de muerte al mismo orden constitucional impuesto por la norma vertebral de todo el sistema jurídico: la Constitución. De ahí surge la necesidad de implantar un tratamiento legal distinto para la solución de estos conflictos, lo que se da a través de un orden procesal “sui generis” con matices distintos al resto, cuya misión es equilibrar y –por qué no decir– exterminar las tensiones entre los fines constitucionales y la justicia del caso, provocada por estos conflictos constitucionales. Para ello como es lógico estos procesos constitucionales tienen características propias como ser flexible, sencillos, rápidos, y están a cargo de una jurisdicción especializada a la que se ha otorgado una cuota de poder:

<sup>(3)</sup> Cfr. COLOMBO CAMPBELL, Juan, “Enfoques conceptuales y caracterización del derecho procesal constitucional a principios del siglo XXI”, en AA.VV., *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudio en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, Tomo I, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, Lima, 2008, p. 336.

justamente la de administrar justicia constitucional, otorgándole una función netamente "jurisdiccional", actividad especializada única, irrenunciable y exclusiva, por la que se le faculta solucionar conflictos constitucionales a través de decisiones (sentencias) donde se aplica la Constitución de manera directa, y ejecutando lo juzgado<sup>(4)</sup>.

Iván Escobar Fornos expresa, al respecto, que "el proceso constitucional es un conjunto de actos, cargas, situaciones, plazos, etapas y resoluciones coordinados y sucesivos realizados ante el juez constitucional, que concluye con la ejecución de la cosa juzgada constitucional y cuya finalidad es restablecer y reparar la violación de la supremacía de la Constitución y los derechos contemplados en ellas". Por ello es que al juez constitucional (incluido el Tribunal Constitucional) se le ha dotado con prerrogativas que hagan viables no solo la ejecución de lo decidido, sino también con aquellas que conlleven a encausar el proceso constitucional para que discurra dentro de un proceso debido. Verbigracia, como la de exigir información a otros entes o personas ajenas al proceso, el de sancionar las conductas dilatorias y el de exigir a través de medidas coercitivas la ejecución de sus resoluciones.

Es en ese contexto que dichos procesos constitucionales se rigen por principios específicos que coadyuvan a la finalidad del mismo; así tenemos que acogen el principio de impulso de oficio, de dirección del juzgador, informalidad, de socialización procesal, celeridad y economía procesal, de intermediación, de legalidad constitucional, de gratuidad, el de pro-actone en caso de duda en la admisión de una demanda, e incluso el principio de buena fe procesal; dejando en claro que algunos códigos y leyes que la

<sup>(4)</sup> La jurisdicción en palabras de Juan Montero Aroca, es aquella potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y las cortes (entiéndase también Tribunales), integrados por jueces y magistrados independientes, de realizar el derecho en el caso concreto juzgado de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado. En *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*, Edit. Enmarce EIRL, Lima, 1999, p. 49. Por su parte, **Eduardo J. Couture** define esta como la función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factible de ejecución". En *Fundamentos del Derecho Procesal civil*, 4ª ed., IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 34.

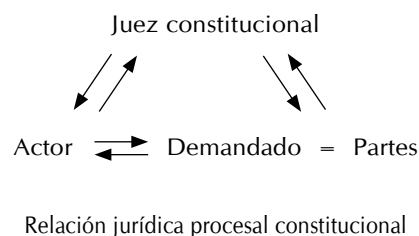
regulan la acogen en forma expresa, pero ello no implica que las omitidas legislativamente no se apliquen en dicho sistema, por el contrario, son parte de este, ello por su visión progresista y de eficacia de este tipo de procesos.

Esta nueva forma de concebir el proceso constitucional exige que los principios citados sean impuestos no solo al juez, sino también a las partes y sus abogados, quienes están obligados por la naturaleza especial de los procesos de tutela de urgencia, a encaminar su actuación —desde la materialización del ejercicio de acción hasta la ejecución de sentencias— dentro de los cánones de los principios de veracidad, de cooperación con la justicia constitucional, buena fe, moralidad, entre otros. Por tanto, es el juez constitucional quien deba velar porque dicha conducta se cumpla en aras de lograr sus fines dentro del respeto de un plazo razonable. Garantizar la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales: es por ello que las partes y los jueces asumen una gran responsabilidad al actuar en ellos, pudiendo ser pasibles de control y sanción dentro del mismo proceso, o en su defecto, ser remitido al órgano competente para que inicie el proceso disciplinario correspondiente (en referencia a los jueces). Sin duda, la participación de los sujetos en esta relación procesal especial, dista de las demás; es por ello que nos abocaremos a su estudio, en específico a lo referido a la actuación de las partes (demandante y demandado), ya que son a estos a los que se les ha impuesto sanciones por parte del Tribunal Constitucional, y, sobre todo, por ser objeto de nuestro estudio.

### III. LAS PARTES Y SU PARTICIPACIÓN EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Siendo trascendente la litis jurídica que se da en los procesos constitucionales, esta obliga, como ya se ha hecho referencia, a una vinculación de las partes con el juzgador, y que esta relación se desenvuelva a través de una serie de situaciones jurídicas que se van sucediendo según las partes actúen en relación con las expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas que le son atribuidas. Esta relación entre sujetos procesales —juez y partes— tiene una denominación en el ámbito de la teoría del proceso, la de "relación jurídica procesal", institución que es prácticamente aplicable al proceso de tutela constitucional.

La relación jurídica procesal constitucional es considerada como aquel vínculo o ligamen que une entre sí a los sujetos del proceso (entiéndase juez constitucional y partes), así como sus poderes y deberes especiales respecto de los diversos actos procesales que despliegan en el proceso mismo, como también respecto a la conexión recíproca existente entre todos los sujetos procesales, creando una triangulación casi perfecta, la que podríamos graficar de la siguiente manera:



De ello se observa, como ocurre en todo proceso, la presencia necesaria de dos tipos de sujetos. Por un lado, el órgano jurisdiccional especializado e imparcial, los que hacen posible la solución del conflicto constitucional haciendo efectiva la Constitución a los casos concretos; y por otro lado, los sujetos que mantienen posturas opuestas y parciales (actor y demandado) respecto a la supuesta lesión de alguna norma, principio o valor que acoge la Constitución. Estos últimos son las “**partes procesales**”.

Es precisamente la posición parcial y contrapuesta de los sujetos la que les atribuye el calificativo de partes, de las cuales *el demandante o actor* (que pretende una determinada pretensión constitucional, como es el cese o restitución de sus derechos constitucionales aparentemente vulnerados o la declaración en abstracto de inconstitucionalidad de una norma o la determinación de una competencia entre órganos del Estado), frente a otra *demandada* (que actúa igualmente de modo parcial y quien presuntamente desconoció una norma, principio o valor constitucional)<sup>(5)</sup>.

<sup>(5)</sup> Para mayor ampliación del tema de parte, puede verse LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Tratado de Derecho Procesal Civil: Parte General*, Edit. Jacaryan S.A., Madrid, 2000, p. 75.

Siendo ello así, pretendemos proponer un concepto de “parte” dentro de la teoría del derecho procesal constitucional, partiendo de que se trata de una institución de naturaleza estrictamente procesal y no sustancial. No olvidemos que en este tipo de procesos de urgencia sobre todo en los relacionados a los derechos de libertad, el accionante no necesariamente puede ser el titular del derecho sustantivo constitucional conculcado, como ocurre en los procesos de habeas corpus, donde el accionante (demandante) puede ser un tercero ajeno al que ostenta la titularidad. No es necesario el ostentar la representación procesal<sup>(6)</sup>, o en aquellos procesos de amparo ambientales, donde cualquier persona afectada o no directamente con el supuesto daño ambiental puede interponer una acción constitucional.

Así esbozamos un concepto de “parte”, entendida esta como la persona natural o jurídica que exige al juez constitucional, en nombre propio, en representación o en interés de terceros, una pretensión constitucional de naturaleza orgánica o de restablecimientos de derechos fundamentales; y aquellas personas naturales o jurídicas contra quienes se ejerce dicha pretensión y que han de quedar afectadas por el resultado definitivo. En suma, son los sujetos que toman la posición de demandante y el demandado.

De ello se observa una diferenciación nítida: las partes se distinguen de aquellos otros que también intervienen en el proceso, como los que les asisten técnicamente (abogados y procuradores), los que sirven en los juzgados y tribunales (jueces y personal jurisdiccional), o los que colaboran (como testigos o los peritos); por lo que al referirnos a ellos solo estamos haciendo mención a los sujetos que solicitan vía acción o contradicción tutela judicial efectiva.

Sin embargo, la participación de las partes en los procesos constitucionales se circunscribe al ejercicio de sus derechos procesales, pero también tienen obligaciones que les son innatas, y ambas tienen matices distintos en los procesos constitucionales por la naturaleza tutelar que implica estos

<sup>(6)</sup> Nuestro *Código Procesal Constitucional* prescribe al respecto en su artículo 26 lo siguiente: “La demanda puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquiera otra en su favor, sin necesidad de tener su representación (...)”.



procesos. Queda claro que ambos –derechos y obligaciones– no pueden ser ejercidos de manera caprichosa, por el contrario, están comprendidos dentro de las formas impuestas por los Códigos o Leyes Procesales Constitucionales, o por los principios expresos o tácitos que lo rigen, así como las normas supletorias aplicables a los casos concretos (Código Procesal Civil o Procesal Penal).

En el caso peruano, tenemos que las partes tienen deberes<sup>(7)</sup> establecidos dentro de los procesos constitucionales y que ellos son deducidos de la interpretación legis del artículo 49 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, que en su segundo párrafo, señala que “El Tribunal Constitucional puede imponer multas a cualquier persona, investida o no de función pública, que incumpla los requerimientos de comportarse con sujeción a lo dispuesto en el artículo 109 del Código Procesal Civil”. Ello implica claramente que se impone a las partes los deberes impuestos en la norma remisiva del Código Procesal Civil, por tanto, concluimos en este punto que las partes en un proceso constitucional tiene los siguientes deberes:

1. Sus actuaciones deben estar enmarcadas dentro del principio de buena fe procesal, lealtad y probidad; así como están prohibidos de actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales; ello en la medida en que no se puede calificar de conductas honestas las de las partes que intentan obtener el éxito de su pretensión mediante afirmaciones mendaces o falsas, replanteando un objeto procesal sobre el que ya existía cosa juzgada constitucional, o planteando pretensiones ajenas a la protección del derecho procesal constitucional, o realizando malas artes o plantando incidentes manifiestamente improcedentes, escritos de inhibición del juez que no se amparen en los supuestos de impedimentos establecidos en el artículo 52 del Código Procesal Civil, o actos tendientes a

<sup>(7)</sup> Autores como Ugo Rocco prefieren denominar a las obligaciones de las partes como “cargas procesales”, al señalar que suele hablarse de carga cuando una norma jurídica establece que determinado sujeto debe observar ciertos comportamientos, si quiere obtener y conseguir un resultado favorable a sus intereses dentro del proceso mismo. Ver Rocco, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil: Parte General*, Tomo II, Temis, Bogotá, 1976, p. 175.

impedir el surgimiento de la verdad o retrasar indebidamente en el tiempo la emisión o ejecución de una resolución o sentencia. Es justamente el uso indebido y malicioso de las articulaciones procesales por parte de las partes que se denominan técnicamente abusos procesales, y dicho deber se infiere también de la lectura del último párrafo del artículo 53 del Código Procesal Constitucional.

2. Debe guardar respeto al juez constitucional, a las partes, sus abogados y a los auxiliares jurisdiccionales en todos los actos procesales. Por tanto debe abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes a sus intervenciones contra estos; dicha obligación parte del principio de moralidad que debe imperar en todo proceso, sea cual fuese su naturaleza.
3. Concurrir ante el juez cuando este los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales que dicte, incluso las que tienen que ver con la ejecución de un fallo con calidad de cosa juzgada constitucional. Ello también se deduce de la lectura de lo establecido en los artículos 22°, 59°, el tercer párrafo del artículo 53° y el primer párrafo del artículo 56° del Código Procesal Constitucional.
4. Actuar bajo el principio de veracidad procesal. Ello implica que las partes están obligadas éticamente a relatar los hechos reales y presentar pruebas verdaderas, relacionadas directamente con el conflicto constitucional en particular, para efectos de lograr un debate procesal a la altura del proceso constitucional mismo y encontrar la verdad real en este tipo de procesos. Pues su finalidad es lograr la vigencia de la Constitución y los derechos fundamentales.

Por otro lado, tenemos que la trasgresión de estos deberes procesales por las partes, implica que estos sujetos procesales asuman la responsabilidad que ello conlleva dentro de los mismos procesos constitucionales, donde el juez constitucional y –dentro de ellos– el Tribunal Constitucional ejercen facultades sancionatorias propias de la actividad jurisdiccional y de la obligación que tienen de dirigirla por los cauces del debido proceso constitucional, en aras de lograr la eficacia de la Constitución misma. Todo esto sin dejar de lado que dichos actos pueden tener otras repercusiones

de tipo civil como la acción por daños y perjuicios, e incluso penal como son la remisión de los actuados al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones.

#### IV. LA FACULTAD SANCIONATORIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La idea general desarrollada líneas arriba establece que el Tribunal Constitucional realiza como función fundamental la jurisdiccional (administrar justicia constitucional). Para ello cuenta también con ciertas potestades que le son dadas en forma accesoria a la principal. Nos referimos a la facultad sancionatoria contra las actuaciones de las partes y sus abogados, e incluso de terceros, ello en el marco de la relación jurídica procesal entablada en los distintos procesos constitucionales, ya sea que actúe como instancia única o última instancia revisora de acuerdo al tipo de proceso.

Dicha facultad sancionatoria o jurisdicción disciplinaria como denominan algunos juristas<sup>(8)</sup>, es propia de todo órgano que ejerza jurisdicción en un sistema democrático, y del cual el Tribunal Constitucional no está exento. Por el contrario, tiene aún mayores prerrogativas con respecto a otros órganos como el Poder Judicial o árbitros que también ejercen jurisdicción. Ello —como se ha dicho— se debe a la naturaleza especial y a la importancia que implica activar un proceso constitucional en defensa no solo del interés particular, sino del interés de toda sociedad democrática como es restablecer todo orden constitucional. Comparten esta afirmación los doctores María Cristina Gonzales Álvarez-Bugallal y Ricardo Medina Rubio, quienes al comentar sobre la justicia constitucional española, indican claramente lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional, como cualquier órgano jurisdiccional, tiene potestad sancionatoria, tanto respecto de las partes en el proceso constitucional como de los terceros ajenos al mismo,

<sup>(8)</sup> Entre los que denominan a esta facultad, jurisdicción disciplinaria de los Jueces, tenemos a Eduardo Couture, Enrique Vescovi, entre otros.

los cuales están obligados a cumplir con las exigencias derivadas de dicho proceso”<sup>(9)</sup>.

Así, nadie puede negar que las facultades sancionatorias del Tribunal Constitucional nacen —acogiendo la tesis de Adolfo Alvarado Velloso<sup>(10)</sup>— legalmente como natural consecuencia del elemento de la jurisdicción conocido como la “*coertio*” o “*imperium*”, y se vinculan también, en forma estrecha, con el deber de dirección y de impulso de oficio que ostenta dentro de un proceso enmarcado por principios jurídicos que lo rigen.

Concluimos con lo hasta aquí avanzado, que es plenamente legítimo dentro de un Estado Constitucional de Derecho, que nuestro Tribunal Constitucional cuente con dichas facultades sancionatorias con respecto a las actuaciones de las partes. Sin embargo, como todo poder, se encuentra limitado y debe ser ejercido dentro del marco de su propio reglamento, del Código Procesal Constitucional que rige este tipo de procesos, y de las normas procesales que se aplican de manera supletoria (Código Procesal Civil o Procesal Penal), las que obviamente tienen como contenido axiológico el orden.

Para ello evocamos lo señalado por Eduardo Couture, quien afirma “la [facultad] disciplinaria está a su vez jerárquicamente subordinada a la ley. No es posible, a pretexto de la disciplina, cometer una injusticia. La jurisdicción no se justifica por el orden, sino por la justicia. El apóstrofe de GOETHE de que es preferible soportar una injusticia a sufrir un desorden no ha sido, ciertamente, el pedestal de su gloria”<sup>(11)</sup>.

Dentro de este marco académico y legal, tenemos que las competencias sancionatorias que ostenta y rige la actuación de nuestro Tribunal Constitucional en lo que respecta a las partes se encuentran reguladas en las normas siguientes, donde se establece el tipo de sanción que pueden imponer y los supuestos para aplicarla. Así tenemos:

<sup>(9)</sup> Ver GONZALES ÁLVAREZ-BUGALLAL, María Cristina y MEDINA RUBIO, Ricardo, *Apuntes del Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Club Universitario, España, 2000, p. 44.

<sup>(10)</sup> Ver ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Juez: Sus Deberes y Facultades*, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 293.

<sup>(11)</sup> Ver COUTURE, Eduardo, cit., p. 45.

## (i) El artículo 49° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional

“(…) El Tribunal puede imponer multas a cualquier persona, investida o no de función pública, que incumpla los requerimientos de comportarse con sujeción a lo dispuesto en el artículo 109 del Código Procesal Civil.

Las multas pueden ser de 10 a 50 Unidades de Referencia Procesal”.

## (ii) El artículo 56 del Código Procesal Constitucional establece:

“Si el amparo fuere desestimado por el Juez, éste podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad”.

## (iii) Los artículos 52° y 53° del Código Procesal Civil pueden ser aplicables por parte del Tribunal Constitucional, de manera supletoria por mandato expreso del artículo IX del TP del Código Procesal Constitucional. En ellos se establece:

Art. 52° del CPCivil: “A fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, los Jueces deben:

1. Ordenar que se suprima la frase o palabras expresada o redactadas en términos ofensivos o vejatorios;
2. Expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo. Si se trata de una de las partes, se le impondrá además los apercibimientos que hubieran sido aplicables de no haber asistido a la actuación.
3. Aplicar las sanciones disciplinarias que este Código y otras normas establezcan”.

Artículo 53° del CPCivil: “En atención al fin promovido y buscado en el artículo 52 el Juez puede:

(…) Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o la majestad del servicio de justicia.

En atención a la importancia y urgencia de su mandato, el Juez decidirá la aplicación sucesiva, individual o conjunta de las sanciones reguladas en este artículo”.

Se aclara que no se invocan los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional, porque ellos están referidos a las potestades sancionatorias de los jueces de ejecución de sentencias constitucionales, siendo en consecuencia prerrogativas del Poder Judicial y no del Tribunal Constitucional.

El sistema de justicia constitucional, impuesto en nuestro sistema democrático, evidencia que el TC puede sancionar la conducta de las partes con las siguientes modalidades: (i) testar frases o palabras dentro del expediente mismo, (ii) disponer la expulsión de las partes de la actuaciones en el proceso a nivel del Tribunal Constitucional, como puede ser en el informe oral, (iii) multar, y (iv) disponer su detención hasta por veinticuatro horas. Sin embargo, la de mayor uso hasta la fecha es justamente la de multas a las partes.

En el derecho comparado también tenemos algunos datos interesantes en los que se le otorga al TC dicha potestad sancionatoria en cuanto a las partes. Solo como cuestión referencial invocamos el artículo 95° de la LOTC español que dispone que el TC podrá imponer las costas derivadas de la tramitación del proceso a la parte o partes que hayan mantenido posiciones infundadas, si se aprecia la temeridad o mala fe. Se exige la concurrencia de ambas circunstancias, pues puede darse el caso de mantener una posición infundada por simple ignorancia del derecho. En el mismo artículo señala que también podrá imponer a quien formulase recurso de inconstitucionalidad o de amparo con temeridad o abuso de derecho una sanción pecuniaria de 600 a 3,000 euros; y en caso de incumplimiento a sus requerimientos por parte de cualquier persona, investida de poder público o no, una multa coercitivas de 600 a 3,000 euros.

Por otro lado, tenemos la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en México (publicada en el diario oficial de la federación 20.11.2010), donde dispone a la Suprema Corte de Justicia (que hace las veces de Tribunal Constitucional) que ejerce control constitucional y puede imponer apercibimientos y multas, ello se observa de la lectura específica del artículo 11 que señala: “El Pleno de la Suprema Corte de Justicia velará en todo momento

por la autonomía de los órganos del Poder Judicial de la Federación y por la independencia de sus miembros, y tendrá las siguientes atribuciones (...) XVII. Apercibir, amonestar e imponer multas hasta de ciento ochenta días del importe del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al día de cometerse la falta, a los abogados, agentes de negocios, procuradores o *litigantes*, cuando en las promociones que hagan ante la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno falten al respeto a algún órgano o miembro del Poder Judicial de la Federación”.

## V. EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CUANTO A SU POTESTAD SANCIONATORIA RESPECTO DE LAS PARTES

Siguiendo el esquema planteado inicialmente, pasamos al punto más importante del tema en estudio: el desarrollo jurisprudencial que viene instituyendo el TC en cuanto a su potestad disciplinaria contra las partes que participan en los procesos constitucionales bajo su cargo, haciendo uso en mayor medida de la “multa” como sanción. Lo que no implica que pueda utilizar los demás tipos sancionatorios que hemos desarrollado en el punto precedente. Es por ello que continuamente invoca el artículo 49 del Reglamento del TC y en otros el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, normas permisivas que regulan dicha potestad. Así encontramos que sancionan a las partes por los siguientes motivos de manera regular:

### a) Abusos procesales por atentar contra los principios de buena fe procesal, lealtad y probidad

Cuando nos referimos al abuso procesal, estamos haciendo mención al inadecuado ejercicio objetivo de poderes, deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades que ostenta y permite la ley procesal a los sujetos procesales (accionante o demandado), trayendo como consecuencia la desviación de los fines del proceso mismo, como es la tutela de la Constitución y los derechos fundamentales.

Así tenemos que el TC ha formado el criterio uniforme de sancionar los abusos procesales incurridos por la parte accionante, dejando en claro

que no utiliza el término técnico de abuso procesal, sino abuso del derecho (concepto amplio), haciendo mención a la actitud dolosa que afecta los principios de moralidad y probidad a los que están obligados los sujetos que intervienen en los diversos procesos constitucionales. Para ello, invoca una fórmula común con el fin de justificar la sanción de multa que impone, en todas las sentencias sancionatorias, a través del siguiente considerando:

“Que, finalmente, no cabe duda que conductas de ese tipo constituyen una vulneración del artículo 103º de la Constitución, que proscribe el abuso del derecho, en general, y de los procesos constitucionales, en particular. Y es que el abuso de los procesos constitucionales constituye no sólo un grave daño al orden objetivo constitucional, sino también a la tutela de los derechos fundamentales de los demás ciudadanos. Esto es así por cuanto, al hacerse un uso abusivo de los procesos constitucionales, de un lado se restringe *prima facie*, la posibilidad de que este Colegiado pueda resolver las causas de quienes legítimamente acuden a este tipo de procesos a fin de que se tutele prontamente sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y de otro lado constituye un gasto innecesario para el propio Estado, que tiene que premunir de recursos humanos y logísticos para resolver tales asuntos. En concreto, con este tipo de pretensiones, lo único que se consigue es dilatar la atención oportuna de las auténticas demandas de justicia constitucional y a la vez frustrar la administración de justicia en general, por lo que corresponde proceder conforme al diseño constitucional y legal establecido”.

Entre los casos de abuso procesal tenemos un hecho sorprendente e inimaginable: Una persona que inició 19 procesos constitucionales de hábeas corpus a su favor y la de los socios de la empresa Inmobiliaria Oropesa S.A., contra el Trigésimo Juzgado Civil de Lima, por haber dispuesto en un proceso de quiebra la desocupación de dos inmuebles de propiedad de la empresa, en el que también se dispuso su detención por 24 horas. Dicha pretensión implicaba claramente un petitorio manifiestamente infundado, en el que es evidente ab initio la sinrazón del actor al cuestionar un proceso ordinario judicial, pero sobre todo, por activar paralelamente varios

procesos constitucionales, ante la jurisdicción constitucional. Motivo por el cual se impuso una multa de 30 URP por la manifiesta temeridad procesal de la demandante. Se trata pues de la STC N° 01911-2010-PHC/TC, cuya accionante fue la señora Carmen Linares Cornejo y otro, en donde se indica en los fundamentos 8 y 9 lo siguiente:

“8. Que no obstante el rechazo de la presente demanda, cabe recordar que existen diecinueve casos anteriores en los que la entidad accionante acudió a la justicia constitucional alegando de modo similar una supuesta afectación al debido proceso, entre otros supuestos, pero que en puridad lo que cuestionaba era la contravención a diversos dispositivos legales y resoluciones judiciales. En todos estos casos, este Tribunal Constitucional declaró improcedentes o infundadas las demandas de amparo y hábeas corpus o dispuso la devolución de los autos para que se remitan a la vía civil o que carecía de objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto. En efecto, estos procesos son:

1. Exp. N.° 743-1996-AA-TC;
2. Exp. N.° 04062-2007-PA-TC;
3. Exp. N.° 001-1995-HC-TC;
4. Exp. N.° 17-1995-HC-TC;
5. Exp. N.° 105-1995-HC-TC;
6. Exp. N.° 143-1995-HC-TC;
7. Exps. N.° 473-1996-HC-TC y 476-1996-HC-TC;
8. Exp. 465-2000-HC-TC;
9. Exp. N.° 08813-2005-HC-TC;
10. Exp. N.° 08875-2005-HC-TC;
11. Exp. N.° 08877-2005-HC-TC;
12. Exp. N.° 09720-2005-HC-TC;
13. Exp. N.° 0388-2006-HC-TC;
14. Exp. N.° 02205-2007-HC-TC;
15. Exp. N.° 02603-2008-PA-TC;
16. Exp. N.° 04176-2008-PA-TC;
17. Exp. N.° 02366-2008-HC-TC;
18. Exp. N.° 02246-2008-HC-TC;
19. Exp. N.° 03402-2008-HC-TC.

9. Que a nuestro juicio, ‘temeridad’, siguiendo la literalidad del término, supone la acción arriesgada, a la que no precede un examen meditado sobre los peligros que puede acarrear o los medios de sortearlos; esto implica, que en un proceso judicial, el mismo sea accionado sin fundamento y con notoria mala fe”.

Siguen en esta misma línea la STC N° 01677-2009-PHC/TC, caso Wilian Mariano Paria Tapia (03.09.2009); STC N° 01791-2007-PHC/TC, caso Wilfredo Chero Villegas (01.09.2008); STC N° 02967-2008-PA/TC, caso Juan Natalio Gutiérrez Quintanilla (24.06.2009); STC N° 03409-2009-PHC/TC, caso Pedro Julio Rocca León (06.10.2009); STC N° 03660-2009-PHC/TC, caso Samuel Antonio Benancio (21.10.2009); STC N° 03717-2008-PA/TC, caso César Oblitas Guevara (31.08.2009) y STC N° 01792-PHC/TC, caso Dora Delgado Berlanga (21.09.2010) donde se impusieron multas a la parte demandante por carecer de fundamentos jurídicos y fácticos tanto en la demanda y/o los medios impugnatorios presentados. Mención aparte merecen las STC N° 02600-2008-PA/TC, caso José Escolástico Segura Bautista (16.09.2009); STC N° 06481-2005-PA/TC, caso Otilia Hermosilla Cruz (12.12.2008); STC N° 06759-2006-PA/TC, caso Fernando Gustavo Gerdt Tudela (05.07.2010) y STC N° 04187-2006-PA/TC, caso Luis Rosario Matos Flores, donde se impuso a las partes demandadas multas, debido a la manifiesta actitud dilatoria en el proceso, ya que pese a haberse pronunciado la jurisdicción constitucional definitiva y favorablemente, estas interpusieron sendos pedidos aclaratorios y/o nulidades manifiestamente improcedentes.

Por otro lado, se observa que se sanciona la actitud maliciosa y abusiva de las partes por la utilización desmedida del amparo contra amparo, ello con la clara intención de obstruir la ejecución del primer amparo; como se aprecia en las STC N° 02245-2010-PA/TC, caso Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura SAC (23.09.2010) y la sentencia vinculante N° 04650-2007-PA/TC, caso Cooperativa de Ahorro y Crédito de Sub Oficiales de la Policía Nacional del Perú “Santa Rosa de Lima Ltda.” (25.11.2009), donde a todas luces se observa la utilización de la tutela de urgencia con la intención maliciosa de evitar la reposición laboral dispuesta en un proceso de amparo anterior donde se dio la razón al trabajador. Invocamos en este párrafo la



interesante STC N° 05561-2007-PA/TC, caso ONP, donde se le impuso a dicha institución estatal la sanción de pagos de costas y costos por actitud temeraria en el proceso de amparo interpuesto contra otro proceso de cumplimiento firme, donde se reconoció la ejecución de un reajuste pensionario de un jubilado reconocido en un acto administrativo. En esta sentencia también se dispuso que los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía impongan sanción a dicha institución en casos análogos.

En otros casos, el TC ha aplicado conjuntamente con la multa por abuso procesal, la sanción de costas y costos al demandante por evidente temeridad procesal, invocando para ello el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, como ocurrió en el Exp. N° 292-2008-PA/TC, caso Rosario Inés Isla Castañeda (17.08.2010), donde el accionante temerariamente inició dos procesos de amparo con el mismo objeto; razón por la cual se le impuso, conjuntamente con su abogado, una multa de 10 URP. Ello se desprende claramente de la lectura del considerando que a la letra dice:

“Que la demandante inició otro proceso de amparo contra el mismo demandado y con el mismo objeto ante el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo el 15 de marzo de 2007, y que en este Tribunal se encuentra signado con el número 01272-2008-AA/TC, el mismo que ha sido resuelto mediante la sentencia de fecha 28 de abril de 2010; lo que da cuenta de una actitud temeraria con que ha venido actuando tanto la actora como su abogado en el trámite del presente proceso”.

De manera equivalente, se aplicaron junto con las sanciones de multa, el pago de costas y costos al demandante en las STC N° 00347-2007-PA/TC, caso Luis Gonzaga Huamantumba (29.12.2007); STC N° 01091-2010-PA/TC, caso Hilario Quispe Asto (09.09.2010); STC N° 01444-2010, caso Segundo Reyno Cobeñas Gómez (13.08.2010); STC N° 2315-2009-PHC/TC, caso César Augusto Reynoso Díaz (25.09.2009); y STC N° 02509-2007-PA/TC, caso Rudencindo Huancas Huamani (29-09.2008) por haber activado dos procesos de amparo para lograr una misma pretensión, que fuera resuelta en un proceso anterior.

**b) Por no acatar las órdenes en las actuaciones judiciales que dictó el Tribunal Constitucional en la instancia correspondiente que le tocó actuar**

Así tenemos la STC N° 00617-2010, caso Francisco Jaker Huayanca Chaliaza, de fecha 13.08.2010; donde se impuso una multa de 3 URP a la Oficina de Normalización Previsional (ONP), en cuanto no cumplió dentro del término concedido por el TC, el requerimiento del expediente administrativo del amparista, por tratarse de un caso de pensión de jubilación especial al amparo del artículo 47 del Dec. Ley N° 19990. Ello se desprende del fundamento 5 de la misma, que en su texto dice:

“(…) se observa que el Juez *a quo* mediante las resoluciones de fecha 4 de noviembre de 2008 y 19 de diciembre de 2008, respectivamente, ha ordenado a ésta remita el expediente administrativo por lo que al haber transcurrido en exceso el plazo otorgado sin que la emplazada presente el expediente administrativo corresponde a este Colegiado, en aplicación del artículo 49 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional –aprobado mediante Resolución Administrativa 095-2005-P/TC– imponer a la ONP una multa de 5 URP”.

La ONP se ha hecho merecedora de reiteradas multas por incumplir en la presentación de los expedientes administrativos de los demandantes en procesos sobre pensión de jubilación, requeridos por el TC. Así se observa en los siguientes pronunciamientos: STC N° 0349-2010-PA/TC, caso María Florentina Murguía Valle (02.09.2010); STC N° 0348-2010-PA/TC, caso Vicenta Asunción Glorio Carrión (20.09.2010); STC N° 0643-2009-PA/TC, caso Norbil Humberto Tello Pantoja (09.09.2009); STC N° 02868-2008-PA/TC, caso Lucía Javin de Chaupis (12.11.2009); STC N° 3533-2009-PA/TC, caso Pascual de la Cruz, Cerna Vigo (10.05.2010), y la STC N° 02327-2008-PA/TC, caso Nicolás Monteza Araujo (03.08.2010).

**c) Por faltar el respeto a los miembros del Tribunal Constitucional o usar expresiones descomedidas o agraviantes contra estos a través de sus escritos**

Aquí resulta importante evocar la STC N° 00482-2010-PA/TC, caso Luis Humberto Aguado Flores (11.09.2010), donde el pleno del TC impuso una multa al accionante de 10 URP, por haber faltado el respeto al Presidente y demás miembros del mismo durante la vista de la causa. Ello se aprecia de la lectura del fundamento 11 que a la letra dice:

“Sin perjuicio de lo expuesto, no puede soslayarse el hecho que, durante la vista de la causa llevada a cabo el 24 de marzo de 2010, el demandante incumplió lo previsto en el numeral 4) del artículo 109° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria en el presente caso, al faltar el respeto a la investidura de los miembros de este Tribunal, dirigiéndose de manera prepotente e inapropiada a su Presidente, y persistir en su intención de informar cuestiones de derecho, pese a no ser abogado colegiado, lo que motivó que se requiera el concurso del personal policial a fin de continuar con el resto de informes orales programados”.

Por otro lado, tenemos en otros supuestos que se han venido dando, el que se haya dispuesto la sanción de testar algunas frases agraviantes contra el Tribunal Constitucional, conjuntamente con la imposición de multas por dicha actitud temeraria; en mérito a que la parte recurrente utilizó expresiones agraviantes a la majestuosidad de los miembros del TC. Ello se observa de la STC N° 628-2008-PA/TC, caso Francisca Lilia Vásquez Romero (12.12.2008), donde se resolvió un escrito de reposición, y donde explica el actuar cuestionable de las partes en los fundamentos 6 y 7:

“6.- En ese sentido, importa dejar constancia que en el escrito presentado por los recurrentes, doña Francisca Lilia Vásquez Romero y don Jorge Agapo Urquizo Gastañadui, (...) aparecen, entre otras, frases tales como ‘(...) que han inventado de mutuo propio para expedir la Resolución del 26-2-08 Exp. N° 0628-2008-PA/TC falseando y adulterando la verdad y apoyados en leyes de supuesta aplicación al caso (...)’, lo cual resulta inaceptable.

7. Que este Tribunal estima que tales frases son ofensivas y vejatorias no resultando acordes con una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad jurisdiccional, situación que justifica la imposición de la sanción de multa equivalente a diez (10) Unidades de Referencia Procesal (URP) vigentes a la fecha en que se haga efectivo el pago (...).”

También se observa que por utilizar frases despectivas e injuriosas contra los miembros del TC en sus escritos, se impuso multa a las partes, tal como se detalla en las STC N° 1099-2009-PHC/TC (26.11.2009), N° 0440-2010-PHC/TC (06.05.2010), ambas interpuestas por Dora Delgado Berlanga; STC N° 02564-2009-PA/TC, caso Oscar Jesús Bazán Chauco (27-09-2009); STC N° 04402-2008-PA/TC, caso Celso Nazario Murga Canales (08.07.2009) y la STC N° 01742-2010-PHC/TC, caso Laurinda Llantoy Villegas (10.06.2010).

**d) Por haber faltado al principio de veracidad, invocando hechos contrarios a la realidad y presentado pruebas falsas**

Ello se observa en la STC N° 02213-2008-PA/TC, caso María Digna Carrasco Miranda (20.02.2009), donde se sanciona a la parte demandante por invocar no solamente hechos falsos, sino también por presentar un documento de identidad falso. Así se observa de la lectura del 11° fundamento:

“En tal sentido, teniendo en cuenta que durante todo el proceso la parte demandante ha argüido, falsamente, que el demandante ha laborado en la Cooperativa Agraria de Trabajadores Sinforsoso Benites Ltda., desde el 1 de enero de 1973 hasta el 30 de diciembre de 1983, concluimos que tanto la demandante como su abogado patrocinante han actuado con temeridad al hacer uso de un documento falsificado con la finalidad de obtener una pensión de jubilación”.

Esta actitud de presentar pruebas falsas en procesos constitucionales para inducir a error a los jueces, también se vio sancionada en la STC N° 02298-2009-PA/TC, caso Susana Filomena Jara Aragón (11-08.2009) donde se presentó un certificado de trabajo legalizado por un notario, cuyo título

notarial ya había sido cancelado con anterioridad. Análoga situación, respecto a la introducción de pruebas falsas en los procesos constitucionales, se presentaron en la STC N° 03210-2009-PA/TC, caso Luis Felipe Arrascue Cáceda (21.09.2009); STC N° 03211-2009-PA, caso Juan Crisóstomo Chuquilín Mejía (21.09.2009); STC N° 04596-2008-PA/TC, caso Marcos Mogollón Silva (21.05.2009); STC N° 4726-2009-PA/TC, caso Magda Guerrero Salcedo de Ahumada (30.04.2010); STC N° 05170-2009-PA/TC, caso Luz Josefa Chávez Delgado (03.05.2010) y la STC N° 2738-2010-PA/TC, caso Yolanda Delgado de Leyva (04.11.2010).

## REFLEXIÓN

Estamos convencidos de que la potestad disciplinaria del TC en lo que respecta a las partes —y por qué no decir de sus abogados dentro de los distintos procesos constitucionales a su cargo—, está plenamente justificada jurisprudencial y legalmente, porque forma parte de sus atribuciones ejercitadas dentro del marco de la relación jurídica mutua que existe con las partes, máxime si ha aplicado dicha función de manera proporcional y razonable.

Dejamos en claro, como lo hicimos al inicio de este artículo, nuestra discrepancia democrática respecto a las sombrías decisiones de sanción contra magistrados de instancias inferiores que pertenecen al Poder Judicial, ya que dicha atribución es potestad exclusiva de un órgano distinto, la OCMA, quien debe sancionar a los magistrados por su actuación irregular dentro de los procesos judiciales, entre ellos, los constitucionales.

Finalmente queda demostrado con los precedentes desarrollados y las decisiones disciplinarias tomadas en estas por parte del TC, que dicho órgano tiene como principal preocupación dentro de un Estado Democrático, la acción correctiva de todo el sistema imperante, tanto en lo sustancial (ejerciendo control constitucional) como en lo procesal, encausando en esta última, la conducta de las partes dentro de los marcos de probidad, lealtad, buena fe procesal y colaboración con la justicia constitucional.

## LA SEGUNDA GUERRA ENTRE CORTES: UN ESTUDIO A PARTIR DE LA SENTENCIA COMPETENCIAL N° 001-2010-PC/TC (\*)

### I. GUERRA ENTRE CORTES: UNA REALIDAD INCUESTIONABLE

Es innegable que la influencia del neoconstitucionalismo reforzó la consolidación del derecho procesal constitucional, que pretende a través de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, hacer viable la efectividad de los derechos fundamentales, principios y valores que irradian de la Constitución; es por ello que dentro de este nuevo esquema organizativo, se instituye a los órganos jurisdiccionales constitucionales como el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional (en el caso de este último su denominación varía según cada país, tomando el nombre de Corte o Sala Constitucional) a efectos de impartir justicia constitucional, ya sea de manera compartida y exclusiva, conformando así la denominada “jurisdicción constitucional”. Ello ha traído como consecuencia una premisa fundamental y valedera: el derecho procesal constitucional y la jurisdicción constitucional son dos caras de una misma moneda, y ambas garantizan el Estado Constitucional de Derecho en una sociedad democrática.

(\*) Dejo constancia de que el presente trabajo se debe en gran medida a los aportes brindados por los magistrados Diana Rodríguez Chávez, Víctor Castillo León, Lucía Rosa Yon Lin, Alicia Tejada Zavala y Francisco Herrera Chávez, sin los cuales hubiese sido imposible la terminación del mismo.

En cuanto al tema de la jurisdicción constitucional<sup>(1)</sup>, que es el tema que nos convoca, esta se encuentra vinculada más directamente con la actuación que ejerce el Tribunal Constitucional (en adelante TC), órgano que en su búsqueda del asentimiento social y jurídico como garante del ordenamiento jurídico y como defensor de los derechos fundamentales de las personas, durante estos últimos años, ha visto robustecido y legitimado a través de diversas sentencias jurisdiccionales que han conllevado materialmente a reconocer la eficacia jurídica de la Constitución, sobre todo por parte de quienes ejercen poder, sea público o privado, ostentando así una participación activista en el escenario jurídico, social e incluso político de nuestra sociedad.

Empero encontramos que nuestro TC, en dicho activismo protagónico desplegado, ha visto ensombrecida su actuación, debido específicamente a ciertos fallos cuestionables —aislados de la gran mayoría—, expedidos en su calidad de órgano de última instancia, tanto en procesos de amparo como de cumplimiento, e incluso como órgano exclusivo resolutor de conflictos competenciales suscitados entre organismos constitucionales del Estado. Tales fallos han sido catalogados como ilegítimos e inconstitucionales, debido a la intromisión arbitraria y excesiva de otros fueros, originándose, como es natural, ciertas desavenencias y por qué no decir enfrentamientos directos entre los órganos del Estado, afectados, y nuestro máximo intérprete de la Constitución.

A modo de ejemplo tenemos el fallo recaído en el Exp. competencial N° 006-2006-PC/TC, en el cual se declararon nulas las sentencias con calidad de cosa juzgada y medidas cautelares expedidas por el Poder Judicial, a favor de quienes ejercían la actividad de juegos y tragamonedas. Ello provocó que el Poder Judicial publicara un extenso comunicado en el cual cuestionaba los errores e intromisiones en los que había incurrido el TC, haciéndose evidente una confrontación entre los dos órganos jurisdiccionales que están relacionados directamente con la impartición de justicia.

<sup>(1)</sup> La jurisdicción constitucional es entendida como aquel conjunto de normas, órganos y procesos, normalmente de naturaleza judicial, que definen el contenido y ejecución de la función de controlar que la Constitución tenga plena vigencia en la realidad. Ver ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 341.

Este fallo, como otros, comprobaba un problema latente de primer orden: la recurrente tensión entre el Poder Judicial con el Tribunal Constitucional, originada precisamente por el deslinde entre las competencias respectivas, increpándole a este último, el ejercicio excesivo de la cuota de poder que le fue asignado y establecido por el Poder Constituyente; problema que sin duda viene debilitando el orden constitucional y democrático que nos rige, ya que mina el principio de división de poderes (entiéndase división orgánica de funciones), columna que soporta justamente el equilibrio del ejercicio del poder estatal<sup>(2)</sup>.

Queda clara entonces la existencia actual de un conflicto abierto entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, ambas a cargo de organismos constitucionalmente reconocidos que se encuentran enfrentados, cuando contrariamente deberían tener una relación fraterna, ya que —respetando sus competencias— tienen la misión de perennizar el orden constitucional. Sin embargo, a la luz del derecho comparado, observamos que esta problemática de enfrentamientos no es exclusiva de la jurisdicción peruana, sino de casi todos los países donde impera el Estado Constitucional de Derecho y donde tienen una Corte, Sala o Tribunal Constitucional independiente del Poder Judicial. Así tenemos, por ejemplo, que en Colombia, periódicamente se denomina a este conflicto como “choque de trenes”, ello en alusión a un caso en el cual la Corte Constitucional colombiana dispuso el inicio de un incidente por desacato a los magistrados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ante el incumplimiento

<sup>(2)</sup> Por su parte, Luis Castillo Córdova reflexiona al respecto, afirmando con la crudeza y agudeza académica que lo caracteriza: “La significación de la Jurisdicción Constitucional supone atribuir al Tribunal Constitucional una serie de funciones, es decir, cuotas de poder con el fin de cumplir el deber de hacer regir de modo efectivo la Constitución entendida como norma jurídica fundamental. No hay que cavilar demasiado para aceptar que esas cuotas de poder pueden ser ejercitadas de modo extralimitado, y de llegar a serlo, puede terminar afectando seriamente las relaciones del poder queridas y establecidas por el Poder Constituyente. Se ha de reconocer entonces, que las cuotas de poder atribuido al Tribunal Constitucional genera una serie de riegos no sólo para el Estado Constitucional de Derecho, sino también para el sistema democrático constitucional” (el negreado es nuestro), en *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, Palestra editores, Lima, 2008, p. 36.

de una sentencia de tutela, en el denominado caso “*Antolinez*”, llegando dicho problema hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos por inejecución de un fallo constitucional. No obstante, los dogmáticos en ese país la denominaron anárquicamente “guerra de poderes y vanidades”, u otros, como “consolidación de la tiranía judicial”<sup>(3)</sup>.

Por su parte, en España la denominan “*conflictos de competencias constitucionales*”, que se han visto agudizados a raíz de la reciente Sentencia de la Sala en lo Civil del Tribunal Supremo, expedida con fecha 23 de enero de 2004, en la cual condenaba a los magistrados del Tribunal Constitucional por responsabilidad civil, tras examinar y valorar el contenido de una resolución emitida por este órgano constitucional, que declaró inadmisibles un recurso de amparo. No obstante, esta sentencia fue impugnada vía recurso de amparo, pero será vista por el próximo colegiado del Tribunal Constitucional Español, debido a la inhibición de los actuales por tener la condición de demandados<sup>(4)</sup>.

En México, es conocida como “*guerras de los altos tribunales*”, o “*guerras entre cortes*”, y en Italia como “*guerra delle due corti*” (entiéndase guerra entre cortes) o “*conflicto di Attribuzioni*”. Todos ellos referidos a los conflictos originados por los desbordes del cauce constitucional incurridos por el Tribunal Constitucional en sendas sentencias o en su defecto, por la inercia al acatamiento de los mismos por parte del órgano jurisdiccional por excelencia: el Poder Judicial. Es así que por una cuestión pedagógica, utilizaremos el término más aceptado en la doctrina “Guerra entre Cortes”<sup>(5)</sup>.

(3) Ver OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, “Antolinez el *causus belli* (causa de guerra) entre las Cortes”, en *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, Edit., Vol. 6, N° 2, julio-diciembre 2009, Universidad de Caldas, Colombia, p. 59.

(4) Ver ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, “Comentarios al Anteproyecto de Reforma de la LOTC”, en AA.VV., *La reforma de la justicia constitucional*, promovido por el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Aranzadi, Navarra, p. 18.

(5) En el Perú, tenemos que la citada denominación fue asignada a nuestra realidad por el maestro Domingo García Belaunde, quien la utilizó para referirse a estos enfrentamientos sobre invasiones de fueros entre el Tribunal Constitucional peruano y el Poder Judicial. Tal es así que la obra colectiva bajo su coordinación, que abordaron varios académicos y que tenía como eje central el análisis de la sentencia recaída en el Exp. N° 006-2006-PC/TC, se denominó

Volviendo al tema que nos interesa y nos convoca en esta oportunidad, es que como bien se ha descrito anteriormente, la primera guerra de cortes en nuestro país, se dio con la dación de la sentencia recaída en el Exp. N° 006-2006-PC/TC, la que por primera vez resuelve un conflicto de competencias por intromisión entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo (MINCETUR), que deriva de los procesos de amparización, lo que permitía la actividad de casinos y máquinas tragamonedas. En ella, se desconocían sentencias con calidad de cosa juzgada, expedidas por el Poder Judicial.

Pasado el movimiento sísmico —en el ámbito académico y político— desatado por la intromisión de funciones por parte del Tribunal constitucional sobre las competencias propias del Poder Judicial, ya que en la referida sentencia se cuestionaban resoluciones judiciales, es que nuevamente, y teniendo en cuenta el precedente competencial anterior, el Ejecutivo, específicamente el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, utilizando la misma estrategia del MINCETUR, promueve otra acción competencial contra el Poder Judicial, debido a las resoluciones judiciales emitidas y que tenían la calidad de cosa juzgada en procesos de amparo, a través de las cuales permitían la importación de vehículos al Perú, alegando que con dichas decisiones judiciales se venía menoscabando su competencia en materia de regulación de las condiciones para la importación de vehículos y autopartes usados.

Es en este escenario y con la renovación parcial de los miembros del Tribunal Constitucional, que dicho órgano colegiado resuelve el caso concreto a través de la Sentencia N° 0001-2010 -PC/TC, la que declaró fundada y ordenó dejar sin efectos todas las sentencias expedidas por el Poder Judicial consideradas contrarias al precedente vinculante recaído en el Exp. N° 5961-2009-PA/TC, a partir del 18 de junio de 2010 hasta la fecha de expedición de esta sentencia, ordenando que la OCMA y el Ministerio Público tomen cartas en el asunto para sancionar a los magistrados por haberse apartado de precedentes constitucionales. Ello desató lo que Henry

*¿Guerra de las Cortes?. A propósito del proceso competencia entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*, Palestra editores, Cuaderno 4, Lima, 2007.



Carhuatocto Sandoval denomina la “*segunda guerra de cortes*”<sup>(6)</sup>; que según el Poder Judicial y miembros de la tribuna académica, es criticada porque a través de dicha decisión nuevamente se invadía la competencia del Poder Judicial y resquebrajaba la estabilidad democrática del país, materializando la tiranía y el reconocimiento de un “sobre poder”, que se centraliza en el TC peruano.

Lamentablemente estamos ante una sentencia del TC que ensombrece y menoscaba la débil y frágil relación que se venía tejiendo entre ambos poderes, pero a la vez originaba el siguiente planteamiento: ¿cuáles son los límites y competencias que ostenta el Tribunal Constitucional para ejercer control competencial sobre los demás organismos del Estado? ¿Puede el TC realizar control a través del proceso competencial de resoluciones judiciales que han adquirido calidad de cosa juzgada? ¿El TC ha invadido o no, en el caso concreto, las competencias exclusivas del Poder Judicial?

Son estas las inquietudes que pretendemos analizar desde un rigor técnico, ello en aras de buscar respuestas valederas o razonables constitucionalmente hablando; respuestas que nos deben conducir no solo a la reflexión sobre el ejercicio del poder y las competencias que tienen ambos órganos en conflicto, sino a encontrar alguna luz en este sombrío camino de conflictos permanentes, que nos permita salir del mismo, con miras a restablecer un verdadero orden constitucional.

Es por ello que a lo largo del trabajo procederemos al estudio de las instituciones básicas relacionadas con la problemática planteada: como son el principio de separación de poderes —denominado por otros separación orgánica de funciones—, así como el abordar los marcos y límites que ostentan las competencias que le han sido asignadas al Tribunal Constitucional, para luego encarar frontalmente el análisis de la STC N° 001-2010-PC/TC, arribando finalmente a las conclusiones y reflexiones finales.

<sup>(6)</sup> Ver CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, “El regreso de la ‘guerra de cortes’ y los precedentes vinculantes”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 33, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre 2009, pp. 127-129.

## II. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU INFLUENCIA EN EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA

El constitucionalismo contemporáneo —como designan unos— o neoconstitucionalismo —como lo denominan otros—, nace como una corriente invasora y expansiva en todos los Estados, ello a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, en respuesta al rechazo a las atrocidades cometidas por los gobiernos fascista y nazi, basándose en la necesidad del reconocimiento de la dignidad del ser humano y los derechos fundamentales como soporte de todo Estado y del derecho que las rige.

Así tenemos que durante estos últimos sesenta años, dicha corriente ha venido renovándose y evolucionando, impactando en las estructuras organizativas, tanto políticas y jurídicas de las sociedades y los Estados, estructura que ha venido a denominarse “Estado Constitucional de Derecho”, en donde se percibe la omnipresencia de la Constitución, la que irradia su fuerza vinculante como norma jurídica y como límite del poder que ejercen los poderes constituyentes y privados. En suma, la columna vertebral en que se sustenta este nuevo paradigma, es la afirmación y vinculación del ámbito legal, político y social al principio de “supremacía constitucional”, creando un verdadero orden público constitucional.

Al respecto, el profesor José A. Rivera pone de manifiesto dicha realidad: “(...) *el orden jurídico y político del estado está estructurado sobre la base del imperio de la Constitución que obliga por igual a todos, gobernantes y gobernados. Dentro del orden jurídico la Constitución ocupa el primer lugar, constituyéndose en la fuente y fundamento de toda otra norma jurídica, por lo que toda ley, decreto o resolución debe subordinarse a ella y no puede contrariarla. En el orden político se constituye en la fuente de legitimación del poder político, pues lleva implícita toda una filosofía que sirve de orientación no sólo a los gobernantes sino también a los gobernados*”<sup>(7)</sup>.

<sup>(7)</sup> RIVERA SANTIVAÑEZ, José A., “Supremacía Constitucional y Sistemas de Control de Constitucionalidad”, en AA.VV., *Derecho Procesal Constitucional*, coordinadora Susana Ynés Castañeda Otsu, Tomo I, Jurista Editores, Lima, 2003.

Es así que durante su corta existencia de más de cincuenta años, se vienen delimitando sus rasgos característicos, y como todo sistema en un tema inacabado, ya que contiene en su interior —como describe Miguel Carbonell<sup>(8)</sup>— una serie de equilibrios que difícilmente puede llegar a convivir sin problemas; valgan como ejemplos las muestras de debilidad de la técnica de ponderación de bienes constitucionales, en la medida en que no puede resolver todos los casos y para todos los países; o la fuerte impregnación judicialista que recorre la mayoría de los postulados neoconstitucionalistas, en tanto que quienes tienen jurisdicción constitucional no siempre han generado reacciones a favor. En algunos otros casos han generado reacciones en contra, increpándoles un exceso de control constitucional, puesto que ha llegado a invadir fueros ajenos. Estos excesos tienen relación directa con las limitaciones que deben tener los órganos de control constitucional (llámense Tribunales o Cortes Constitucionales), a lo cual se denomina “guerra entre las cortes”, las que muestran la debilidad del sistema neoconstitucional y que plantea la necesidad de instaurar un sistema de control del poder que ostenta el Tribunal o Corte Constitucional. No obstante ello, no implica que en la búsqueda de la consolidación del sistema se puedan encontrar mecanismos para establecer la utilización de otros métodos distintos a la ponderación, o encontrar los pesos y contrapesos al ejercicio desmedido del órgano de jurisdicción constitucional.

Las debilidades que viene mostrando este sistema neoconstitucional en su aplicación práctica, son de gran trascendencia no solo en el orden de las sociedades en específico, sino de la comunidad mundial. Es por ello que nos permitimos describir algunos de los rasgos característicos que lo identifican, que están vinculados directamente con el tema que abordaremos, como son los procesos competenciales; dejando establecido que incurriremos en algunas omisiones, debido a la extensión del tema. Por tanto trataremos las características más importantes y estas son las siguientes:

1. **La reivindicación de la Constitución como norma jurídica**, la que se otorga la condición de norma suprema, **norma normarum**,

<sup>(8)</sup> Ver CARBONELL, Miguel, “Prólogo: Nuevos tiempos para el Constitucionalismo”, en AA.VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 7.

**lex fundamentalis, loi supreme, the supreme law**<sup>(9)</sup>. Esta idea de superioridad normativa se ha visto perennizada por la invasión iniciada en todos los ordenamientos jurídicos existentes (llámese laboral, civil, comercial, empresarial, concursal, contencioso administrativo, del consumidor, entre otros), pero incluso su omnipotencia se ha visto impuesta en la vida social misma, específicamente en las relaciones donde se ejercen actos de poder público (los que se dan entre el Estado y los ciudadanos, o entre órganos estatales), o privado (entiéndase en aquellos que se generan en las relaciones inter privados). Ello ha traído consigo una premisa elemental: **“para que todo acto de poder o norma jurídica existente, tenga eficacia en su aplicación, debe necesariamente estar imbuida de esencia constitucional”**; por tanto, no puede desconocerla, ni contradecirla, por el contrario, debe ratificarla y pregonarla con sus efectos. Estamos así ante la constitucionalización no solo del ordenamiento jurídico sino de la vida social misma. En esa lógica, **“nada está oculto bajo los ojos de la Constitución”**<sup>(10)</sup>.

2. Se afirma que en toda Constitución, también debe primar el reconocimiento de los valores y principios constitucionales, los mismos que brotan expresa o tácitamente de ella, dotándolos a estos de

<sup>(9)</sup> Esta es una idea universalmente aceptada, en cuanto a que la supremacía normativa de la Constitución es una creación del constitucionalismo norteamericano materializada en aquella sentencia fundadora dictada por el Tribunal Supremo en el caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, aunque díganse verdades sus orígenes se remontan a inicios de los albores del siglo XVII, en Inglaterra, a raíz del famoso *Bonham’s case* (1610) y la doctrina en tal caso fijada por el no menos conocido juez Coke. Ver FERNANDO SEGADO, Francisco, “Werner Kagi: El diseñador del Estado Constitucional de la Segunda Post Guerra”, en KAGI, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005, p. 23.

<sup>(10)</sup> Este fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico, como lo denomina Ricardo Guastini, el cual lo describe como un proceso de transformación que está determinado por la presencia de una Constitución extremadamente invasora, entrometida (persuasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales. Ver GUASTINI, Ricardo, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El Caso Italiano”, en AA.VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 49.

una fuerza normativa plena, tan igual como se tratara de una norma jurídica suprema. Es aquí donde se logra que la *lex fundamentalis* adquiera una fuerte carga axiológica y principista<sup>(11)</sup>, reconociendo así también su juridicidad y exigibilidad legal.

3. El constitucionalismo es decididamente “**personalísimo**”, en la medida en que reconoce a la dignidad humana y al ser humano como premisa elemental para el funcionamiento del Estado y la sociedad, generándose una obligación impuesta por esta premisa, la misma que pregona que todo poder ya sea estatal o particular debe ser ejercido con la finalidad de reconocer la condición humana de la persona<sup>(12)</sup>. Esto trae como consecuencia no solo la positivización a nivel constitucional de los derechos fundamentales (manifestaciones de la dignidad del ser humano), sino también que estos se constituyan como garantía para la eficacia del ejercicio de poder estatal o privado. Consecuentemente no se podrá concebir un Estado Constitucional fuerte, si no existe en su *Ley Fundamental* el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona (parte dogmática), existiendo una relación siamésica entre ambos. Por tanto, una no puede subsistir sin la otra; una es causa de la otra y viceversa. En síntesis, no puede concebirse un Estado Constitucional –al menos que se catalogue como tal– sin que exista un reconocimiento en su *lex* máxima de los derechos fundamentales expresos o tácitos, cuya eficacia se da en el ámbito de las relaciones horizontales y verticales producidas al interior de la sociedad en su conjunto.

<sup>(11)</sup> Es por ello que Antonio Baldessarre denomina a la Carta Magna: *Constitución de Valores*, al afirmar que esta constituye también un sistema de valores articulados con la forma del Derecho Positivo; más adelante agrega el autor que las Constituciones sistematizan bienes jurídicos políticos que representan el ideal de un derecho superior a la legalidad existente. Cit. por CEA EGAÑA, José Luis, “La justicia constitucional y el Tribunal de la Constitución en Chile”, en *Revista de Derecho*, editada por la Universidad Austral de Chile, Vol. XII, agosto 2001, Valdivia, p. 107.

<sup>(12)</sup> Ver SOSA SACIO, Juan Manuel, “Nuestros Neoconstitucionalismos”, en AA.VV., *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 11 y 12.

4. Debe existir una jurisdicción constitucional especializada, cuya función especial es hacer efectiva la Constitución, cuando esta se vea desconocida por un acto de poder o por norma infraconstitucional. Tal es así que hoy en día no puede hablarse de un sistema neoconstitucional, si no está presente una jurisdicción contencioso-constitucional, cuyo órgano máximo lo constituyen los Tribunales o Cortes Constitucionales, quienes tienen la facultad y competencia, exclusiva en algunos casos y compartida en otros (como ocurre con el Poder Judicial con los procesos de amparo, habeas data, habeas corpus, cumplimiento, pero cuya actuación es de última instancia vía recurso de agravio constitucional), de ejercer control constitucional sobre los demás organismos constitucionales, así como sobre sus actos o normas que emitan. Lo cierto es que dicha jurisdicción sui generis está constituida por todos aquellos mecanismos y órganos especializados (magistratura constitucional), así como los procesos constitucionales que pretenden restablecer el orden constitucional desvirtuado por conflictos de naturaleza constitucional.
5. La implantación como forma de gobierno de la “**democracia constitucional**”, exige que la organización y el ejercicio de poder por parte de los distintos organismos que conforman el Estado, se encuentren reconocidos en la Constitución, pero que en ella, también se delimiten de manera clara no solo sus competencias y funciones, sino los lineamientos que deben guiar su actuación, cuya finalidad debe estar encaminada al respeto irrestricto de los derechos fundamentales, sumado a ello el reconocimiento también de principios que la sustentan, como la separación de poderes, el de legalidad, entre otros. El maestro Ferrajoli explica al respecto: “La esencia del constitucionalismo y del garantismo, es decir, de aquello que he llamado ‘democracia constitucional’, *reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantía*”

***de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones***<sup>(13)</sup>. Sin duda, nos encontramos ante una democracia no solo formal (entendida como la forma de gobierno), sino sustancial (referida al contenido de la misma) impuesta por el poder constituyente, y por ende, ostenta legitimidad porque su implantación viene de la sociedad misma; dándose así una fusión armónica entre ambas<sup>(14)</sup>.

Estas y otras características del neoconstitucionalismo han redimensionado la clásica idea de los contenidos que deben existir en toda Constitución, que en otro tiempo se denominaban parte orgánica y parte dogmática de la misma, en referencia a que la primera —la orgánica— estaba referida exclusivamente a establecer la organización, función y relaciones sobre los principales órganos de gobierno del Estado; y en cuanto a la segunda —la dogmática—, estaba descrita al plexo de reconocimiento de los derechos fundamentales, como aspiraciones de toda sociedad.

El acogimiento del neoconstitucionalismo por parte de los sistemas políticos y jurídicos de los países democráticos hizo redimensionar, mutar e incluso mejorar el contenido de las nuevas constituciones. Según la literatura jurídica también toman la denominación de normas de organización y procedimientos, y normas de contenido, pero la doctrina española la denomina clásicamente parte orgánica y parte dogmática. En esta nueva metamorfosis provocada por las influencias abrumadoras de las categorías tratadas recientemente, dejó establecido que el contenido no solo está referido a las prescripciones constitucionales, sino que introduce en ella los “principios” relativos de la organización a perseguir, se imponen mandatos al legislador y, por último, se garantizan instituciones en mérito a ello<sup>(15)</sup>.

<sup>(13)</sup> Ver FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, p. 27.

<sup>(14)</sup> En este punto puede verse BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pp. 221 y 222.

<sup>(15)</sup> Cit. por DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*, Edit. Ariel Derecho, Barcelona, 1999, pp. 28 y 29.

Es por ello que siguiendo lo planteado por Ignacio de Otto<sup>(16)</sup>, podemos inferir que actualmente el contenido de la Constitución debe acoger mínimamente dos aspectos:

**a) Normas de organización y procedimiento (parte orgánica).** En ella, se destacan en primer lugar la existencia de numerosas normas y principios relativos a la estructura orgánica y territorial del Estado, a algunos de sus sistemas orgánicos e incluso acerca de su actuación. Se encuentran, por ejemplo, el principio de unidad del Estado, el principio de legalidad constitucional, la jerarquía normativa, el principio de irretroactividad, la separación de poderes (hoy denominada separación orgánica de funciones), el principio de proscripción de la arbitrariedad, el de soberanía constitucional, entre otros.

En cuanto al objeto de las normas orgánicas, es lo que puede considerarse la materia típica de las Constituciones: la regulación de los órganos básicos, su composición, funcionamiento, procedimiento y relaciones entre ellos: la relación entre el Ejecutivo y el Parlamento, entre este último y el Poder Judicial, entre el Tribunal Constitucional para con el Parlamento o el mismo Poder Judicial, así como la regulación de reformas constitucionales.

Sin embargo, también se ha procedido a la constitucionalización de aquellos órganos, distintos de los clásicos (ejecutivo, legislativo y judicial), pero que tienen una participación activa en el gobierno de la constitución, así tenemos al Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, las Fuerzas Armadas, el Jurado Nacional de Elecciones, entre otros.

**b) Normas de contenido (parte dogmática).** Se destaca de ello, la inclusión del reconocimiento y proclamación de valores constitucionales, como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, los mismos que son exigibles jurisdiccionalmente a través de la justicia constitucional; sumado a lo tradicionalmente

<sup>(16)</sup> Cit., pp. 29 y 30.

conocido como la constitucionalización y regulación in extensa (enumerados y no enumerados) de los derechos fundamentales y la dignidad humana, dejando su interpretación al órgano jurisdiccional y, en especial, al Tribunal o Corte Constitucional, para establecer su contenido vía interpretación constitucional, y dejando en otros un campo para la regulación de su contenido a través de normas de desarrollo constitucional.

Se suma a ello la prescripción de tipo finalista en la que impone a los poderes públicos especialmente la obligación de perseguir determinados fines, como el de promover el trabajo, las condiciones de igualdad, entre otros. Estos últimos se formulan junto al reconocimiento de derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad de empresa se acompaña del mandato que los poderes públicos garanticen y protejan su ejercicio y la defensa de la productividad.

A ello debemos agregar que el contenido normativo y las normas de organización y procedimientos, constituyen una unidad, las que están cohesionadas entre sí, construyendo un sistema de poderes capaces de fusionar y actuar paralelamente sin invadirse mutuamente, previa delimitación de las cuotas de poder que han sido asignadas por el poder constituyente, hecho que permite imponer un orden constitucional, el mismo que no puede ser desconocido por órgano alguno (incluido el Tribunal Constitucional).

Es por ello que a estos contenidos de la Constitución, se suma el de la jurisdicción constitucional, entendida como medios (procesos constitucionales) y órganos especializados que cumplen la función primordial y esencial de velar por la vigencia de la parte orgánica y dogmática de la Constitución, ejerciendo un control sobre los demás, para lo cual también se le ha otorgado una cuota del poder, limitado por cierto, ya que no se puede concebir un órgano constitucional que ejerza sobremanera el poder de control constitucionalmente otorgado por encima de la Constitución y del órgano constituyente que lo creó.

Como queda claro se viene dando una preocupación para el sistema neoconstitucional, en cuanto al establecer de manera clara el rol y participación de todos los órganos constitucionales dentro de esta forma de Estado

Constitucional de Derecho, pero en especial el que juega el TC y su relación con los demás órganos. Ello debido a que se vienen dando ciertas fricciones con otros organismos del Estado, que le imputan excesos y usurpación de funciones. De este modo, resulta de importancia delimitar de la manera más clara posible, las funciones y competencias del órgano máximo de interpretación constitucional, así como sus pesos y contrapesos, en aras del cumplimiento real y efectivo de la función de control constitucional sobre los demás organismos estatales.

Para entender este problema, debemos de estudiar el principio que rige la relación competencial de los órganos constitucionales, como es el principio de separación de poderes.

### III. ADAPTACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN ORGÁNICA DE FUNCIONES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO PERUANO

Como se ha delimitado supra, el poder que ejercen los distintos organismos del Estado está intrínsecamente limitado por el orden constitucionalmente impuesto, ya que no puede concebirse, como antaño que “el poder público pueda ser ejercido en forma ilimitada”. Para ello existe todo un sistema de restricciones explícitas en el ejercicio del poder y la presencia de mecanismos de control que aseguren el cumplimiento de tales límites, evitando así los abusos del poder. De esta forma, tenemos entre otros, dos principios que surgen a nivel constitucional y que se ubican en la parte orgánica de la Constitución, los que limitan el ejercicio del poder: (i) el de legalidad constitucional y (ii) el de separación orgánica de funciones, principios que si bien tienen su génesis en el vetusto sistema del Estado Legal o Estado de Derecho, hoy en día se ha visto mutado con las características propias del neoconstitucionalismo imperante, robusteciéndose y adquiriendo un nuevo perfil en el nuevo contexto político y jurídico.

Cierto es que el principio de separación orgánica del poder público es una imposición del constitucionalismo, que surgió en el siglo XX (con la propuesta del pensamiento de Montesquieu), la que promovió a través de ella, el fraccionamiento organizativo del aparato del Estado a través de



órganos independientes y autónomos entre sí, dotándole a cada uno de ellos de competencias y funciones constitucionales y legales específicas, limitándose solo a este punto.

Posteriormente con el avance del neoconstitucionalismo, se dio el rompimiento del paradigma de la existencia única de la trilogía del poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), dándose paso no a una división de poderes, sino a la distribución de facultades y competencias del poder público, mas no del poder en sí, ya que este es uno solo. Es en este contexto que la expresión *división de poderes* no corresponde con exactitud a su contenido, pasándose a denominar “*separación orgánica de funciones*”. Así lo explica el administrativista argentino Roberto Dromi:

“(…) Propiamente la división de poderes no es tal, sino más bien una distribución de facultades de los órganos jerárquicos del Estado. No hay que seguir la falsa idea de desvinculación, aislamiento o antagonismo de poderes. (...) De la llamada ‘división de poderes’ no resulta más que una separación de funciones y correlativamente una separación de órganos y competencias, pues en estricta interpretación constitucional, el poder, el gobierno, lo integran los órganos máximos del Estado, los que ejercen por medio de diversas funciones, evitando la concentración autoritaria o la suma de poder público”<sup>(17)</sup>.

Es en esa nueva forma de división del ejercicio del poder, que juega un papel importante para su segmentación la naturaleza de las funciones principales que cumple cada órgano; siendo considerados actualmente en cinco grupos de funciones las mismas que son Legislativa, Ejecutiva, Judicial, Ciudadana y Electoral, a las que nosotros agregaríamos una más: la que ejerce control constitucional, siendo su más alto exponente el TC. Estas clasificaciones se han venido incluyendo progresivamente en las constituciones modernas a través del reconocimiento de los órganos que ejercen dichas funciones.

<sup>(17)</sup> Ver DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 186.

Por otro lado, hoy en día, bajo el neoconstitucionalismo, el principio de división de poderes (separación orgánica de funciones), si bien acoge esta nueva forma de separación de funciones de los organismos del Estado, también es cierto que actualmente añaden a esta concepción tres notas esenciales, que describe con claridad el maestro Manuel García Pelayo<sup>(18)</sup>:

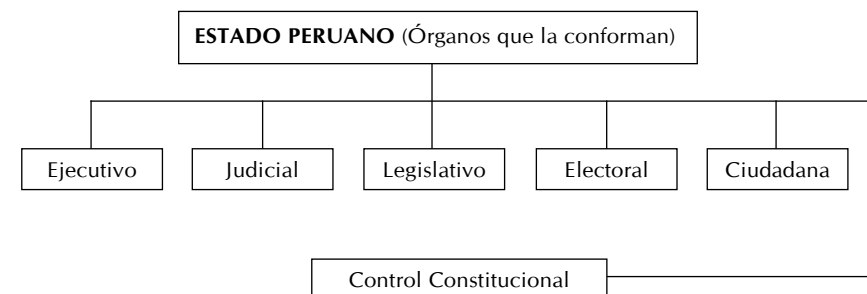
- a). Tiene como supuesto esencial de su existencia la división primaria y fundamental del poder constituyente y los poderes constituidos, establecida como supuesto del sistema constitucional y ***según la cual los poderes constituidos no pueden invadir la esfera reservada al constituyente***. Esta radical división de poderes, que afecta a la raíz misma del sistema constitucional, si bien reconocida por la teoría carecía de garantías dado el poder fácticamente absoluto del parlamento. Pero el Estado Constitucional de Derecho parte del supuesto de que el poder constituyente no sólo fundó en su día los poderes constituidos con sus respectivas competencias y límites de acción, sino ***que los fundamenta permanentemente, pues la voluntad y la racionalidad subjetivas del constituyente se objetvaron en su día en la voluntad y racionalidad objetiva de la Constitución*** y, por consiguiente, la custodia de ésta es la garantía de la custodia de la diferenciación entre ambos poderes.
- b). Ya en los años treinta del siglo pasado, Benjamin Constant postuló la necesidad de un cuarto poder políticamente neutral que tuviera la misión de mantener el equilibrio de los tres poderes restantes y neutralizar las perturbaciones que pudieran producirse entre ellos, así como las posibles desviaciones constitucionales. (...) Cabe afirmar que este cuarto poder actualmente es investido funcionalmente en una jurisdicción

<sup>(18)</sup> Ver GARCÍA PELAYO, Manuel, “*Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho*”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 82, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991, pp. 38 y 39.

constitucional y orgánicamente en los Tribunales Constitucionales que actuando con métodos jurídicos tiene a su cargo mantener el debido nivel de constitucionalidad y resolver los conflictos entre los poderes constitucionales del Estado.

- c). Dentro del sistema clásico de división de poderes, el legislativo poseía un poder de disposición prácticamente ilimitado sobre la ley, especialmente en aquellos sistemas en los que no existía o ejercía un derecho de veto por parte del Jefe de Estado. En cambio un Estado Constitucional de Derecho no admite que las decisiones del Parlamento sean absolutas, omnicompetentes y *eo ipso justas*, sino que la validez de las decisiones depende de la concordancia con la Constitución. Estado democrático de Derecho significa, así, un sistema donde la democracia se ejerce dentro de los límites fijados por la Constitución”.

Esta nueva forma de concebir al principio de separación de poderes (hoy separación orgánica de funciones) ha sido acogida en nuestro sistema judicial donde también impera el sistema neoconstitucional bajo la forma de Estado Constitucional de Derecho. Así tenemos que en nuestra Constitución están presentes estas cinco vertientes del poder público a nivel nacional. En el caso de la rama **legislativa** tenemos al Congreso (artículo 90°); en la rama **ejecutiva** tenemos al Presidente de la República, el Consejo de Ministros y los demás órganos denominados del Ejecutivo Nacional (arts. 110° y 119°); en la **judicial**, se encuentran la Corte Suprema y los demás tribunales de la República. En el caso de la rama **ciudadana**, está integrado por los clásicos órganos de control ciudadano, como la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo (arts. 82, 158°, 161°) y el Consejo Nacional de la Magistratura (arts. 143° al 150°); la rama **electoral** es ejercida a través del Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro de Identificación y Estado Civil (art.177°); y, por último, la de **control constitucional** ejercida por el Tribunal Constitucional (arts. 201 al 202°).



Así tenemos que nuestro sistema acoge al principio de separación de poderes, como principio rector que prohíbe que cualquiera de los órganos citados pueda **invadir la esfera reservada por el constituyente a los otros órganos constitucionales y por el contrario se reconoce que todas forman parte de un todo no existiendo jerarquización alguna entre ellas (incluyendo el Tribunal Constitucional)**. Por el contrario, si un órgano invade fueros ajenos se estaría lesionando y atentando contra la misma Constitución en su vertiente orgánica. Esta afirmación se sustenta en que nuestra norma suprema, la acoge en su seno, en el artículo 43 en donde prescribe:

*“La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo, descentralizado y se organiza según el principio de separación de poderes”.* (El negreado es nuestro).

Aclara al respecto el TC, en la STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC: “El principio de la división de poderes no se condice más con una tesis monovalente de las funciones correspondientes a cada uno de los poderes del Estado, según la cual a cada uno de ellos corresponde una función específica no susceptible de ser ejercida por los demás, bajo cargo de quebrantar el principio de independencia y autonomía de los poderes estatales que sirven de garantía contra la instauración del Estado absoluto”.

Agrega además, este órgano colegiado, la dimensión de su aplicación sobre todos los organismos constitucionales. Así tenemos que en la STC Exp. N° 0047-2004-AI/TC afirma: “(...) En nuestra época el equilibrio no es solo entre poderes del Estado, puesto que las Constituciones modernas han creado órganos constitucionales autónomos que antes no existían. Tal principio también debe regir las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y de estos últimos entre sí”.

Se quebraría pues todo orden constitucional, cuando un órgano constitucional invade las competencias asignadas por el poder constituyente a otro, creando desconcierto en los operadores del derecho. Es por ello que para ejercer control constitucional sobre normas o actos de poder, se debe tener en cuenta este principio de separación de poderes, cuya aplicación se trasluce en el método de interpretación constitucional denominado “*de corrección funcional*”. El mismo establece que toda interpretación se debe dar teniendo en cuenta las competencias que se han otorgado a cada órgano reconocido constitucionalmente, ya que nadie puede concentrar todo el poder existente en un Estado. Por el contrario, este poder ha sido distribuido y ejercido en función de las competencias asignadas a cada quien por el ordenamiento jurídico vigente, competencias que pueden ser exclusivas, compartidas con otros organismos, órganos o personas. Encierra esta idea lo pronunciado por el TC peruano en la STC Exp. N° 0030-2005-AI/TC:

“El principio de separación de poderes, recogido en el artículo 43 de la Constitución, *busca asegurar que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional*; es decir, sin interferir con las competencias de otros, pero, a su vez, atendiendo que todos ejercen una función complementaria a la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, como norma suprema del Estado (arts. 38, 45 y 51)”.

En efecto, bajo este contexto pasamos a estudiar la participación y competencias que ostenta el poder único que vigila y controla los demás poderes del Estado, dentro del orden constitucional peruano, como es el TC.

#### IV. EL LUGAR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO

El modelo que nuestros constituyentes adoptaron (vía modificación de la Constitución) y que el mismo TC encausó a partir de sus sentencias emitidas durante estos últimos años, es el modelo moderno del Estado Constitucional de Derecho. Este modelo gira con base en la vigencia efectiva de la Constitución como norma y como orden limitante del poder, sea público o privado. De ello podemos considerar relevante la premisa que la jurisdicción constitucional juega un rol no solo importante, sino necesario, para mantener dicho orden constitucional impuesto. Por tanto, no puede concebirse un Estado Constitucional sin una jurisdicción constitucional que ejerza control de constitucionalidad, lo contrario estaría firmando su muerte como sistema jurídico y político. Dicha jurisdicción y control se realiza a través de una magistratura especializada, centrada en el órgano denominado TC.

Es conveniente apuntar aquí que cuando hablamos de jurisdicción constitucional estamos haciendo referencia a aquella que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución, la que asegura la constitucionalidad de la actividad del poder<sup>(19)</sup>.

Es en esa línea de acción que se le atribuye al TC la condición de órgano máximo a cargo de la jurisdicción constitucional, y cuya función primordial es la de pretender cumplir y hacer efectiva la Constitución, tanto en su aspecto orgánico como dogmático; revelando su situación especial como órgano exclusivo e independiente de los demás poderes del Estado, ya que incluso está llamado a ejercer su función sobre ellos, y estos a su vez a acatar sus disposiciones. Lo anterior, enmarcado solo cuando se trate de un control constitucional y de un fallo acorde con la Constitución, estando imposibilitado de inmiscuirse sobre las funciones propias de los demás órganos, ya que rompería la distribución de las cuotas de poder querida y previstas por nuestra carta fundamental.

<sup>(19)</sup> Ver RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ OCAMPO, Javier, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Edit. Ciencias Jurídicas, Madrid, 2008, p. 156.

Jesús Mercader Ugina afirma: “*Las decisiones del TC en el ejercicio de sus competencias obligan a todos los poderes del Estado, fuerza vinculante que se proyecta con especial intensidad sobre los órganos jurisdiccionales, incluidos todos aquellos a los que la Constitución califica como propios del Poder Judicial*”. Ello involucra que dichos fallos deberán ser dados a través de un razonamiento jurídico válido constitucionalmente hablando, respetando el método de corrección funcional que asegura el principio de supremacía constitucional, vinculante a todos los órganos.

Las preguntas que nos hacemos son ¿qué papel tiene nuestro TC en la organización del Estado Peruano?, y ¿cuál es la relación que tiene con los demás organismos constitucionales? Preguntas a las que daremos respuestas en tanto el TC es considerado un órgano colegiado independiente y autónomo de los demás, que se encuentra reconocido y regulado de modo básico en los artículos 201° al 204° de nuestra Constitución, como en la Ley N° 28301 – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cumpliendo la misión de ejercer control de la constitucionalidad o como órgano de control de la Constitución. Ejerce dicha función incluso sobre actos de decisión de los demás órganos constitucionales. No obstante, como toda función, se encuentra enmarcada en el límite que determina que sus decisiones sean plenamente justificadas dentro del marco constitucional, respetando el principio de división orgánica de funciones.

De manera específica, tenemos que sus competencias son de naturaleza jurisdiccional, dividiéndose en competencias *exclusivas y excluyentes*; en cuanto a las primeras tenemos que actúan como instancia única encargada de resolver las demandas de inconstitucionalidad contra normas con rango de Ley y los conflictos competenciales; así como las competencias *compartidas con el Poder Judicial*, como es la que tiende a resolver, en última instancia, las demandas constitucionales dirigidas a proteger derechos fundamentales. Así entendidas las cosas, pasamos a reiterar lo dicho anteriormente, en el sentido de que su ejercicio y facultad se materializarán a través de los actos de decisión jurisdiccional (sentencias) a los que arribará en los distintos procesos bajo su competencia, los cuales deben cumplir con las exigencias mínimas de validez: motivadas y constitucionalmente aceptadas.

En suma, la función jurisdiccional del TC como expresión del poder estatal, se encuentra también limitada por las normas, principios y valores que brotan de la propia Constitución. Para ello, dicha decisión debe plasmarse a través de una debida argumentación jurídica, donde se aplican los métodos de interpretación que pretenden hacer efectiva la propia constitución. Así reflexiona el TC en el Exp. N° 014-2002-AI/TC, que a la letra dice:

“En caso que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones que les ha conferido la Constitución estarían desconociendo la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas. Consecuentemente, que el Poder Constituyente no pueda ser desconocido por los poderes constituidos, depende, en buena medida, de que la Constitución haya establecido sobre aquellos un sistema de limitaciones explícitas en su ejercicio y un adecuado sistema de control que asegure el cumplimiento de tales límites”.

Hasta lo aquí avanzado podemos inferir que el TC en sus decisiones jurisdiccionales no puede desbordar sus competencias pasando a ejercer un poder desmedido y arbitrario sobre los demás órganos constitucionales, invadiendo funciones que no le compete. Para evitar ello, y teniendo en cuenta que no existe otro órgano que pueda revisar las sentencias emitidas por el TC, es que debemos desarrollar medidas para impedir los peligros ínsitos de la justicia constitucional, para lo cual acogemos la propuesta del profesor Luis Castillo Córdova<sup>(20)</sup>, que con su sinceridad y agudeza intelectual ha desarrollado dos medidas tanto externas como internas, como él las denomina, y que deberían ser tomadas en cuenta:

“En cuanto a las externas indica que éstas se desarrollarán en una doble línea paralela. La primera dirigida a una constante fiscalización de la actuación de control de la constitucionalidad de los

<sup>(20)</sup> Ver CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El Tribunal Constitucional y su dinámico jurisprudencial*, Palestra Editores, Lima, 2008, pp. 55 y 56.

actos de poder (público o privado) especialmente desde la crítica académica y desde la opinión pública; y la segunda dirigida hacia el proceso de selección de los miembros del órgano de control de la constitucionalidad. Sobre estos últimos hay que afirmar una vez más que es necesario y absolutamente legítimo que en la elección de los mencionados magistrados intervenga el Parlamento o el Ejecutivo. Así lo exige la necesidad de legitimidad que deberá reconocerse en la procedencia de sus miembros –por ejemplo– del TC, cuyos actos jurisdiccionales –aunque sean indirectamente– deberán poderse imputar al titular del poder público que es el pueblo.

(...) Las medidas internas, (...) van en la línea de promover y hacer un ponderado autocontrol en la adopción de decisiones por parte del órgano de justicia constitucional (judicial self-restraint). En ese sentido, deberá conseguirse una situación en la que el propio magistrado se encuentre alejado o se mantenga inmune a las inevitables presiones políticas, sociales y económicas, que provengan de los grupos de poder. Esa lucha de inmunidad, sin embargo, no debe llevar al juez constitucional a alejarse de la Constitución, o actuar sin respeto de los márgenes de actuación del poder. Y se aleja cuando decide arbitrariamente los litigios y controversias que se le presentan, decisión que se coloca al margen de una justificación racional u constitucional suficiente. No deben olvidar los miembros del órgano de control de constitucionalidad –que el TC– que ‘únicamente por vía de argumentación y de sabiduría puede ganar en autoridad y que su existencia depende a largo plazo de su capacidad para consolidar y difundir el consenso constitucional’.”.

Estamos convencidos de que la jurisdicción constitucional implica un perfeccionamiento del Estado Constitucional de Derecho, pero con la misma firmeza creemos también que, mal entendida y utilizada por parte del órgano que está llamado a mantener el orden constitucional y el equilibrio entre los distintos órganos constitucionales, puede contribuir a debilitarlo; por ello, es necesario encarar y analizar el medio a través del cual debe restablecerse el orden ante conflictos de competencias y funciones: el proceso competencial.

## V. EL PROCESO COMPETENCIAL Y SUS CONFLICTOS DE COMPETENCIA Y ATRIBUCIONES

El tema que nos ocupa en este acápite, es justamente el del proceso constitucional que tiene una relación directa con el principio de separación orgánica de funciones (entiéndase también como separación de poderes), ya que permite restablecer el orden constitucional en aquellos casos en que se ha originado un conflicto de competencias entre los órganos constitucionales. El mismo según nuestra legislación tiene la nominación iuris de “proceso competencial”, pero en el derecho comparado toma también la denominación de “controversia constitucional” –como ocurre en México– y “Conflictos constitucionales” –en España–.

Es así que por motivos de limitación de espacios, trataremos de manera directa sobre los aspectos más importantes como los supuestos en que procede estos procesos competenciales, clases de controversias y la polémica sobre si estos proceden para cuestionar resoluciones judiciales que han adquirido cosa juzgada.

Un hecho agregado a lo expuesto es que en este proceso la actuación del TC peruano ha sido menos evidente por la poca producción existente, pero es donde se han originado los debates más polémicos. Se le ha imputado con más ahínco una interferencia de funciones con respecto al Poder Judicial. Ello demuestra que no solo es un tópico novedoso por su inclusión en nuestro sistema jurídico, sino uno de mayor complejidad temática y técnica de la jurisdicción constitucional.

Este proceso competencial se inicia con la finalidad de solucionar los conflictos suscitados entre organismos del Estado reconocidos constitucionalmente, situación que debilita el orden organizativo del Estado y quebranta la norma superior. En ese sentido, siguiendo el pensamiento de Fabiola Martínez Ramírez<sup>(21)</sup> y adaptándolo a nuestro sistema procesal sui

<sup>(21)</sup> Ver MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola, “Las Controversias Constitucionales como medio de control constitucional”, en AA.VV., *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudio en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Tomo VIII, Marcial Pons, México, 2008, p. 580.



generis imperante, afirmamos que dicho proceso constitucional cuenta con las siguientes características:

- a) Se insta para garantizar el principio de la división de poderes, pues mediante ella se plantea una invasión de las esferas competenciales establecidas en la Constitución.
- b) Constituye un verdadero proceso constitucional entre los poderes, entes u órganos que se detallan en el artículo 109 del Código Procesal Constitucional peruano.
- c) Entraña la realización de toda una secuencia de etapas procesales (demanda, contestación de demanda, vista de la causa y sentencia).
- d) A través de ella se pretende solo solucionar conflictos de competencias o atribuciones.

Sin duda, este proceso tiene entre sus objetivos el de preservar el sistema y la estructura de la Constitución Política (orden constitucional impuesto por el poder constituyente), haciendo respetar los límites que la propia constitución establece, teniendo una relación directa con el principio de separación orgánica de funciones y con el método de corrección funcional. Siendo este último el que debe primar con mayor criterio en los miembros del Tribunal Constitucional cuando resuelvan un caso específico en un proceso competencial.

En cuanto a la experiencia peruana, tenemos que el constituyente recién le otorgó vida propia al introducirlo en la Constitución de 1993, que en su artículo 202, inc. 3, se limita a establecer, de manera general, que es atribución del Tribunal Constitucional “conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a la ley”. Como se aprecia de manera sumaria la lectura del artículo en mención, es que se hizo necesario que los detalles y pormenores que debía reunir este nuevo proceso constitucional, sean desarrollados normativamente por el Poder Legislativo, el mismo que lo reguló a través del Código Procesal Constitucional peruano, en su artículo 109° de manera específica:

*“El Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opondan: 1) Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales; 2) A dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí; o 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí. Los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares. Tratándose de entidades de composición colegiada, la decisión requerirá contar con la aprobación del respectivo pleno”.*

El profesor Aníbal Quiroga León al comentar al respecto, indica que se trataba de un proceso de control de la constitucionalidad, legalidad y cumplimiento de las competencias constitucionales y legales<sup>(22)</sup>.

Por otro lado, para activar dicho proceso, debe darse previamente el denominado conflicto competencial, que se produce cuando dos órganos constitucionales se consideran competentes para ejercer una misma función (conflicto positivo) o cuando ambos órganos constitucionales se consideran incompetentes para tales efectos (conflicto negativo). Ello ha sido reconocido por el mismo TC en la STC N° 005-2005-PC/TC, donde establece que existe conflicto competencial cuando un órgano constitucional omite llevar a cabo una actuación, desconociendo las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional (*conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*).

Sin embargo, el TC, muy a su estilo y con base en su interpretación creó una nueva forma de dividir los conflictos. Ello se aprecia en la STC 0006-2006-PC/TC del 12 de febrero de 2007, donde lo clasifica teniendo en cuenta el menoscabo de *atribuciones constitucionales*, en tres subtipos:

<sup>(22)</sup> Cit. por HERRERA GARCÍA, Alfonso, “La Controversia Constitucional Mexicana y el proceso competencial peruano (Breves notas comparativas sobre sus reglas generales)”, en AA.VV., *Derecho Procesal Constitucional Peruano: Estudio en Homenaje a Domingo García Belaunde*, Tomo II, Grijley, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 1078.

a) *conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto*, b) *conflicto constitucional por menoscabo de interferencia*, y c) *conflicto constitucional por menoscabo de omisión*.

En el *conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto*, cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia, sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional. En el *conflicto constitucional por menoscabo de interferencia*, las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas a tal punto que uno de ellos no puede ejercer la suya si no tiene la cooperación o la actuación de la competencia que le pertenece al otro. En el *conflicto constitucional por menoscabo de omisión*, uno de los órganos omite ejercer su competencia produciéndose, como consecuencia de ello, una atrofia o imposibilidad de ejercicio de la competencia del otro órgano constitucional, solo que, en este caso, la omisión funcional no es condición indispensable para el ejercicio de la competencia o atribución del otro órgano constitucional.

Palomino Manchego<sup>(23)</sup>, por su parte, expresa una verdad respecto a la creación intelectual de la forma de concebir a la división de funciones por parte del TC, y es que afirma que “estos últimos tipos de conflictos constitucionales (en referencia al contenido en el Exp. N° 006-2006-PC/TC) han sido establecidos a través de la jurisprudencia por el TC a fin de sustentar su controvertida anulación de sentencias judiciales con calidad de *cosa juzgada* en el proceso seguido entre el Poder Judicial y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo – MINCETUR”; es decir, fue una creación ad hoc para el caso concreto y para justificar una sentencia inconstitucional, pero sin duda con un contenido netamente político, ya que dicha sentencia fue legitimada por la sociedad por los problemas sociales que causaba la presencia de los tragamonedas y casinos en esta sociedad.

(23) Ver PALOMINO MANCHEGO, José y CASTILLO VEINTINILLA, Harold, “El Proceso Competencial: ¿Un nuevo recurso procesal para anular sentencias o dejarlas sin efecto?”, en AA.VV., *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1/2, Lima, 2007, p. 205.

Recientemente el TC hace una aclaración a la división antes señalada, y como si fuera poco también fue dada para justificar nuevamente otra decisión controvertida en un proceso competencial, esta vez planteado por el Ejecutivo (Ministerio de Transporte y Comunicaciones) contra el Poder Judicial, referido a las importaciones de vehículos y partes usados. Nos referimos a la STC N° 001-2010-PC/TC (la que pasamos analizar en breve), en donde indica en sus considerandos 3 y 4, los que pasamos a transcribir:

“3. Asimismo, este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia el denominado *conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales*, el cual ha clasificado en: a) conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto, que se produce cuando, sin existir un conflicto en relación con la titularidad de una competencia o atribución, un órgano constitucional ejerce su competencia de un modo tal que afecta el adecuado ejercicio de las competencias reservadas a otro órgano constitucional; b) conflicto constitucional por menoscabo de interferencia, que se produce cuando los órganos constitucionales tienen entrelazadas sus competencias en un nivel tal que uno o ninguno de ellos puede ejercer debidamente sus competencias sin la cooperación del otro; y, c) conflicto constitucional por menoscabo de omisión, producido cuando un órgano constitucional, al omitir el ejercicio de una competencia, afecta la posibilidad de que otro ejerza debidamente las suyas [Cfr. STC 0006-2006-CC, fundamentos 19 a 23].

4. Ahora bien, vistas con detenimiento las cosas, cabe precisar que los denominados *conflictos por omisión de cumplimiento de acto obligatorio* y *conflicto constitucional por menoscabo de omisión* representan dos supuestos de conflicto sustancialmente idénticos, por lo que no existe mérito constitucional para diferenciarlos. Así, por ejemplo, cuando la Superintendencia de Banca y Seguros desconoció su deber de solicitar previamente opinión al Banco Central de Reserva para la autorización o denegación de la transformación de una sucursal de empresa financiera extranjera en una empresa constituida en territorio peruano, omitió un acto de cumplimiento obligatorio —es decir, omitió ejercer una competencia reglada— afectando la posibilidad de que otro órgano

constitucional –a saber, el Banco Central de Reserva– ejerciera debidamente sus competencias [Cfr. STC 0005-2005-CC].

En estricto pues, no siendo el *conflicto por omisión de cumplimiento de acto obligatorio* nada distinto al *conflicto constitucional por menoscabo de omisión*, y tomando en cuenta que todo conflicto por menoscabo de atribuciones constitucionales implica la adopción de una conducta (acto u omisión) por parte de un órgano constitucional que ‘afecta’ el ejercicio adecuado de las competencias de otro, puede sostenerse que este último tipo de conflicto (el conflicto por menoscabo de atribuciones constitucionales) –así como los conflictos positivos y negativos– también se encuentra previsto en el artículo 110º del CPCo., en tanto que, como quedó expuesto, el precepto reza que el conflicto competencial se produce ‘cuando alguno de los poderes o entidades estatales [legitimados para participar en el proceso] adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones, *afectando* competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro’ (subrayado agregado)”.

En estricto, estos cambios e invenciones por parte del Tribunal Constitucional han originado las llamadas “guerras entre cortes”, por el enfrentamiento existente entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, por invasión de sus fueros. Lo cierto es que esta última sentencia emitida en el proceso competencial tiene la calidad de cosa juzgada constitucional, pudiendo solo ejercer un control a posteriori y externo, pero que no podrá revocarlo. Nos referimos al comentario o crítica que se le puede hacer desde el punto de vista académico, que es lo que desarrollaremos a continuación.

## VI. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N° 001- 2010- PC/TC: LA SEGUNDA GUERRA ENTRE CORTES

El TC peruano ha pecado en ciertos casos –aislados del resto– de un hiperactivismo sobredimensionado, por actos propios de una dictadura jurisdiccional, aplacando la independencia y autonomía de los demás organismos del Estado; siendo los más graves, los incurridos en dos procesos de menor incidencia en nuestro sistema como es el proceso competencial.

Nos referimos a la STC N° 006-2006-PC/TC (casinos de juego y máquinas tragamonedas), iniciado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el Poder Judicial, donde declaró fundada la demanda competencial y ordenó que se dejaran sin efecto una serie de resoluciones judiciales que incluso, ya tenían la condición de cosa juzgada, creando así, una inestabilidad en el sistema imperante, rompiendo los cimientos de seguridad jurídica, para lo cual utilizaron una institución procesal inexistente hasta ese entonces como era la cosa juzgada constitucional, la que constituía en el caso concreto una extralimitación.

Como ya se señaló en la parte introductoria del presente escrito, es que se originó la reacción por parte del Poder Judicial, que se vio ofrendada en su autonomía e independencia institucional, exigiendo el respeto de sus fueros, es así que pasó dicha desavenencia al campo público, ya que desde el punto de vista jurídico existía una imposibilidad material, ya que no se puede cuestionar una resolución última y única –en este tipo de procesos competenciales– del TC. Así se inició la primera guerra de las cortes.

La discusión en ese entonces se centró en que si a través de la vía proceso competencial se podía cuestionar y dejar sin efectos resoluciones judiciales, tema cuestionable, teniendo en cuenta que no existía precedente alguno en nuestro sistema, ni mucho menos en la jurisprudencia comparada. A dicha sentencia, como era lógico, le siguió otra demanda presentada por parte del Poder Ejecutivo, a través de otro organismo como era el Ministerio de Transporte y Comunicaciones por la cual, cuestionaba las sentencias expedidas por el Poder Judicial que permitían la importación de autos usados, que contravenían la normatividad especial del sector y desconocían los precedentes vinculantes emitidos por el TC; al respecto, alegando así, un conflicto competencial por parte del Poder Judicial en los fueros del Ministerio de Transporte. Es decir, había utilizado los mismos argumentos que el caso anterior, pero cuando todo hacía presagiar que el TC iba a corregir algunos errores –teniendo en cuenta que se había revitalizado la conformación del Tribunal con nuevos miembros– y tal como se había rectificado en otros casos. Sin embargo, se resolvió a través de la STC Exp. N° 001-2010-PC/TC, amparando la demanda interpuesta, y si bien, no hizo mención en ella sobre la tan comentada institución de la cosa juzgada constitucional, en el fondo

y de manera tácita, volvió a aplicarla al dejar sin efectos las sentencias judiciales, claro, bajo otros argumentos. Lo cierto es que esta segunda sentencia, agudizó las fracturadas relaciones entre el TC y el Poder Judicial, originándose la llamada segunda guerra entre cortes, confrontación o conflicto que solo se da en el ámbito político con la protesta del Poder Judicial y en el ámbito académico con la reacción crítica de algunos académicos, mas no en lo jurisdiccional, ya que la sentencia emitida por el TC es inapelable e irrevisable, al menos en sede jurisdiccional nacional, ya que ella se expide en única instancia, adquiriendo la calidad de cosa juzgada constitucional.

El tema central en que discurre esta sentencia, como la anterior, y que ha desatado la guerra entre cortes, es el de determinar si procede a través de un proceso especial, como es el competencial, el cuestionar resoluciones judiciales que han adquirido la calidad de cosa juzgada, punto que permitirá delimitar claramente si las competencias del TC en estas sentencias y en especial la que nos convoca (STC N° 0001-2010-PC/TC), ha sido producto o no de un “hiperactivismo”<sup>(24)</sup> exacerbado e inconstitucional por haber invadido el fuero judicial impuesto por el órgano constituyente.

Pero antes de centrarnos en el tema de fondo, y solo como un dato histórico que tal vez nos ayude a comprender el porqué de estos procesos competenciales, indicamos que la idea de estos tipos de procesos competenciales nace a raíz del informe legal denominado “Absolución de Consulta formulada por el Mincetur en referencia a la solución del problema de fiscalización de casinos y establecimientos de máquinas tragamonedas”, elaborada por el doctor Marcial Rubio Correa, la que dio origen al Informe N° 11-2006-MINCETUR/VMT/DNT-DJCMT de fecha 17.02.2006, emitido por el director de Juegos de

<sup>(24)</sup> Esta palabra –“hiperactivismo”– debe entenderse para el tema en análisis, como aquella generada por el juez constitucional que en su plan de posesionarse o legitimizar su accionar como órgano de control constitucional, genera con sus resoluciones aquella inestabilidad jurídica, política o social que justamente debería buscar evitar, en la medida en que sobrepasa los límites de las competencias que le fue asignado por el poder constituyente. Ver ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, “El Juez Constitucional. Los riesgos de su vocación expansiva y algunos posibles límites a su accionar”, en AA.VV., *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional: Estudio en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años de investigador del derecho (colaboraciones peruanas)*, Idemsa, Lima, 2009, p. 288.

Casinos y Máquinas Tragamonedas, Alejandro Raffo Ibarra. Lo cierto es que en dicho informe legal se puso de manifiesto la búsqueda de alguna solución al problema de las sentencias judiciales que habían permitido el funcionamiento irregular de las empresas dedicadas al rubro de juegos de casino y máquinas de tragamonedas. En dicho informe legal, se indicó lo siguiente:

“Es indudable que los jueces y tribunales que han resuelto las acciones de amparo y cumplimiento precisadas, han actuado contra las normas constitucionales y legislativas pertenecientes al bloque de constitucionalidad que son aplicables. Por consiguiente, un posible camino a seguir es cuestionar personalmente la actuación de tales magistrados judiciales. Sin embargo, con fines prácticos para el Mincetur, será escaso porque podrá eventualmente conducir a una sanción a los jueces pero no permitirá que el Ministerio pueda efectivamente fiscalizar desde ahora los casinos (...) en realidad nuestra opinión es que hay que llegar al TC de manera que este se pronuncie en defensa de la constitucionalidad y de la aplicación vinculante de sus sentencias. Podría llegarse a él a través de *un amparo o una acción de cumplimiento* pero esto es difícil que suceda porque, como sabemos, si en ellas se da la razón en segunda instancia a quien reclama, la sentencia de segunda instancia queda firme. El camino que puede conducir a una resolución del Tribunal Constitucional, es el de conflicto de competencias establecidos en el artículo 202 inc. 3 de la Constitución, esto es el proceso competencial”<sup>(25)</sup>.

Agrega dicho informe legal, que la invasión de competencias por parte del Poder Judicial en el Ejecutivo, no hace más que transgredir el principio de separación de poderes:

“Por lo tanto, en ese caso se produce un conflicto de competencias entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial porque pertenece a la esencia del principio de separación de poderes, el que los órganos del Estado se limiten recíprocamente y, cuando el Poder Judicial

<sup>(25)</sup> Este informe fue extraído de CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, cit., pp. 129 y 130.



ejerce sus atribuciones de control de constitucionalidad indebidamente, entorpece la competencia del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir la ley, lo que atenta contra el mantenimiento del orden interno y del orden público”<sup>(26)</sup>.

Queda claro que la intención del proceso competencial sobre resoluciones judiciales, era desde sus inicios, el de dejar sin efecto las sentencias firmes, finalidad que también se aprecia en el Exp. N° 001-2010-PC/TC, materia de comentario.

Ante la pregunta ya planteada si procede el proceso competencial para dejar sin efectos sentencias con cosas juzgadas emitidas por el Poder Judicial, la respuesta es “no”, afirmación que realizamos por las siguientes razones:

- a) En primer lugar, la función de administrar justicia es una facultad exclusiva del Poder Judicial y excepcionalmente compartida. Esta última se da en los casos de amparo, habeas data, habeas corpus, proceso de cumplimiento en que comparte jurisdicción con el Tribunal Constitucional que actúa como tercera instancia. En ese sentido, los actos de administrar justicia se plasman y materializan a través de resoluciones y sentencias judiciales, y tienen competencia para ejercer control legal y constitucional (en el caso de las compartidas) sobre actos provenientes de todo poder del Estado (como el del Ejecutivo) o privado, e incluso, sobre normas jurídicas vía control difuso. Por tanto, toda sentencia justa o injusta, es un acto jurisdiccional, propio de este Poder del Estado. El sustento de las atribuciones de este se encuentra claramente delimitado en el artículo 138° de la Constitución y en el artículo 1° del D.S. N° 017-93-JUS TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como también en los distintos ordenamientos procesales existentes.

En consecuencia, vía proceso de tutela como es el amparo, puede ejercerse control sobre los actos o normas (amparo sobre normas autoaplicativas), referidas a la importación de automóviles y autopartes.

<sup>(26)</sup> Cit.

Claro está que este actuar judicial debe darse dentro del marco constitucional, por lo que en caso pueda existir una sentencia —como las que se dieron— que trasgreda directamente la Constitución, pero que han adquirido la calidad de cosa juzgada en el Poder Judicial, se permite que estas puedan ser revisadas de manera excepcional mediante el amparo contra amparo (ya que con el caso de Apolonia Collca – STC Exp. N° 3179-2004-PA/TC se permite la tesis amplia), siendo así, puede ser materia de pronunciamiento en última instancia por parte del TC en el marco de la competencia compartida que ostenta en procesos de tutela de libertad con el Poder Judicial.

- b) En ese marco de distribución de competencias, tenemos que el TC es el órgano llamado a ejercer control sobre los actos privados y públicos de cualquier organismo del Estado (arts. 20° y 201° de la Constitución, art. 1° de la Ley 28301 – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y art. 5° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional), siempre y cuando este control solo se ciña a conflictos de naturaleza constitucional. Por tanto, está imposibilitado este órgano, de sustituir y/o pronunciarse sobre temas exclusivos de la justicia ordinaria. Es en esta lógica elemental, impuesta por el Estado Constitucional de Derecho, en la que se le permite ejercer control sobre decisiones jurisdiccionales (autos y sentencias) por ser el Poder Judicial parte del Estado, siempre y cuando estas vulneren directamente la Constitución. Para ello ha previsto el ordenamiento procesal *solo una vía, la de “amparo contra resoluciones judiciales”*, no existiendo otro medio a través del cual el Tribunal pueda cuestionar y revocar las mismas, lo que implica que el medio constitucionalmente permitido es el proceso de amparo y no el competencial.

Sustenta más aún esta afirmación, el hecho de que en nuestro sistema de justicia constitucional se ha delimitado claramente el carácter residual del amparo. Por tanto de existir otra vía igualmente satisfactoria que resuelva la misma pretensión, la demanda de amparo debe ser declarada improcedente. Ello implica que si se acepta que la premisa del amparo contra resolución judicial es la vía idónea,



esta vendría a ser el único medio permitido para corregir errores. Por ende, está proscrita la revisión de resoluciones judiciales por otra vía, así también por otra modalidad de proceso constitucional como es el competencial, ya que de aceptar la tesis contraria –de que una resolución judicial puede cuestionarse en dos vías distintas (amparo y competencial)– estaríamos incurriendo en una incongruencia total del sistema imperante y de las funciones otorgadas al TC por parte del constituyente, porque desconoceríamos el carácter residual del amparo volviendo al sistema retrogrado de vía paralela.

- c) Por otro lado, tenemos que si bien es cierto se ejerce también control sobre actos en el proceso competencial, estos están referidos no a todos, sino a aquellos actos que por su naturaleza (indistintamente del órgano que los genere), estén enmarcados dentro de lo establecido en el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, que señala:

“El conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales a que se refiere el artículo anterior adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otros”.

Es en este marco legal y de una interpretación sistémica del ordenamiento legal, que concluimos que los actos que pueden ser impugnados en la vía competencial, son solo los actos administrativos relacionados con competencias y atribuciones de los órganos y no los actos jurisdiccionales (sentencias). Ello en la medida en que los actos legislativos tienen su propia vía de impugnación cuando contravienen la Constitución y las leyes, como los procesos de inconstitucionalidad y acción popular; y por otro, y tal como se ha desarrollado, la vía para impugnar los actos jurisdiccionales es el mismo proceso donde se genera a través de los recursos impugnatorios y excepcionalmente el amparo contra resolución judicial o nulidad de cosa juzgada fraudulenta de ser el caso.

Al respecto el Dr. Juan Monroy Gálvez, haciendo alusión al tema, señala:

“La norma que regula (en referencia al artículo 113 del Código Procesal Constitucional) los efectos de la sentencia en un proceso competencial prescribe que la afectación a las competencias o atribuciones materia de la demanda se produce por medio de un ‘acto administrativo’. A continuación, la misma norma describe las distintas formas con las que suele externalizarse el acto administrativo afectante (resoluciones, disposiciones o actos). En síntesis, en sede nacional, el instrumento agresor de la competencia de un órgano que da origen a un proceso competencial, es siempre un acto administrativo y sus formatos pueden ser resoluciones, disposiciones o actos.

Lo descrito significa que la norma analizada está dejando fuera del ámbito de protección del proceso competencial al acto jurisdiccional. Y no se trata de una interpretación aislada o un descuido del legislador. (...). Siendo así sus decisiones –referidas al ámbito jurisdiccional– no pueden ser discutidas en términos de un ámbito competencial distinto”<sup>(27)</sup>.

Seguidamente tenemos que en el caso concreto, específicamente en el Exp. N° 001-2010-PC/TC, el Tribunal reconoce expresamente que no puede ser materia de un proceso competencial la impugnación de resoluciones judiciales en su aspecto sustancial ni formal, tal como es de verse de la lectura del considerando 16 en donde en su parte final, se alegan argumentos contenidos en el precedente específico –STC N° 006-2006-PC/TC–. Sin embargo, la cura fue peor que la enfermedad, ya que volvió a intentar esbozar otro argumento incongruente, indicando que existe una situación excepcional: el que las sentencias desconozcan precedentes vinculantes. Así señala:

<sup>(27)</sup> Ver MONROY GÁLVEZ, Juan, “Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional”, en AA.VV., *Guerra de las Cortes. A propósito del Proceso Competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*, pp. 17 y 18.

“17.- Cabe precisar que lo expuesto *no implica* que en el marco de un proceso competencial sea inviable la posibilidad de controlar la validez constitucional de una resolución judicial expedida por el Poder Judicial por menoscabar las competencias de otro órgano constitucional. No obstante, para que ello sea posible, *dicha resolución debe de adolecer de un vicio competencial, es decir, debe haber afectado la competencia de otro órgano constitucional y no haberse limitado a controlar la validez sustantiva o procedimental del acto a través del cual se ha manifestado*. Así, por ejemplo, si a través de una resolución judicial se desconociese la atribución del Poder Ejecutivo para reglamentar las leyes (artículo 118º.8 de la Constitución), se estaría menoscabando dicha atribución, sin perjuicio de que quepa controlar jurisdiccionalmente la validez sustantiva y procedimental del acto de reglamentación, pues ésta es, justamente, una competencia constitucional del Poder Judicial”.

Es a partir de ello que el TC afirma que es viable el proceso competencial, aceptando la pretensión del Ministerio de Transporte y Comunicaciones *en el caso concreto, claro que los efectos de su sentencia se limitan a la nulidad de los actos jurisdiccionales que habían sido emitidos con posterioridad al presente vinculante N° 05961-2009-PA/TC; sin embargo este es fundamento incongruente a la luz de la Constitución, ya que como el mismo lo ha señalado ya existe otra vía ideal el amparo contra amparo*.

De lo anterior se concluye que en el caso concreto que nos convoca, la STC N° 001-2010-PC/TC, se ha visto una vez más, que el TC ha transgredido el principio de separación orgánica de funciones (separación de poderes), la que sustenta la parte orgánica de la Constitución a la cual se debe; invadiendo un fuero que no le compete y olvidándose completamente de la aplicación del método de corrección funcional que debió regir su decisión al momento de resolver el caso concreto entre el Ministerio de Transporte y Comunicación contra el Poder Judicial. Se ha resquebrajado así el orden constitucional que nos rige, y peor aún se muestra una incongruencia total en sus decisiones, ya que con esta sentencia acepta la existencia de dos vías para cuestionar resoluciones: el amparo y el competencial.

Cierto es que el TC peruano es el llamado a ejercer control sobre los demás organismos del Estado, pero solo un control de naturaleza constitucional. Empero con sentencias como la analizada, se evidencia un hiperactivismo por parte de esta, desconociendo la propia Constitución a la cual se debe. Solo para finalizar este punto, evocamos lo señalado por el Dra, Eugenia Ariano Deho, al comentar la citada sentencia competencial:

“Esta sentencia termina siendo igual que la STC N° 0006-2006-PCC/TC del caso ‘casinos y tragamonedas’ (*rectus, peor*) pues declara la nulidad (a la sazón ‘de pleno derecho’) de todas aquellas resoluciones judiciales que ‘desacaten el precedente’ de la STC Exp. N° 05961-PA/TC. Además, ha dispuesto que los jueces autores del ‘desacato’, ‘deben’ no solo ‘ser procesados y sancionados’ por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura sino ser denunciados penalmente por el Ministerio Público por el delito de prevaricato. La sentencia constituye una buena muestra del ejercicio descontrolado (y diría, ‘absolutista’) del poder que —desde hace un buen tiempo y sea cual fuere su composición— practica nuestro Tribunal Constitucional a través de esa herramienta que, con toda inocencia (y, habría que agregar, irresponsabilidad), puso en sus manos el legislador bajo el nombre de ‘precedente vinculante’, un ejercicio al que debería ponerse freno de la única forma posible: reformando la Constitución. A los que no tenemos ningún poder no nos queda sino manifestar nuestra republicada disidencia”<sup>(28)</sup>.

## REFLEXIÓN

Finalmente y pensando en voz alta, estamos seguros de que en un futuro inmediato se agudizarán estas fricciones y excesos, debido a que quedan pendientes de resolver en la justicia constitucional peruana otros procesos competenciales en la misma línea que el comentado, como son la demanda

<sup>(28)</sup> Ver voces autorizadas en revista *Gaceta Constitucional*, Tomo 32, Gaceta Jurídica, agosto 2010, p. 13.

competencial contra el Poder Judicial por parte del Ministerio de Interior, en el caso de los ascensos de sus oficiales vía una resolución judicial o la del Ministerio de Producción respecto a las empresas pesqueras y harineras que funcionaban debido a sentencias judiciales. Esto lleva consigo que este conflicto de guerras entre cortes se agudice más, siendo necesario que los miembros del Tribunal constitucional reflexionen sobre sus decisiones y reencausen su posición sobre el tema, en aras de restablecer una verdadera jurisdicción constitucional, que permita el desarrollo y eficacia de la Constitución en su parte orgánica.

## LA DESNATURALIZACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR COMPETENCIAL: ¿VÍA IDÓNEA PARA NO EJECUTAR RESOLUCIONES JUDICIALES?

### I. IDEAS PRELIMINARES

Al término del periodo correspondiente al presente año, surge como es natural, la necesidad de realizar algunas reflexiones, al menos desde el ámbito académico, en referencia a los avances o retrocesos de nuestro sistema de justicia constitucional y en específico, sobre los pronunciamientos jurisdiccionales emitidos por nuestro Tribunal Constitucional, entre los cuales están los catalogados como relevantes o de mayor impacto, ya sea por la envergadura del conflicto constitucional que ha sido abordado o por las decisiones y efectos que ha generado la solución de los mismos. Unas decisiones han sido calificadas como “acertadas” y otras como “excesivas” por el supuesto hiperactivismo que implicaban al trastocar los cimientos del Estado Constitucional de Derecho, en la medida en que según afirman algunos críticos, han invadido funciones de otros órganos constitucionales, desatando ciertas desavenencias y –por qué no decirlo– ciertos enfrentamientos entre órganos del Estado involucrados. Nosotros, por cuestiones de tiempo y espacio, abordaremos solo una de aquellas decisiones, la que incitó una gran polémica hasta la fecha e incluso originó la llamada huelga blanca de los jueces. Nos referimos a la resolución recaída en el *Exp. N° 00002-2013-CC/TC*, por la cual se concedió por vez primera una medida

cautelar en un proceso orgánico competencial<sup>(1)</sup> a favor de la suspensión de las resoluciones judiciales que a su vez ordenaban la homologación de las remuneraciones de los jueces. Mas no se tuvo en cuenta que el acto objeto del conflicto no es el tema referido a la homologación, sino el de establecer cuál es la entidad estatal que debe decidir de dónde provienen los recursos para cumplir con tal decisión judicial. Dicha medida cautelar causó asombro en el ámbito del Poder Judicial, ya que no solo privaba de la ejecución de una sentencia constitucional con calidad de cosa juzgada, sino porque convertía al proceso competencial en una vía paralela al amparo, para cuestionar resoluciones judiciales y evitar su cumplimiento.

El origen de esta historia se remonta a más de 20 años atrás, cuando el gobierno expidió el Dec. Leg. N° 767 – Ley Orgánica del Poder Judicial, publicada en el diario oficial *El Peruano* de fecha 4 de diciembre de 1991, norma que reconocía como un derecho de los jueces, el de percibir una remuneración acorde con su función, dignidad y jerarquía, estableciendo como escalas las siguientes: las remuneraciones de los magistrados Vocales (hoy Jueces Superiores), Jueces Especializados y Jueces Mixtos, como Jueces de Paz Letrado se darán en razón al 90%, 80% y 70% de las remuneraciones totales de los Vocales Supremos –entiéndase Vocales Supremos– (artículo 86°, inc. 5, numeral b), ratificado con el Decreto Supremo N° 017-93-JUS que regulaba el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Es a partir de la vigencia de dicha norma hasta la actualidad que el Poder Ejecutivo no ha podido implementarla. Los argumentos de dicha omisión son un tema estrictamente presupuestario, trasladando al ostracismo a los magistrados del Poder Judicial.

Ante dicho olvido es que la Asociación Nacional de Magistrados del Perú (ANM) interpuso una demanda de proceso de cumplimiento contra el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (CEPJ) ante el Quinto Juzgado Especializado

(1) A nivel jurisprudencial se han dado solicitudes de medidas cautelares en procesos competenciales, los mismos que han sido desestimados, como son las STC Exp. N° 0004-2004-CC/TC y N° 003-2007-CC/TC.

en lo Constitucional de Lima (Expediente N° 06582-2009)<sup>(2)</sup>, solicitando que se cumpla con homologar las remuneraciones de los jueces conforme lo establece el artículo 86°, inc. 5, numeral b, de la LOPJ. El proceso culminó con sentencia estimatoria tanto en primera como en segunda instancias que la confirmaron<sup>(3)</sup>, disponiendo que el Poder Judicial cumpla con nivelar dicha remuneración. En cumplimiento de la sentencia, se emitió la Resolución Administrativa N° 235-2012-CE-PJ de fecha 27.11.2012 a fin de ejecutar el mandato judicial, reconociendo dicho derecho y disponiendo que se requiera al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) para que proceda a asignar y transferir los recursos adicionales del Tesoro Público para el cumplimiento efectivo de las escalas remunerativas fijadas legalmente. Seguidamente se emite la Resolución N° 91 con fecha 14.03.2013, ampliando los efectos de la sentencia y disponiendo que se incorpore al MEF al citado proceso y le requiere cumpla con entregar los fondos dinerarios al Poder Judicial del fondo de reserva de contingencia a efectos de nivelar inmediatamente las remuneraciones de los jueces; luego se emite la Resolución N° 95 con fecha 22.04.2013, mediante la cual ordenan al Director General de Ministerio de Economía y Finanzas cumpla en el plazo de cinco días con entregar los fondos dinerarios, en caso contrario, se aplicarían las medidas coercitivas de multa compulsiva, progresiva, apertura de procesos disciplinarios y/o destitución.

Inmediatamente el Poder Ejecutivo a través de la Procuraduría del MEF mostró una actitud de incumplimiento y obstrucción a la ejecución de la sentencia constitucional dictada en el Exp. N° 06582-2009, al interponer dos procesos de amparo contra la ANM y el 5° Juzgado Especializado en lo Constitucional, pretendiendo la nulidad de las resoluciones 91° y 93° dictadas en el referido proceso de cumplimiento, en tanto el uso del fondo de reserva de contingencia para nivelar las remuneraciones de los magistrados implicaba una transgresión a las competencias del MEF. Estas acciones constituciona-

(2) La demanda fue presentada con fecha 23.02.2009.

(3) La sentencia de primera instancia fue emitida con fecha 18.11.2010, y la sentencia de vista fue emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 10.08.2011, las mismas que pueden ser visualizadas en la siguiente dirección.

les fueron presentadas ante los Juzgados Constitucionales de Lima<sup>(4)</sup>, los cuales fueron rechazados liminarmente, quedando pendiente resolver los recursos de apelación interpuestos contra estos<sup>(5)</sup>. Paralelamente a ello, el Ejecutivo interpone el 14 de mayo de 2013, una demanda de conflicto competencial ante el Tribunal Constitucional contra el Poder Judicial: “(...) *por atribución incorrecta de competencias del Ministerio de Economía y Finanzas con relación a los actos realizados por el Poder Judicial en el marco del proceso seguido por la Asociación de Magistrados del Perú contra el Poder Judicial (Expediente N.º 06582-2009-0-1801-JR-CI-08)*”, la cual fue admitida con fecha 21 del mes citado; pero el mismo día de presentación de la demanda también solicitaron una medida cautelar, para suspender los efectos de la Resolución Administrativa N.º 235-2012-CE-PJ, y dentro del proceso de ejecución del Expediente N.º 6582-2009 la sentencia ampliatoria, contenida en las Resoluciones N.º 91 y N.º 95 recaídas en ella. Para esto el Ejecutivo argumentó que con el uso de los fondos de reserva de contingencia para nivelar las remuneraciones de los magistrados por mandato judicial, se estarían transgrediendo las competencias del MEF. En cuanto a la citada solicitud cautelar, esta fue concedida por el TC mediante resolución de fecha 21 de mayo del año en curso, donde ordenó la suspensión de la resolución administrativa referida y el fallo ampliatorio del Quinto Juzgado Constitucional de Lima, argumentando su decisión que existía cierta certeza de que el uso del fondo de contingencia estaba destinado a desastres naturales y otras situaciones imprevisibles y que aquello constituía una competencia del MEF. Además que la disposición por parte del órgano jurisdiccional podría afectar el “interés público”. Lo interesante de dicha emisión cautelar es que fue la primera medida cautelar dictada en este tipo de procesos orgánicos; el desacierto fue justamente que a través de ella se suspendió la ejecución de una sentencia recaída

(4) Los procesos judiciales fueron los signados con el Número de Expedientes 13969-2013 y 14548-2013, ambos fueron presentados en mayo de 2013.

(5) Mayor información sobre los antecedentes del tema se encuentra en ABANTO TORRES, Jaime David, “Tribunal Constitucional vs. Tribunal Constitucional: A propósito de la resolución cautelar del Exp. N.º 0002-2013-PC/TC”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 67, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2013, p. 19.

en un proceso de la libertad como era el de cumplimiento, dictada por el Quinto Juzgado Constitucional.

Un dato adicional es que fue el mismo Tribunal Constitucional el que corrigió la decisión arribada en dicha medida cautelar, con la sentencia emitida en el proceso principal competencial suscrito con fecha 27 de noviembre de 2013<sup>(6)</sup>, donde declaró improcedente la demanda en el extremo de la solicitud de nulidad de la Resolución Administrativa N.º 235-2012-CE-PJ, y las Resoluciones 91 y 95, recaídas en la ejecución del proceso de cumplimiento, disponiendo la extinción de la citada medida cautelar concedida por el mismo Tribunal Constitucional, y que es materia de crítica en estas líneas. Empero ello no limita realizar una reflexión sobre su concesión, para lo cual desarrollaremos algunos puntos importantes para su comprensión.

## II. EL DERECHO DE LOS JUECES A UNA REMUNERACIÓN JUSTA EN FUNCIÓN AL ROL QUE CUMPLEN

Es necesario recordar que un tema que suscita hoy en día una polémica, en cuanto ha originado incluso una guerra entre Poderes del Estado, es el de las remuneraciones de los jueces: los Poderes Ejecutivo y Legislativo pretenden a través de actos inconstitucionales incumplir con mandatos jurisdiccionales expedidos en procesos constitucionales, resueltos por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional; situación que hace inevitable abordar este tema.

Así tenemos que todos los países catalogados como democráticos, como el nuestro, se caracterizan por reconocer la vigencia de normas jurídicas con rango constitucional y, a su vez, estas normas tienen un sustento en el respeto de la dignidad del ser humano y los derechos fundamentales de las personas, así como de principios que sustentan la organización político-jurídica de una sociedad en general. Preceptos que tienen una fuerza vinculante para toda persona en el ejercicio del poder público o privado que ejerza sobre

(6) La sentencia fue recién pública en la página web del Tribunal Constitucional con fecha 12.12.2013, en medio de la huelga blanca iniciada por los magistrados del Poder Judicial y las presiones del Ejecutivo.



las demás. Es ahí donde el Poder Judicial juega un rol importante, el cual se materializa a través de los jueces, quienes son defensores del sistema democrático y de los derechos fundamentales de las personas, al componer conflictos humanos, cumpliendo una función importante como la de ser guardianes del orden constitucional preestablecido, ejerciendo incluso control sobre los demás poderes del Estado y de la sociedad misma en sus relaciones inter privados. Es por ello que se exige al juez que actúe con independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional que desarrolla, constituyendo este un atributo inherente a la función jurisdiccional, como también una garantía de seguridad jurídica, en el sentido que se asegura que las decisiones jurisdiccionales se resuelvan sin interés o razón ajena a la actuación procesal. El Tribunal Constitucional señaló al respecto en la STC N° 0023-2003-AI/TC que “la independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional”.

La independencia judicial tiene una relación directa con la existencia de garantías mínimas que debe brindar el Estado y que incidan positivamente en el desempeño de la función asignada, como son el reconocimiento de derechos vinculados a su ejercicio, que le otorguen el tratamiento y la consideración social de acuerdo a su jerarquía y la función pública que desarrolla, es decir, el derecho a la consideración debida a su dignidad, a la inamovilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, a ser promovidos, a una remuneración acorde con la función que cumplen; pero también tiene como correlato el deber de ejercer su función jurisdiccional con exclusividad, en tanto el ejercicio de la función que se les confía a los jueces es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada —con la única excepción de la docencia universitaria<sup>(7)</sup>—, ya que su función impone un sentido de prudencia, austeridad, medida y una conciencia de la responsabilidad que implica ser magistrado; requisitos que están por encima de lo que se requiere para el ejercicio de otras funciones (congresistas, militares,

<sup>(7)</sup> Ver STC 0004-2006-AI/TC

entre otros), existiendo una exigencia mayor para su ingreso, ya que su perfil no solo es el de un gran profesional en derecho, sino también que cuente con una conducta ética y proba, pues con sus decisiones jurisdiccionales debe equilibrar los poderes del Estado y las pretensiones de los particulares, dentro del marco de las normas con rango constitucional<sup>(8)</sup>.

De todo lo dicho hasta ahora podemos concluir que la exigencia de exclusividad en la labor jurisdiccional del juez es un imperativo para fortalecer justamente el principio de independencia<sup>(9)</sup> del Poder Judicial, la que a su vez resulta indispensable para la supervivencia de la forma de Estado Democrático y Constitucional de Derecho. Dicha exclusividad trae como correlato un derecho elemental y fundamental para el juez, el de percibir una remuneración justa y acorde con la labor tan importante que juega en el sistema político-jurídico de los países democráticos, ya que a través de ello se avala la independencia económica. Francisco Javier Garrido Carrillo afirma categóricamente: “No podría entenderse la independencia de los Jueces y Magistrados sin una independencia económica, y es por ello (...) que el Estado garantiza la independencia económica de jueces y magistrados mediante una retribución adecuada a la dignidad de la función jurisdiccional”<sup>(10)</sup>.

<sup>(8)</sup> Ver RAMÍREZ SÁNCHEZ, Félix Enrique, “¡Los jueces también tenemos derechos!: Exigencia de la homologación de las remuneraciones”, en *Gaceta Constitucional* N° 59, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre 2012, p. 59.

<sup>(9)</sup> La STC 0001-2006-AI/TC así lo precisa: “La exclusividad judicial en su vertiente negativa se encuentra prevista en el artículo 146°, primer y segundo párrafo, de la Constitución, según la cual **los jueces no pueden desempeñar otra función que no sea la jurisdiccional, salvo la docencia universitaria**. En efecto, en el desarrollo de la función jurisdiccional los jueces sólo pueden realizar esta función, no pudiendo laborar en ninguna otra actividad ya sea para el Estado o para los particulares, es decir, que un juez, a la vez que administra justicia no puede desempeñar otros empleos o cargos retribuidos por la Administración Pública o por entidades particulares. Esta vertiente del **principio de exclusividad de la función jurisdiccional se encuentra directamente relacionada con el principio de imparcialidad de la función jurisdiccional, pues tiene la finalidad de evitar que el juez se parcialice en defensa del interés de una determinada entidad pública o privada**”. (El resaltado es nuestro)

<sup>(10)</sup> Ver GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier, *El Estatuto de Jueces y Magistrados*, Editorial de la Universidad de Granada, España, 2009, p. 116.

La International Association Of Judges (el grupo iberoamericano de la Unión Internacional de Magistrados), por su parte, al pronunciarse sobre el caso peruano en la Asamblea realizada en Washington (Estados Unidos) el 13 de noviembre del año en curso, indicó:

“Conforme al Estatuto del Juez Iberoamericano, el Principio de Independencia Judicial, requiere que los *Jueces deben recibir una remuneración suficiente, irreductible y acorde con la importancia de la función que desempeña y con las exigencias y responsabilidades que las mismas conllevan.*

La Declaración de Principios Mínimos sobre la Independencia de los Poderes Judiciales y de los Jueces en América Latina, *establece que el Juez debe recibir una remuneración que sea suficiente para asegurar su independencia económica, conforme a los requerimientos propios que la dignidad de su ministerio le imponen, debiendo ser suficiente para cubrir las necesidades de él y de su familia.* La remuneración no debe depender de apreciaciones o evaluaciones de la actividad del Juez y no podrá ser reducida, mientras que preste servicio profesional” (el sombreado es nuestro).

Es en esa lógica que la Constitución Peruana reconoce de manera expresa el derecho de los jueces a percibir una remuneración justa acorde con la alta función que cumple para asegurar la exclusividad de su función. Así se observa de lo establecido en el artículo 146 que señala: “(...) **El Estado garantiza a los magistrados judiciales: (...) 4.- Una remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía**”. Es así que dicho precepto constitucional tiene normas de desarrollo constitucional, que reconocen expresamente el derecho a una remuneración acorde con la alta función que cumple. Esto se verifica de la lectura del artículo 35 de la Ley de Carrera Judicial, que afirma: “**Son derechos de los jueces: (...) 11.- Percibir una retribución acorde a la dignidad de la función jurisdiccional y tener un régimen de seguridad social que los proteja durante el servicio activo y la jubilación. La retribución, derechos y beneficios que perciben los jueces no pueden ser disminuidos ni**

**dejados sin efecto**”, norma que se complementa con el artículo 86°, inc. 5, numeral b), del Decreto Supremo N° 017-93-JUS, que regulaba el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual establece que las remuneraciones de los magistrados Vocales (hoy Jueces Superiores), Jueces Especializados y Jueces Mixtos, como Jueces de Paz Letrado se darán en razón al 90%, 80% y 70%, respectivamente, de las remuneraciones totales de los Vocales Supremos (hoy Jueces Supremos), teniendo en cuenta todo concepto que percibe.

En este sentido, queda claro que estas normas legales cumplen con los parámetros constitucionales establecidos en el artículo 146. Así quedó determinado en los pronunciamientos jurisdiccionales firmes emitidos por la justicia constitucional, como fueron las sentencias recaídas en el Exp. N° 03919-2010-PC/TC; la reciente, N° 002-2013-PCC, emitidas por el máximo intérprete constitucional; y la emitida en el Exp. N° 06582-2009, expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional.

Por tanto, resulta incongruente que la Ley Orgánica del Poder Judicial tenga una vigencia de más de veinte años, sin que hasta la fecha se hayan efectivizado los porcentajes establecidos a favor de los jueces, pese a existir incluso sentencias constitucionales favorables a ello, actitud inconstitucional de quienes deben asegurar dicha permanencia e independencia al Poder Judicial: el Ejecutivo<sup>(11)</sup>, al no proveer de recursos para tal fin. En suma,

(11) Así lo hizo ver el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 002-2013-PCC/TC, donde precisa: “Es más, resulta patente y manifiesto el incumplimiento de satisfacción del derecho reconocido en el artículo 186°, inciso 5, literal b), del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han transcurrido más de 20 años desde que se publicó el Decreto Supremo N.° 017-93-JUS y hasta la fecha los jueces no perciben la remuneración que por ley les corresponde, situación que no solo afecta su derecho a una remuneración equitativa y suficiente, sino que también es contraria al mandato previsto en el artículo 38° de la Constitución que impone la obligación de ‘respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación’”.

Resulta evidente que en estos 20 años ningún Gobierno ha tenido la intención de satisfacer el derecho que por ley les corresponde a los jueces, omisión que genera un estado de cosas inconstitucionales que no puede subsistir ni permitirse, pues ello atenta y daña la esencia del Estado Constitucional de Derecho cuyo fin es el respeto y el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.

la omisión al cumplimiento del mismo condiciona e hipoteca la independencia del Poder Ejecutivo, situación que no es permisible en un Estado Constitucional de Derecho.

### III. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES<sup>(12)</sup>

El tema de la ejecución de sentencias constitucionales dictadas en procesos constitucionales —llámense amparos, habeas corpus, habeas data, cumplimiento, acción popular, e incluso el proceso de inconstitucionalidad y competencial— resulta de gran interés para todos los operadores del derecho y para el justiciable mismo, porque implica, sin duda alguna, el cierre imprescindible del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, a través del cual se materializa la justicia constitucional pronta y completa. Es así que la ejecución de sentencias constitucionales está reconocida como una expresión tácita de la garantía individual de la tutela jurisdiccional efectiva, prescrita en el artículo 139.3 de la Constitución<sup>(13)</sup>, configurándola como un auténtico derecho fundamental y constitucional. El derecho al acceso a los tribunales se convertiría en una ilusión, si es que no se ejecutan sentencias que adquieran la calidad de cosa juzgada constitucional, toda vez que dentro de un Estado Democrático y Constitucional se debe respetar y cumplir lo dispuesto por los órganos jurisdiccionales, ya que consolida la seguridad jurídica, valor constitucional que otorga a la parte vencedora una legítima expectativa de que en la etapa de ejecución del proceso se cumplirá con lo dispuesto por el juez constitucional. De ello podemos colegir, como lo indica José Garberí Llobregar: “[...] sólo cuando se da cumplimiento a las resoluciones judiciales firmes el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria al igual que las decisiones judiciales no serían

<sup>(12)</sup> Este acápite ha sido extraído en gran parte de la tesis doctoral que viene elaborando el autor, denominada “La Efectividad de los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional en el marco de la ejecución de sentencias constitucionales”.

<sup>(13)</sup> Artículo 139 de la Constitución Política del Perú: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y *la tutela jurisdiccional*” (el negreado es nuestro).

otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna”<sup>(14)</sup>.

Es por ello que Jesús Gonzales Pérez expresa sobre el tema que “la obligación de cumplir las sentencias y resoluciones judiciales firmes, así como prestar colaboración requerida por estos, se ha constitucionalizado”<sup>(15)</sup>. Por tanto, dicha premisa tiene carácter vinculante y obligatoria para todos en general, incluso para los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

El Tribunal Constitucional Peruano ha reconocido la importancia y el valor que tienen la ejecución de las sentencias judiciales dentro de un Estado democrático y el reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Así lo expresa en la STC N° 15-2001-AI/TC, 16-2001-AI/TC, 4-2002-AI/TC, cuyo fundamento 11 reproducimos:

“El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales constituye una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional y que no se agota allí, pues por su propio carácter tiene una *vis* expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (v. gr. derecho a un proceso que dure un plazo razonable). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido”.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido en el caso “Hornsby c/ Grecia”, sentencia de fecha 13 de marzo de 1997, que “el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales forma parte de las garantías judiciales, pues ‘sería ilusorio’ que ‘el ordenamiento jurídico inter-

<sup>(14)</sup> Ver GARBERÍ LLOBREGAR, JOSÉ, *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Edit. Bosch, Barcelona, 2008, pp. 163 y 164.

<sup>(15)</sup> Ver GONZALES PÉREZ, JESÚS, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, pp. 341 y 342.

no de un Estado contratante permitiese que una decisión judicial, definitiva y vinculante, quedase inoperante, causando daño a una de sus partes' (...)."

Pero, sin duda, el hablar de ejecución de sentencias constitucionales tiene una mayor importancia en cuanto ellas son recomponedoras de los conflictos constitucionales que tienen que ver directamente con el orden constitucional. Por ello, la efectividad de las sentencias constitucionales tiene una importancia mayor, e incluso por encima de sentencias ordinarias. Así lo ha reconocido el primer párrafo del artículo 22 del Código Procesal Constitucional que a la letra dice: ***“Las sentencias que causen ejecutoria en los procesos constitucionales se actúan conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prelavenia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad”*** (el negreado es nuestro). En esta lógica es que resulta de importancia para la justicia constitucional, el cumplimiento de la sentencia constitucional, sea cual fuere el proceso constitucional que se tramitó, y más aún si estos tienen que ver con obligar al Estado o particulares al cumplimiento de las mismas. Para ello, se ha dotado al juez constitucional de herramientas procesales.

Para ser más precisos y acuciosos, el mismo Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado en específico sobre la ejecución de sentencias “constitucionales” y el rol del juez constitucional en ella. Así se observa de la lectura de la STC N° 1063-2009-PA/TC:

“Que el derecho a la ejecución de las sentencias como componente del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva supone la posibilidad de que la tutela ofrecida por el **juez constitucional** opere generando consecuencias fácticas en el ámbito de los derechos fundamentales de las personas. De ahí que sea acertado afirmar que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela. Y es que la pronta y debida ejecución de las sentencias permite además dar efectividad al Estado democrático de Derecho, que implica, entre otras cosas, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no sólo juzgando sino también ejecu-

tando lo juzgado. Así pues, será inconstitucional todo aquel acto que prorrogue en forma indebida e indefinida el cumplimiento de las sentencias”.

Ante este hecho tenemos que el juez constitucional juega un rol importante en la legitimidad de la ejecución de las sentencias constitucionales. Este tiene la obligación imperativa de realizar todas aquellas acciones que le permite el orden legal, que tienda a que los justiciables sean repuestos en sus derechos constitucionales o el de obligar a la persona natural o jurídica estatal o particular a cumplir lo establecido en una sentencia constitucional, reaccionando frente a posteriores actuaciones o comportamientos que debiliten o retarden el contenido material de sus decisiones. Pues solo así se podrán satisfacer los derechos de quienes han vencido en juicio.

Es en esa lógica que el legislador ha dotado de medios legales y coactivos al juez constitucional para hacer efectivas las sentencias o resoluciones firmes que se emitan en el marco de un proceso constitucional, y obligar así a las personas naturales o funcionarios públicos a que respeten y acaten las órdenes judiciales. Estos instrumentos legales se encuentran contenidos en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

Aquí precisamos que tratándose de sentencias contra quienes ejercen poder público o privado, muchas veces estos toman una actitud renuente e incluso contraria al orden constitucional, utilizando argucias legales con la intención de impedir o retardar la ejecución de sentencias constitucionales. Existen algunos casos donde se han interpuesto demandas contra mandatos judiciales constitucionales como amparos, habeas corpus, proceso competencial, nulidad de cosa juzgada fraudulenta, entre otros; actitud que debe ser sancionada cuando se evidencia la actitud dolosa de no cumplir un fallo constitucional, siendo grave cuando esta actitud de renuencia proviene de los mismos organismos estatales, como el Ejecutivo o Legislativo, quienes son los primeros obligados a cumplir con los mandatos judiciales, como viene ocurriendo en el caso del cumplimiento de la sentencia constitucional que dispone la homologación de la remuneración de los jueces, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial.



No olvidemos que el desconocimiento o la omisión de dar cumplimiento a una resolución judicial firme por parte del funcionario público o persona privada, constituye no solo un agravio a la parte favorecida con la decisión contenida en dicha resolución, sino, por el contrario, estaría desconociendo los principios de separación orgánica de poderes y de legalidad. Ello conllevaría a una anarquía y desorden social, pero sobre todo se desconocería nuestra condición de sociedad jurídicamente organizada. Por ende, el juez está en la obligación de hacer prevalecer sus decisiones judiciales.

Punto aparte, merece aclararse que solo de manera excepcional se puede proceder a cuestionar resoluciones judiciales firmes, originadas en procesos constitucionales o contra resoluciones que disponen la ejecución de las mismas, y es la figura del amparo contra amparo, habeas data o cumplimiento o habeas corpus, siendo esta la vía idónea para ello, y no el proceso competencial como veremos más adelante. Como se indicó, la procedencia de un proceso de amparo contra resolución judicial originada en otro proceso constitucional —como puede ser el de cumplimiento— solo se dará si afecta de manera eminente y directa un derecho fundamental, sea la tutela jurisdiccional efectiva o un derecho fundamental sustantivo, adoptando así una tesis amplia respecto al amparo<sup>(16)</sup>.

#### IV. LA TUTELA CAUTELAR COMPETENCIAL Y SUS LÍMITES

El cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales como son la defensa de la persona humana y garantizar la supremacía constitucional, pasa no solo con lograr la expedición de una sentencia estimatoria resolviendo dichas controversias constitucionales de libertad u orgánicas, sino por hacer efectivas las decisiones jurisdiccionales tomadas en ellas, ya que la tutela constitucional que no es efectiva no es tutela. En ese orden de ideas, tenemos que estos procesos de tutela requieren sin duda de una agilidad y garantías procesales idóneas para resguardar, atender y tutelar los derechos fundamentales y el orden constitucional, pero también es indiscutible afirmar que estos no son ajenos al problema de la demora propia

<sup>(16)</sup> Esta tesis amplia se inicia en el Perú, a partir del caso recaído en el Exp. N° 3179-2004-PA/TC (caso Apolonía Colleca Ponce).

de todo proceso judicial, la que podría convertir en ineficaz la providencia definitiva y, por ende, se resquebrajaría el orden constitucional<sup>(17)</sup>, situación que obliga a incorporar también en estos procesos constitucionales, mecanismos propios de tutela como son las medidas cautelares, que constituyen providencias que permiten asegurar y materializar la efectividad de la sentencia constitucional que recayere en ella. Así lo ha reconocido el mismo Tribunal Constitucional, en la STC recaída en el Exp. N° 023-2005-PI/TC que a la letra dice: “(...) **que en los procesos constitucionales los fines esenciales de los mismos, en tanto fines sustantivos y adjetivos, también son atribuibles al procedimiento cautelar, para que éste no termine por desnaturalizarlos; sino, por el contrario, haga eficaz la justicia constitucional**” (el subrayado es nuestro)<sup>(18)</sup>. Es por ello que encontramos regulada esta providencia en el articulado del Código Procesal Constitucional<sup>(19)</sup>.

Sin duda, como lo afirma la jurisprudencia y la doctrina, la tutela cautelar constituye una expresión de la tutela jurisdiccional efectiva y su finalidad consiste esencialmente —según Luciano Parejo Alfonso— “(...) en el aseguramiento del derecho afirmado mientras es discutido en el proceso para mantenerlo íntegro en la fase ejecutiva una vez reconocido en la sentencia judicial”. Dichas medidas cautelares buscan hacer efectiva la finalidad de los procesos constitucionales en sede constitucional.

<sup>(17)</sup> Calamandrei explica el problema de la demora judicial de la siguiente manera: “Pero el paso del tiempo, si bien nos brinda mayor seguridad, también nos (...) ofrece el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que parece destinada por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto”. Citado por PALACIOS PAREJA, Enrique, “Medidas Cautelares y Tutela Jurisdiccional Efectiva”, en AA.VV., *Proceso y Constitución*, Ara Editores, Lima, 2011, p. 507.

<sup>(18)</sup> Enrique Pareja Palacios refiere: “En principio los procesos constitucionales, tratándose de formas de tutela diferenciada urgente, no deberían contar con medidas cautelares. Sin embargo, en el Perú los procesos constitucionales o constituyen en realidad mecanismos satisfactorios de tutela urgente y requieren, al igual que cualquiera de las otras formas de tutela judicial, de instrumento cautelar que proteja al justiciable de los peligros que la incuestionable demora del proceso genera”. Loc. cit.

<sup>(19)</sup> Así tenemos que se aborda la temática de las medidas cautelares en los distintos procesos constitucionales, los artículos 15°, 94°, 105° y 111° del Código Procesal Constitucional.



Entre las características generales dominantes de toda medida cautelar constitucional, se encuentran las siguientes: (i) **instrumentales**, en cuanto conllevan a la emanación de una sentencia definitiva cuya fructuosidad práctica aseguran preventivamente; (ii) **provisionalidad**, debido a que los efectos de la medida cautelar concedida son temporales por tener una vigencia limitada en el tiempo hasta que se dicte la sentencia de fondo, por lo que no recaen sus efectos en la relación jurídica principal y, por lo tanto, carecen del atributo de la autoridad de cosa juzgada; (iii) **jurisdiccionalidad**, en cuanto a que la adopción de las medidas cautelares implica un juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, constituye una potestad claramente jurisdiccional y, por tanto, se encuentra reservada con carácter exclusivo a aquellos órganos que tienen encomendado su ejercicio; (iv) **variabilidad**, debido a que estas pueden ser modificadas o adaptadas durante el transcurso del proceso, según los cambios y/o incidencias que puedan ocurrir en el caso concreto; y (v) **funcionalidad**, ello obliga a que la medida cautelar deba adaptarse perfectamente a la naturaleza del derecho que se protege en el proceso constitucional en específico, existiendo una relación entre la medida cautelar concedida con el objeto del proceso mismo. Por ello, las medidas cautelares no pueden ser taxativas en los procesos constitucionales, sino más bien deben ser *numerus apertus*, a fin de que cumplan la función de tutela efectiva en el caso concreto. Este dato resulta de importancia por estar vinculado al caso bajo análisis, que abordaremos líneas seguidas.

Indistintamente de las características generales citadas líneas arriba, resulta interesante abordar en específico la tutela cautelar en los procesos competenciales, la que es mucho más restringida, en relación a otros procesos constitucionales, como el amparo, habeas data y cumplimiento; ello debido a la finalidad que se busca a través del proceso competencial. Al respecto Eduardo Ferrer Mac-Gregor indica la importancia de la misma al señalar lo siguiente: ***“En otros procesos constitucionales, como en los conflictos competenciales y de atribuciones entre poderes y órganos del estado, resulta de igual importancia este tipo de medidas cautelares contra actos (y en ocasiones disposiciones generales), para evitar daños irreparables (a las partes o a la sociedad) y lograr la eficacia del proceso. La importancia de las medidas cautelares en***

***estos instrumentos procesales aumentan en aquellos sistemas que prevén que las sentencias no tengan efectos retroactivos”***<sup>(20)</sup>.

Las medidas cautelares competenciales han sido abordadas en un solo artículo, el 111° del Código Procesal Constitucional, que a la letra dice: ***“El demandante puede solicitar al Tribunal la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto de conflicto. Cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, éste podrá suspender el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional”***.

La norma en mención reconoce como también lo hace la doctrina, que las medidas cautelares constitucionales en el proceso competencial tienen una naturaleza suspensiva. El juez constitucional (entiéndase Tribunal Constitucional) solo puede disponer la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto del conflicto competencial, cuando ello implica la idoneidad de la medida a dictarse en relación a la finalidad proyectada para resolver definitivamente el conflicto competencial; así ella debe ser congruente y razonable. La idea aquí es clara —como lo afirma Arias Grillo—: “las medidas cautelares deben adoptarse como un instrumento de aseguramiento procesal, conservación o innovación de la situación existente, en donde en este caso prevalece el interés de definir con certeza la atribución constitucional o esfera de competencia en disputa”<sup>(21)</sup>. Por tanto, debe existir un análisis por parte del TC al momento de calificar una medida cautelar competencial en que deben concurrir los siguientes ***Presupuestos Generales*** para su concesión:

<sup>(20)</sup> Ver FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Los poderes del Juez Constitucional y las medidas cautelares en la controversia constitucional”, ponencia presentada en el VI Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Cancún, México, 2008.

<sup>(21)</sup> ARIAS GRILLO, “La actividad cautelar en los procesos constitucionales de protección de derechos fundamentales, control de constitucionalidad y conflictos de competencia: Especial referencia al ordenamiento jurídico costarricense”, en AA.VV., *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 116, Costa Rica, 2008, p. 104.

**1. La exteriorización o apariencia del derecho invocado**, lo que en doctrina se conoce como el “*fumus boni juris*”, es decir, la apariencia, rasgo probable de que ha existido o no una invasión de competencias por parte de un órgano constitucional respecto de otro a través de una disposición, resolución o acto.

Para decretar el TC una medida cautelar en un proceso competencial, debe existir cierto grado de probabilidad de que la pretensión de la demanda principal es fundada y, esto es, que aparentemente va a ser admitida en sentencia. Por tanto, la indagación de la apariencia se reduce a un juicio o cálculo de probabilidad y verosimilitud de la existencia de la situación sustancial tutelada. Aquí fue claro el Tribunal Constitucional al resolver un pedido cautelar competencial interpuesto por la Municipalidad Distrital de Surquillo contra la Municipalidad Distrital de Miraflores en el Exp. N° 003-2007-PCC/TC, refiriéndose a la apariencia del derecho del siguiente modo:

“[...] para ser estimada requiere a priori la condición la definición por parte de este Colegiado respecto a quién (demandante o demandada) corresponde ejercer las competencias constitucionales cuya titularidad se reclama. En consecuencia no se configura la apariencia del derecho”.

**2. El peligro en la demora, denominado “*periculum in mora*”**, conlleva a verificar por parte del TC la existencia de un daño jurídico, en cuanto pone en peligro al derecho reclamado la efectividad de la sentencia, derivado del retardo de la providencia judicial definitiva, que la medida intenta precisamente contrarrestar.

**3. El pedido cautelar debe ser adecuado o razonable**, para garantizar la eficacia de la pretensión. La congruencia —como afirma Enrique Palacios Pareja— exige una relación lógica entre la medida cautelar concedida, la pretensión principal y la proporcionalidad. Esto supone que la medida sea suficiente para garantizar la eficacia de la sentencia, evitar la irreparabilidad del daño o su incremento. Se trata justamente de que la medida concedida no sea excesiva e invada otros derechos fundamentales como podría ser la

ejecución de sentencias constitucionales<sup>(22)</sup>. Esto trae como correlato que no se puedan conceder medidas cautelares que no estén relacionadas al petitorio de lo demandado en el proceso competencial.

Estos presupuestos deben ser concurrentes para su concesión, y también deben actuar como límites de la potestad cautelar que ostenta el órgano jurisdiccional constitucional, lo que conlleva a una gran responsabilidad a dicho órgano al momento de conceder una medida cautelar competencial, por estar referido a asegurar el cumplimiento de una sentencia competencial que asegure el principio de separación orgánica de funciones.

## V. DESNATURALIZACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ANÁLISIS DE LA CONCESIÓN OTORGADA EN EL EXP. N° 002-2013-PCC/TC

Como ya hemos indicado en el marco introductorio del presente artículo, dentro del marco del proceso competencial promovido por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, signado como el Expediente N° 002-2013-PC/TC, se expidió y concedió una medida cautelar competencial por parte del Tribunal Constitucional, donde dispuso la suspensión temporal de los efectos del artículo segundo de la Resolución Administrativa N° 235-2012-CE-PJ, y del punto resolutivo 1.ii de las Resoluciones 91 y 95, expedidas por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, recaídas en el proceso N° 06582-3009, que obligaba al Ministerio de Economía y Finanzas entregue los fondos dinerarios de reserva de contingencia al Poder Judicial para cumplir con la homologación de las remuneraciones del Poder Judicial. Ello implicaba que mediante medida cautelar se suspendiera la ejecución de resoluciones judiciales, realidad que no ha sido ajena a nuestra jurisprudencia, ya que el mismo Tribunal Constitucional ha expedido con anterioridad sentencias competenciales donde también ha dejado sin efecto sentencias constitucionales y medidas cautelares, dispuestas en otros procesos constitucionales firmes. Nos referimos entre otros a las sentencias recaídas en los Exp. N° 006-2006-PCC/TC y N° 001-2010-PCC/TC.

(22) Ver PALACIOS PAREJA, Enrique, cit., p. 509.

Aquí surge la siguiente inquietud: ¿Puede el Tribunal Constitucional a través de medida cautelar competencial suspender los efectos de una resolución judicial que conlleva la ejecución de una sentencia constitucional firme recaída en un proceso de cumplimiento? ¿Se dieron los presupuestos para conceder dicha medida cautelar? Para dar respuesta a esta inquietud, debemos delimitar el objeto del proceso competencial en la medida en que la tutela cautelar competencial debe tener una relación directa con aquella, ya que pretenderá hacerla efectiva en caso de una sentencia estimatoria, no sin antes señalar que este proceso se instaura para garantizar el principio de la división de poderes (separación orgánica de funciones), pues en ella se plantea la solución a una invasión de las esferas de competencias establecidas en la Constitución<sup>(23)</sup>.

Como ya hemos manifestado en otra publicación, para activar dicho proceso debe darse el denominado conflicto competencial, que se produce cuando dos órganos constitucionales se consideran competentes para ejercer una misma función (conflicto positivo) o cuando ambos órganos constitucionales se consideran incompetentes para tales efectos (conflicto negativo). Ello ha sido reconocido por el mismo Tribunal Constitucional en la STC N° 005-2005-PC/TC, donde establece que existe conflicto competencial cuando un órgano constitucional omite llevar a cabo una actuación, desconociendo las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional (*conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*)<sup>(24)</sup>.

Nuestro Código Procesal Constitucional delimitó la regulación del proceso competencial en su artículo 110° que dice: “*El conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales a que se refiere el ar-*

<sup>(23)</sup> Sin duda, este proceso tiene como objetivos el de preservar el sistema y la estructura de la Constitución Política (orden constitucional impuesto por el poder constituyente), haciendo respetar los límites que la propia constitución establece, teniendo una relación directa con el principio de separación orgánica de funciones y con el método de corrección funcional. Siendo este último el que debe primar con mayor criterio en los miembros del Tribunal Constitucional cuando resuelvan un proceso competencial. Ver RAMÍREZ SÁNCHEZ, Félix, “La segunda Guerra entre Cortes: Un estudio a partir de la STC 001-2010-PC/TC”, en la *Gaceta Constitucional*, N° 37, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2011, p. 233.

<sup>(24)</sup> Loc. cit.

*tículo anterior adopta decisiones o rebúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro*”. Empero en el artículo siguiente en la primera parte, se refiere a las medidas cautelares competenciales, donde es más específico, siendo claro al indicar lo que sigue: “*El demandante puede solicitar al Tribunal la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto de conflicto*”, norma que debe ser completada sistemáticamente con lo dispuesto en el artículo 113° del mismo cuerpo legal citado, ya que en ella precisa que la disposición, resolución o acto objeto de un conflicto constitucional es la de carácter administrativo, excluyéndose los actos legislativos y jurisdiccionales. Así dice la norma en mención: “*La sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos*” (el subrayado es nuestro).

Con ello concluimos que los actos que pueden ser impugnados en la vía competencial, son solo los actos administrativos relacionados con competencias y atribuciones de los órganos y no los actos jurisdiccionales (sentencias). Ello porque los actos legislativos tienen su propia vía de impugnación cuando contravienen la Constitución y las leyes, como son los procesos de inconstitucionalidad y acción popular. Por otro lado, y tal como se ha desarrollado, la vía para impugnar los actos jurisdiccionales es el mismo proceso donde se generan, a través de los recursos impugnatorios y excepcionalmente el amparo contra resolución judicial o nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Al respecto el Dr. Juan Monroy Gálvez, haciendo alusión al tema, señala:

“La norma que regula (en referencia al artículo 113 del Código Procesal Constitucional) los efectos de la sentencia en un proceso competencial prescribe que la afectación a las competencias o atribuciones materia de la demanda se produce por medio de un ‘acto administrativo’. A continuación, la misma norma describe las

distintas formas con las que suele externalizarse el acto administrativo afectante (resoluciones, disposiciones o actos). En síntesis, en sede nacional, el instrumento agresor de la competencia de un órgano que da origen a un proceso competencial, es siempre un acto administrativo y sus formatos pueden ser resoluciones, disposiciones o actos.

Lo descrito significa que la norma analizada está dejando fuera del ámbito de protección del proceso competencial al acto jurisdiccional. Y no se trata de una interpretación aislada o un descuido del legislador. (...) Siendo así sus decisiones –referidas al ámbito jurisdiccional– no pueden ser discutidas en términos de un ámbito competencial distinto<sup>(25)</sup>.

Teniendo en cuenta lo desarrollado, podemos inferir que el proceso principal competencial en estudio pretendió la suspensión de los efectos del artículo segundo de la Resolución Administrativa N° 235-2012-CE-PJ<sup>(26)</sup>, y la suspensión de dos resoluciones judiciales 91 y 95 que fueron emitidas, en el marco de la ejecución de un proceso de cumplimiento donde ya existía sentencia con calidad de cosa juzgada (N° 06582-2009, tramitado ante el 5° Juzgado Especializado en lo Constitucional), y se ordenaba al Ministerio de Economía y Finanzas que cumpla con entregar dinero al Poder Judicial para nivelar la tan postergada homologación de las remuneraciones de los jueces, las que son cuestiones jurisdiccionales. Afirmación que pasamos a explicar: (i) Respecto al primer acto cuya suspensión se solicita, debemos indicar que efectivamente se trata de un acto administrativo emitido por el Consejo Ejecutivo, órgano de gobierno del Poder Judicial, sin embargo, de la lectura del mismo se aprecia que el mismo fue otorgado dentro del

<sup>(25)</sup> Ver MONROY GÁLVEZ, Juan, “Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional”, en AA.VV., *Guerra de las Cortes. A propósito del Proceso Competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*, Palestra editores, Lima, 2007, pp. 17 y 18.

<sup>(26)</sup> **Artículo Segundo.** “Requerir al Ministerio de Economía y Finanzas para que proceda a asignar y transferir los recursos adicionales del Tesoro Público, para el cumplimiento efectivo de las escalas remunerativas fijadas en la presente resolución, en aplicación de la sentencia dictada en el proceso constitucional de cumplimiento seguido ante el Quinto Juzgado Especializado Constitucional de Lima, y que tiene autoridad de cosa juzgada”.

marco de la ejecución de una sentencia constitucional emitida por el 5° Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, siendo en el fondo un tema netamente jurisdiccional y no administrativo; y (ii) en cuanto al pedido de suspensión de las dos resoluciones judiciales emitidos en el Expediente N° 6582-2009, estas son claras, ya que pretenden cuestionar actos jurisdiccionales emitidos por el Poder Judicial en el marco de la función exclusiva que ejercen.

De lo anterior se colige que el objeto del proceso principal competencial incoado por el Poder Ejecutivo contra el Judicial, pretendía –como es evidente– cuestionar resoluciones judiciales emitidas por este último poder del Estado, hecho que desnaturaliza el propio proceso competencial –como se ha explicado supra–, pues este proceso orgánico solo pretende resolver una controversia constitucional surgida entre organismos del Estado referidos a sus atribuciones en el ámbito administrativo. Por tanto, la demanda era improcedente in límine, situación que fue reconocida tibiamente por el Tribunal Constitucional en la sentencia final al declarar infundada la demanda competencial en cuanto a la pretensión de dejar sin efecto dichos actos jurisdiccionales.

Analicemos entonces, si en su momento el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta los presupuestos procesales y los límites para la concesión de dicha medida cautelar competencial, ya que dispuso la suspensión del acto administrativo y las resoluciones citadas en líneas anteriores. En ella se verifica lo siguiente:

En primer orden, tenemos que era indudable que la suspensión de los actos reclamados vía cautelar constituirían una solicitud de emisión de resolución provisoria, lo que implicaba una apreciación preliminar de la existencia de un derecho con el objeto de anticipar provisionalmente algunos efectos de la protección definitiva. Para ello, el juez constitucional (TC) debió evaluar un mínimo de humo de un buen derecho, es decir, algún indicio de la viabilidad del proceso competencial principal; sin embargo, ello no se dio, ya que lo que se pretendía era dejar sin efecto resoluciones judiciales y actos que conllevaban a ejecutar lo ordenado por el Poder Judicial, lo cual implicaba una decisión desestimatoria de la misma. Así el argumento



expresado en este punto sobre verosimilitud del derecho invocado en la resolución estimatoria, era inconsistente y contradictorio, ya que argumentaba que si existía este presupuesto, en la medida en que las órdenes judiciales invadían la competencia presupuestal del Ejecutivo en mérito a que el uso de la reserva de contingencia era exclusivo del Poder Ejecutivo, implicaba un reconocimiento que lo que se cuestionaba eran resoluciones judiciales, cuestionamiento que solo se puede dar utilizando los mecanismos procesales en el mismo proceso o incluso a través del amparo judicial.

En cuanto al peligro in mora, tenemos que el TC se justificó diciendo en su fundamento 14: “*De lo señalado se puede comprobar la configuración del periculum in mora, en la medida cautelar solicitada, toda vez que las resoluciones supuestamente emitidas por el Poder Judicial, supuestamente sin competencia, podría poner en riesgo la protección de las personas ante situaciones imprevisibles, más allá de poder afectar el equilibrio financiero del presupuesto de la República*”. Empero dicho monto asignado de 87 millones de soles para cumplir con dicha homologación de jueces, ya estaba presupuestado para el año 2013, pero luego de no viabilizarse la norma consensuada entre el Poder Judicial y Poder Ejecutivo, fue trasladado al rubro de contingencia, no evidenciando que haya existido una necesidad concreta de utilizar dichos montos.

El tercer presupuesto que debió tener en cuenta el Tribunal Constitucional fue que el pedido cautelar solicitado por el Poder Ejecutivo, debió ser adecuado y razonable, ya que para otorgar la protección cautelar provisoria, estas deben ser *congruentes con el objeto que* pretenden garantizar, pero como ya se ha indicado hasta la saciedad por el carácter instrumental y funcional de las medidas cautelares competenciales, la situación jurídica requerida en la solicitud cautelar era la de suspender los actos antes descritos que “no son cautelables”, ya que la naturaleza de la pretensión principal era ajena al proceso competencial (cuestionar decisiones jurisdiccionales y actos de cumplimiento judicial), no existiendo una relación entre lo solicitado y lo pretendido en el proceso competencial. Con ello se concluye que la medida cautelar concedida por el Tribunal Constitucional era irrazonable y desbordó los límites impuestos para toda medida cautelar competencial. Se suma el hecho que el TC no evaluó el perjuicio que originaría al derecho a

la tutela jurisdiccional efectiva de todos los magistrados del Poder Judicial a nivel nacional, en cuanto requerían la ejecución de sentencias surgidas de un proceso competencial firme, que reconocía el derecho a una remuneración digna con su función, como defensor del orden constitucional, derecho que estaba olvidado por parte del Ejecutivo por más de veinte años.

Finalmente podemos concluir que el TC se excedió de los límites y los parámetros que rigen la potestad cautelar competencial que ostenta, extralimitándose en sus potestades, ya que debió negar el pedido cautelar de suspensión de actos jurisdiccionales, pues se trataba de una *situación jurídica no cautelable*, en cuanto la actividad jurisdiccional que conlleve a la ejecución de una sentencia constitucional es por su propia naturaleza no susceptible de suspensión vía medida cautelar en un proceso competencial. Dicho supuesto se puede dar en un proceso de tutela de libertades como es el proceso de amparo, lo que no ocurrió en el caso de autos, evidenciando una desnaturalización total de la tutela cautelar competencial al convertirlo en una vía paralela al amparo para cuestionar resoluciones judiciales. Esta concesión cautelar más bien aumentó la gravedad del conflicto dado entre los Poderes Judicial y Ejecutivo, al que se pretendía solucionar, ya que causó la reacción de los afectados, quienes convocaron a las llamadas Salas Plenas Permanentes y Junta de Jueces ampliadas y permanentes en todo el Perú, como medida de rechazo a la actitud inconstitucional del Poder Ejecutivo de transgredir la independencia del Juez, mediante la omisión del pago de la homologación de sus sueldos, conforme lo establecía el artículo 86°, inc. 5, numeral b) del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial y las distintas sentencias constitucionales originadas al respecto, exigiendo su cumplimiento.

Este exceso por parte del TC al conceder irrazonablemente una medida cautelar competencial ensombreció a la justicia constitucional, debido a que la cuota de poder se ejerció de modo extralimitado, afectando seriamente las relaciones de poder queridas y establecidas por el Poder Constituyente. Dicha resolución provisoria fue catalogada como un hiperactivismo<sup>(27)</sup> por parte

<sup>(27)</sup> Esta palabra del “hiperactivismo” debe entenderse para el tema en análisis, como aquella generada por el juez constitucional que en su plan de posesionarse o legitimizar su accionar



del TC. Empero fue corregida de manera tardía por parte de dicho órgano constitucional en la sentencia final emitida en el Exp. N° 002-2013-PC/TC, con fecha 27 de noviembre del año en curso, al dejar sin efecto la medida cautelar dictada en el proceso competencial y, por el contrario, conminó a cumplir con los derechos fundamentales que tienen los jueces, como el de tutela jurisdiccional efectiva –en cuanto al cumplimiento de sentencias firmes– y el derecho a una remuneración justa acorde con la función que cumplen. Ello exige realizar una reflexión en cuanto a la responsabilidad de los miembros del Tribunal Constitucional al momento de emitir providencias cautelares y los efectos perniciosos que pueden originar y agudizar incluso la ruptura del orden constitucional, debiendo tenerse como un precedente negativo que no puede volver a suceder en un futuro.

### REFLEXIONES SOBRE LOS RECIENTES SUCESOS

No podíamos terminar este artículo sin hacer una reflexión sobre los últimos acontecimientos ocurridos en estos días respecto al problema suscitado entre los Poderes Judicial y Ejecutivo –específicamente con el Ministerio de Economía– en referencia al incumplimiento de los parámetros homologables previstos en el artículo 186, inc. 5, numeral b, del TUO, Ley Orgánica del Poder Judicial, y de las sentencias emitidas en el proceso competencial signado con el N° 06582-2009 y el proceso N° 3919-2010-PC/TC, que disponen dichos pagos homologables de los jueces. Es que luego de la relación tirante que se dio a raíz de la medida cautelar competencial dictada en el Exp N° 002-2013-PC/TC, por el propio Tribunal Constitucional y la actitud omisiva por parte del Ejecutivo a cumplir mandatos judiciales, apareció una luz en el camino, y cuando pareció que se zanjaba el problema

como órgano de control constitucional, genera con sus resoluciones aquella inestabilidad jurídica, política o social que justamente debiera buscar evitar, ya que sobrepasa los límites de las competencias que le fueron asignadas por el Poder Constituyente. Ver ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, “El Juez Constitucional. Los riesgos de su vocación expansiva y algunos posibles límites a su accionar”, en AA.VV., *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional: Estudio en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años de investigador del derecho (colaboraciones peruanas)*, Idemsa, Lima, 2009, p. 288.

suscitado, con la emisión y publicación de la sentencia competencial que resolvía el proceso principal y a través del cual dejó sin efecto la medida cautelar dejando abierta la posibilidad de ejecutar la sentencia en todos sus términos, es que el mismo día de la publicación de la sentencia (12 de diciembre de 2013), horas más tarde el Poder Ejecutivo presentó un proyecto de Ley al Congreso modificando el artículo 186° de la LOPJ, que establece una nueva escala remunerativa de los magistrados, por debajo de los porcentajes establecidos en la norma inicial (el Juez Superior, Juez Especializado y Mixto, y Juez de Paz Letrado percibirán como remuneración el 80%, 62% y 42% de la remuneración que percibe un Juez Supremo), con la única finalidad de entorpecer la ejecución de sentencias constitucionales, norma que fue aprobada en tiempo récord y remitida el mismo día para ser refrendada por el Ejecutivo, y publicada con el N° 30125 – Ley que establece medidas para el fortalecimiento del Poder Judicial, el día siguiente 13 de diciembre. Posteriormente fue complementada con el Decreto Supremo N° 314-2013-EF que aprueba los montos de los haberes de los Jueces del Poder Judicial y aprueba las transferencias de partidas a favor del Poder Judicial, la cual fue publicada el 17 de diciembre.

Estas medidas legislativas instigadas por el Poder Ejecutivo agudizan la fractura del conflicto con el Poder Judicial. Como lo señala Gonzales Grada, la retribución económica de los jueces y magistrados puede ser considerada un instrumento de influencia sobre ellos y de vulneración de su independencia, ya que con dicha actitud de no cumplir con sentencias constitucionales no solo están desconociendo el derecho fundamental personal de los jueces a una remuneración justa y equitativa acorde con la función que cumplen, sino también el derecho a la ejecución de sentencias. Esto constituye sobre todo una violación al principio de independencia del Poder Judicial, evidenciando así un quebrantamiento total del Estado Constitucional de Derecho, debido a que resquebraja el equilibrio de poderes que debe existir en el Estado. Con ello, queda claro que las normas recientes son manifiestamente inconstitucionales porque violan el principio constitucional tácito de progresividad de los derechos fundamentales que prohíbe la eliminación o minimización de los derechos fundamentales como el de remuneraciones de los trabajadores, así como los derechos adquiridos e irrenunciabilidad

de los mismos, pero sobre todo constituye una forma de avocarse en un proceso judicial obstaculizando la ejecución de una sentencia recaída en un proceso de cumplimiento, y vulnerando la tutela jurisdiccional efectiva. Aquí debemos invocar lo afirmado por el TC en la STC N° 022-1996-PI/TC que a la letra dice:

“En este sentido, el artículo 139.2 de la Constitución establece como principio de la función jurisdiccional del Estado la prohibición de que cualquier autoridad se avoque a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional o interfiera en el ejercicio de sus funciones”; asimismo, “Tampoco [se] puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado **en autoridad de cosa juzgada**, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias **ni retardar su ejecución**” (resaltado agregado).

La pregunta que surge ante la inconstitucionalidad de las normas recientes es ¿cuál es la vía idónea para inaplicarlas? Teniendo en cuenta que está en giro la ejecución de un proceso competencial cuya ejecución ha sido ratificada por el Tribunal constitucional a través de la sentencia dictada recientemente (Exp. N° 002-2013-PC/TC), y siendo el hecho que algunos indican que debe exigirse su inaplicación vía control difuso en el mismo proceso de cumplimiento y otros, se afirma que debe promoverse la acción de amparo contra norma autoaplicativa e incluso la acción abstracta de inconstitucionalidad para enervar sus efectos, supuestos últimos que implicarían una nueva lucha judicial, ello indistintamente de las responsabilidades internacionales que pueda acarrear dicha actitud del Poder Ejecutivo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La respuesta a la inquietud planteada la podemos encontrar recogiendo la experiencia española, en cuanto a la tesis esgrimida en la STC N° 167/1987, en donde se pretendió incumplir una sentencia judicial introduciendo hechos nuevos y posteriores a la sentencia dictada, la que cambió el escenario para volverla inejecutable. En ella se extrajeron las siguientes conclusiones que son aplicables al caso concreto de cumplimiento que nos convoca:

a) El derecho constitucional a la ejecución no se satisface simplemente removiendo los obstáculos iniciales a la ejecución, sino que tam-

bién hay que remover los posteriores, aquellos que derivan de una desobediencia disimulada (incumplimiento aparente o defectuoso, **reproducción de nuevos actos que anulan lo ejecutado al ser incompatible con su cumplimiento**, etc.)

b) La remoción de los obstáculos, tanto iniciales **como posteriores a la ejecución**, no pueden obligar a la parte a instar un nuevo procedimiento, sino que ésta tiene el derecho constitucional **a que se resuelva en un incidente de ejecución**, siempre, claro está, que no se trate de cuestiones nuevas no relacionadas con la propia ejecución. Y para el TC [Español] no es una cuestión nueva la ejecución por parte del condenado de un acto incompatible con la ejecución de sentencia, por más que ese acto sea posterior al fallo<sup>(28)</sup>.

Ello implica que la dación de estas normas inconstitucionales no puede paralizar la ejecución de una sentencia, es ahí donde el juez constitucional de ejecución debe cumplir con su deber de inaplicar las normas citadas vía control difuso, entendiéndolas como un obstáculo a la ejecución de sentencias constitucionales, procediendo así a su ejecución en sus propios términos. Se arriba a esta conclusión en el marco e interpretación del sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental, estando proscrito entonces obligar a los jueces a asumir la carga de nuevos procesos (amparo contra norma autoaplicativa o inconstitucionalidad), ya que resultaría incompatible con la tutela eficaz y no dilatoria que deben prestar los órganos judiciales<sup>(29)</sup>. Esperemos entonces que prime la fuerza de la Constitución

<sup>(28)</sup> Ver CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 307.

<sup>(29)</sup> El TC señala en la STC N° 00922-2002-PA lo siguiente: “[...] *la actuación de la autoridad jurisdiccional en la etapa de ejecución de sentencias constituye un elemento fundamental e imprescindible en el logro de una ‘efectiva tutela jurisdiccional’, siendo de especial relevancia para el interés público, dado que el Estado de derecho no puede existir cuando no es posible lograr la justicia a través de los órganos establecidos para tal efecto. Para ello, ‘la autoridad jurisdiccional deberá realizar todas aquellas acciones que tiendan a que los justiciables sean repuestos en sus derechos’ [...] reaccionando frente a posteriores actuaciones o comportamientos que debiliten el contenido material de sus decisiones, pues sólo así se podrán satisfacer los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos*”.

y de la razón, y no la arbitrariedad y la dictadura encubierta, que se está dando por parte del Poder Ejecutivo al pretender incumplir la ejecución de sentencias del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Curso de Derecho Civil I: Parte General y Derecho e las Personas*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- AA.VV., *Código Procesal Constitucional: Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Edit. Adraus, 1ª ed., Lima, 2009.
- AA.VV., *La Constitución Comentada*, T. I, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- ABANTO TORRES, Jaime David, “Tribunal Constitucional vs. Tribunal Constitucional: A propósito de la resolución cautelar del Exp. N° 0002-2013-PC/TC”, en: *Revista Gaceta Constitucional*, T. 67, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Tecnos, Madrid, España, 1998.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Chile, 2008.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “El principio del interés superior del niño y la Corte interamericana de Derechos Humanos”, en: *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Chile, 2008.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín, “Interés Superior del Niño: Criterio predominante y prioritario orientado a resolver conflictos de derecho”, en: *Gaceta Constitucional*, T. 35, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

- ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto, “El derecho de asociación”, en: AA.VV., *Los Derechos Fundamentales: Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*, Gaceta Constitucional, Lima, 2010.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Juez: Sus Deberes y Facultades*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1982.
- ANSUARTEGUI ROIG, Francisco Javier, *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales: Modelos y evolución*, Grijley, Lima, 2007.
- ARIAS GRILLO, Rodrigo, “La actividad cautelar en los procesos constitucionales de protección de derechos fundamentales, control de constitucionalidad y conflictos de competencia: Especial referencia al ordenamiento jurídico costarricense”, en: AA.VV., *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 116, Costa Rica, 2008.
- ARNOLD, Rainer, “El derecho constitucional europeo a fines del siglo XX: Desarrollo y Perspectiva”, en: AA.VV. *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica: Libro Homenaje a Germán J. Bidard Campos*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Grijley, Lima, 2002.
- ASTUDILLO, César, “Doce Tesis en torno al Derecho Procesal Constitucional”, en: *Obra Colectiva*, coord. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARRERA, Arturo, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. I: Teoría General del Derecho Procesal Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Edit. Formación Gráfica SA, 1ª ed., México, 2008.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *El Neoconstitucionalismo transformador: El Estado de Derecho en la Constitución del 2008*, Ediciones Abya-Yala Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador, 2010.
- BIDARD CAMPOS, German, “El sexo, la corporeidad, la psiquis y el derecho: ¿Dónde está y cuál es la verdad?”, en: *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, N° 21.
- BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad: Por una teoría de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
- CARBONELL, Miguel y otros, *Jueces y Derecho*, Edit. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.
- CARBONELL, Miguel, “La libertad de asociación y de reunión en México”, en: AA.VV., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Porrúa, México.
- CARBONELL, Miguel, “Prólogo: Nuevos tiempos para el Constitucionalismo”, en: AA.VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- CARBONELL, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor y VÁSQUEZ, Rodolfo, en: AA.VV., *Jueces y Derechos*, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª ed., Porrúa, México, 2004.
- CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, “El regreso de la ‘guerra de cortes’ y los precedentes vinculantes”, en: *Revista Gaceta Constitucional*, T. 33, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, Palestra Editores, Lima, 2008.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, T. I, Palestra editores, Lima, 2006.
- CHAMORRO BERNAL, FRANCISCO, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994.
- CIFUENTES, Santos, “Solución para el pseudohermafroditismo y la transexualidad”, en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año II, N° 3, Gaceta Editores, Lima, 1996.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, *El interés superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Instituto Interamericano del Niño, la Niña y el Adolescente de la OEA*. Dirección URL: <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y el Adolescente de la OEA. Dirección URL: <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>
- COLOMBO CAMPBELL, Juan, “Enfoques Conceptuales y caracterización del derecho procesal constitucional a principios del siglo XXI”, en: AA.VV., *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudio en Homenaje a Héctor Fix*

- Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho, T. I, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, Lima, 2008.
- CORREA HENAO, Magdalena, “La limitación de los derechos fundamentales”, *Temas de Derecho Público*, N° 71, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1ª ed., Bogotá, 2003.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal civil*, 4ª ed., IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002.
- COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1978.
- DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999.
- DE URBANO CASTILLO, Eduardo, “Deontología Judicial: El Arquetipo del Juez de Nuestra Época”, en: AA.VV. *Ética del Juez y sus garantías procesales*, Consejo General del Poder Judicial: Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio, “La imparcialidad evidentemente no es hoy en día solamente un ‘desiderátum’ sino que se ha transformado en una exigencia a través de su constitucionalización y consagración en los Tratados Internacionales (...)”, en: *Principios de aportación de parte y acusatorio: La Imparcialidad del Juez*, 1ª ed., Comares, Granada, 1996.
- DÍAZ ZAGARRA, Walter, *Exégesis del Código Procesal Constitucional*, San Marcos, Lima, 2005.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- DONAYRE MONTESINOS, Christian, “*Interpretando la procedencia del amparo electoral desde una perspectiva neoconstitucionalista*”, ponencia presentada en el III Encuentro Nacional de Derecho: “Prima Principia: Volviendo a los inicios”, organizado por la Escuela de Derecho de la Universidad César Vallejo – Filial Tarapoto, realizado en la ciudad de Tarapoto, los días 24 al 26 de setiembre de 2009.
- DROMI, Roberto. “*Derecho Administrativo*”, T. I. Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

- ESCOBAR FORNOS, Iván, “Fundamentos del Derecho Procesal Constitucional”, en: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. I: Teoría General del Derecho Procesal Constitucional.
- ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, “Comentarios al Anteproyecto de Reforma de la LOTC”, en: AA.VV., *La reforma de la justicia constitucional*, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Aranzadi.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, “El Juez Constitucional. Los riesgos de su vocación expansiva y algunos posibles límites a su accionar”, en: AA.VV., *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional: Estudio en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años de investigador del derecho (colaboraciones peruanas)*, Idemsa, Lima, 2009.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las Personas*, T. II, Grijley, Lima, 2007.
- ETO CRUZ, Gerardo, *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*, Centro de Estudios Constitucionales dentro del proyecto Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú – JUSPER, Edit. Gráfica CARVIL SAC, 1ª ed., Lima, 2008.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, en: AA.VV., *La Constitución Comentada*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- FERNANDO SEGADO, Francisco, “Werner Kāgi: El diseñador del Estado Constitucional de la Segunda Post Guerra”, en: KĀGI, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, Dykinson, Madrid, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en: AA.VV., *Neoconstitucionalismo*, Coord. Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003.
- Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.
- “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en: AA.VV., *Neoconstitucionalismo*, Coord. Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica autónoma*, ponencia presentada en el Primer Coloquio Internacional sobre Derecho Procesal Constitucional, organizado por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey-México, 2004.



- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica autónoma*, ponencia presentada en el “Primer Coloquio Internacional sobre Derecho Procesal Constitucional”, organizado por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey-México, 23 al 25 de septiembre de 2004.
- “*Los poderes del Juez Constitucional y las medidas cautelares en la controversia constitucional*”, ponencia presentada en el VI Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Cancún, México, 2008.
- FIGUEROA GUTARRA, Edwin, “El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: Bases Conceptuales y jurisprudencial”, en: AA.VV., *Gaceta Constitucional*, N° 43, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, 1ª ed., editado por la Fundación Universitaria de Derecho, Administración Política. S.C. - FUNDAP, México, 2002.
- GALÁN GONZALES, Candela, *Protección de la Imparcialidad Judicial: Abstención y Recusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- GARBERÍ LLOBREGAR, José, “*El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, Bosch, Barcelona, 2008.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 82, Universidad Central de Venezuela, Caracas-Venezuela, 1991.
- GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier, *El Estatuto de Jueces y Magistrados*, Universidad de Granada, España, 2009.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “El Papel del Juez en el Estado de Derecho”, en: AA.VV., *Interpretación y Argumentación Jurídica*, Consejo Nacional de la Magistratura, Bosch, Barcelona, 2003.
- GHERSI, Carlos A., *Derechos Fundamentales de la Persona Humana*, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- GONZALES ÁLVAREZ-BUGALLAL, María Cristina y MEDINA RUBIO, Ricardo, *Apuntes del Derecho Procesal Constitucional*, Club Universitario, España, 2000.
- GONZALES PÉREZ, Jesús, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, 3ª ed., Civitas, Madrid.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo, en: Introducción *al Derecho Procesal Constitucional*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.
- GUASTINI, Riccardo, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El Caso Italiano”, en: AA.VV., *Neoconstitucionalismo(s)*. *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano*, ponencia presentada en el XV Congreso Internacional de Derecho Comparado (Bristol, 1998).
- HÄBERLE, Peter, “El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”, en: AA.VV., *Gaceta Constitucional*, T. 2, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- Libertad, igualdad, fraternidad: 1978 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Trotta. Madrid, 1998.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso “La Controversia Constitucional Mexicana y el proceso competencial peruano (Breves notas comparativas sobre sus reglas generales)”, en: AA.VV., *Derecho Procesal Constitucional Peruano: Estudio en homenaje a Domingo García Belaunde*, T. II, Grijley, Lima, 2006.
- LONDOÑO AYALA, César Augusto, *Bloque de Constitucionalidad*, Ediciones Nueva jurídica, Bogotá, 2011.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Tratado de Derecho Procesal Civil: Parte General*, Jacaryan, Madrid, 2000.
- MANILI, Pablo Luis, “Introducción al Derecho Procesal Constitucional”, en: AA.VV., *Derecho Procesal Constitucional*, Coord. Pablo Luis Manili, Edit. Universidad, 1ª ed., Buenos Aires, 2005.
- MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola, “Las Controversias Constitucionales como medio de control constitucional”, en: AA.VV., *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudio en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, T. VIII, Edit. Marcial Pons, México, 2008.
- MENDOZA ESCALANTE, Mijail, “El Derecho Fundamental de la Asociación”, en: *revista electrónica: www.consultoriaconstitucional.com*

- MONROY GÁLVEZ, Juan, “Poder Judicial Vs Tribunal Constitucional”, en: AA.VV., *Guerra de las Cortes. A propósito del Proceso Competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*, Palestra editores, N° 4, Lima, 2007.
- “Del mito procesal ordinario a la tutela diferenciada: apuntes iniciales”, en: *La formación del proceso civil peruano*, Palestra editores, Lima, 2004.
- MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*, Edit. Enmarce, Lima, 1999.
- Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo, “La aplicación supletoria de otros Códigos ante vacíos o defectos del Código Procesal Constitucional”, en: *Actualidad Jurídica*, N° 161, Lima.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, “Antolínez el causus belli (causa de guerra) entre las Cortes”, en: *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, Vol. 6, N° 2, julio-diciembre, 2009.
- PALACIOS PAREJA, Enrique. “Medidas Cautelares y Tutela Jurisdiccional Efectiva” en: AA.VV. “*Proceso y Constitución*”, Ara Editores, Lima, 2011.
- PALOMINO MANCHEGO, José y CASTILLO VEINTINILLA, Harold. “El Proceso Competencial: ¿Un nuevo recurso procesal para anular sentencias o dejarlas sin efecto”, en: AA.VV., *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1 / 2, Lima, 2007.
- PARRY, Adolfo, *Facultades Disciplinarias del Poder Judicial*, Edit. Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1939.
- PATTI, Salvatore y WILL, Michael R., *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Cedam, Padua; citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, Universidad de Lima, 1990.
- PICÓ I JUNOY, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: abstención y la recusación*, 1ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1998.
- Las Garantías Constitucionales del Proceso*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2007.
- PINILLOS, Roberto Alfaro, *Guía Exegética del Código Procesal Constitucional*, Grijley, Lima, 2008.

- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Álex F., “Comentario al artículo 4 de la Constitución”, en: AA.VV., *La Constitución Comentada: Análisis artículo por artículo*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- RAMÍREZ SÁNCHEZ, Félix Enrique, “Los jueces también tenemos derechos: Exigencia de la homologación de las remuneraciones”, en: *Revista Gaceta Constitucional* N° 59, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- “El cambio de nombre ¿Una justa solución a la doble identidad?”, en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 16, N° 146, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- “El Derecho Procesal Constitucional. La autonomía legislativa”, AA.VV., en: *Gaceta Constitucional*, T. 33, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- “La adecuación del prenombre como concretización del derecho a la identidad sexual”, en: AA.VV., *Los Registros y Las Personas: Dimensiones Jurídicas Contemporáneas*, Obra colectiva editada por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Lima, 2010.
- “Los sindicatos de servidores públicos y su inscripción en los Registros Públicos: A propósito de su naturaleza jurídica”, en: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 7, N° 56, Normas Legales.
- “Rompiendo paradigma al cambio de sexo: El inicio de una línea jurisprudencial”, en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 153, Gaceta Jurídica, Lima.
- “La segunda Guerra entre Cortes: Un estudio a partir de la STC 001-2010-PC/TC”, en: *Revista Gaceta Constitucional*, N° 37, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- Revista Actualidad Jurídica*, T. 177, Gaceta Jurídica, agosto 2008.
- Revista Gaceta Constitucional*, T. 32, Gaceta Jurídica, agosto 2010.
- RIVERA SANTIBÁÑEZ, José A., “Supremacía Constitucional y Sistemas de Control de Constitucionalidad”, en: AA.VV., “*Derecho Procesal Constitucional*”, (Coordinadora CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés), T. I, Jurista Editores, Lima, 2003.
- ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil: Parte General*, T. II, Temis Bogotá, 1976.
- RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael, “El cambio de nombre en el caso de los Transexuales la manifestación del derecho a la identidad personal”, en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 139, 2010.

- RUBIO ARRIBAS, Javier, “¿El Tercer Género?: La transexualidad”, en: AA.VV., *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas Nómadas*, N° 17, 2008-1.
- RUBIO LLORENTE, Francisco “Constitucionalismo”, en: *Temas de Derecho Constitucional*, T. I, Coord. Manuel Aragón, Civitas, Madrid, 2001.  
*Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel Derecho, Barcelona, 2005.
- RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ OCAMPO, Javier, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Edit. Ciencias Jurídicas, Madrid, 2008.
- RUBIO LLORENTE, Francisco y SÁENZ DÁVALOS, Luis, “Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo”, en: AA.VV., *Código Procesal Constitucional comentado*, Normas Legales, Trujillo, 2005.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, prólogo de Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1998.
- SIMONS PINO, Adrián, “El Derecho a la decisión plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales”, en: Revista electrónica de Hechos de la Justicia y material bibliográfico del curso de Derecho Constitucional de la Universidad Cesar Vallejo.
- SIVERINO BAVIO, Paula, “El derecho a la identidad personal: manifestaciones y perspectivas”, en: AA.VV., *Los derechos fundamentales: Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*, Gaceta Constitucional, Lima, 2010.
- SOSA SACIO, Juan Manuel, “Nuestros Neoconstitucionalismos”, en: AA.VV., *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Guía N° 6, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- TAIPE CHÁVEZ, Sara, “La competencia subjetiva o legitimada intrínseca de los jueces”, en: *Actualidad Jurídica*, N° 183, Lima.
- TÓRTORA ARAVENA, Hugo, “La Limitación de los Derechos Fundamentales”, en: AA.VV., *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, México, 2010
- VEGA MERE, Yuri, “La exclusión del nombre del no declarante del nacimiento de un hijo extramatrimonial”, en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Año I, N° 1, Lima, 1995.

## ÍNDICE GENERAL

Presentación .....	7
Introducción .....	11

### CAPÍTULO I TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

#### ¡LOS JUECES TAMBIÉN TENEMOS DERECHOS!: EXIGENCIA DE LA HOMOLOGACIÓN DE LAS REMUNERACIONES

I. El estado actual de la cuestión .....	19
II. El rol del juez en nuestro sistema democrático y el reconocimiento de su independencia .....	22
III. La remuneración de los jueces como derecho a una remuneración justa y los conceptos homologables .....	29
IV. Los efectos de la sentencia N° 03919-2010-PC/TC-Lambayeque .....	33
V. ¿Y qué pasó con el estado de cosas inconstitucionales? .....	34
VI. A modo de conclusión .....	37

#### EL DERECHO DE ASOCIACIÓN DE LOS JUECES Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ASOCIACIÓN MUTUALISTA JUDICIAL

I. Breve introducción .....	39
II. Antecedentes del caso .....	41
III. El derecho a la libertad de asociación .....	45
IV. Contenido constitucional del derecho de asociación .....	49
V. El principio rector del derecho de asociación: la autonomía de la voluntad y su excepcionalidad .....	55

VI. Análisis de la STC N° 3186-2012-PA/TC (caso Jaime David Abanto) .....	61
VII. A modo de nota conclusiva .....	68

### EL TC Y EL DERECHO A LA PROPIA IDENTIDAD SEXUAL: A PROPÓSITO DEL CASO PAMELA ESTELA

I. A manera de introducción .....	69
II. Un drama humano: el caso Jorge Luis (Pamela Estela) y una sentencia polémica....	73
III. Definiendo el fenómeno de la transexualidad .....	77
IV. El derecho a la identidad personal y su relación con los datos registrados en los documentos de identificación de toda persona .....	81
V. El sexo como expresión del derecho a la identidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad.....	84
VI. ¿Los transexuales tienen el derecho al cambio de sexo en nuestro sistema legal? .....	90
Reflexión .....	93

### EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO EJE INTERPRETATIVO EN LA JUSTICIA CIVIL: “EL CAMBIO DE NOMBRE NO ESTÁ SUJETO AL INTERÉS DE LOS PADRES”

I. Breve introducción al tema planteado .....	95
II. La internacionalización del derecho a la protección especial del menor .....	97
III. La constitucionalización del principio-derecho del interés superior del niño en nuestro sistema jurídico.....	101
IV. El nombre como derecho humano de los menores y su naturaleza jurídica ....	110
V. Análisis del caso concreto .....	116

## CAPÍTULO II TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

### EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SU AUTONOMÍA LEGISLATIVA

I. Breve panorama .....	121
-------------------------	-----

II. El neoconstitucionalismo y la efectividad de los derechos fundamentales.....	122
III. El derecho procesal constitucional como derecho emergente y autónomo .....	130
IV. La autonomía normativa del Código Procesal Constitucional y la supletoriedad de los códigos procesales .....	142
A modo de reflexión .....	148

### LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA PROSCRIPCIÓN DE LA INHIBICIÓN POR DECORO EN LOS PROCESOS DE AMPARO

A manera de introducción .....	149
I. El estado de la cuestión .....	151
II. Planteamiento del problema .....	160
III. Justificación del estudio del artículo 52° del CP constitucional .....	161
IV. Antecedentes del problema.....	162
V. La autonomía del derecho procesal constitucional .....	166
VI. La autonomía normativa del Código Procesal Constitucional y la supletoriedad de los códigos procesales .....	170
VII. La residualidad y sumariedad del proceso de amparo .....	174
VIII. La imparcialidad del juez: naturaleza jurídica y su contenido.....	179
IX. El derecho a un juez imparcial y sus garantías .....	183
X. Las garantías en el sistema procesal civil peruano .....	189
XI. Análisis del tema en estudio.....	194
XII. Conclusiones .....	207
A modo de reflexión .....	210

### ACTUACIÓN DE LAS PARTES Y POTESTAD SANCIONATORIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. Una visión panorámica sobre la actuación del TC .....	211
II. El conflicto constitucional y la naturaleza especial de los procesos constitucionales .....	214

III. Las partes y su participación en los procesos constitucionales .....	217
IV. La facultad sancionatoria del Tribunal Constitucional .....	222
V. El desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional en cuanto a su potestad sancionatoria respecto de las partes.....	226
Reflexión.....	234

**LA SEGUNDA GUERRA ENTRE CORTES:  
UN ESTUDIO A PARTIR DE LA SENTENCIA  
COMPETENCIAL N° 001-2010-PC/TC**

I. Guerra entre cortes: una realidad incuestionable .....	235
II. El neonconstitucionalismo y su influencia en el contenido de la constitución peruana .....	241
III. Adaptación del principio de separación orgánica de funciones en el Estado constitucional de derecho peruano .....	249
IV. El lugar del Tribunal Constitucional peruano entre los poderes del estado .....	255
V. El proceso competencial y sus conflictos de competencia y atribuciones .....	259
VI. Análisis de la sentencia N° 001-2010-PC/TC: la segunda guerra entre Cortes ..	264
Reflexión.....	273

**LA DESNATURALIZACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR COMPETENCIAL:  
¿VÍA IDÓNEA PARA NO EJECUTAR RESOLUCIONES JUDICIALES?**

I. Ideas preliminares .....	275
II. El derecho de los jueces a una remuneración justa en función al rol que cumplen .....	279
III. La ejecución de sentencias constitucionales .....	284
IV. La tutela cautelar competencial y sus límites .....	288
V. Desnaturalización de las medidas cautelares por parte del tribunal constitucional: análisis de la concesión otorgada en el Exp. N° 002-2013-PCC/TC.....	293
Reflexiones sobre los recientes sucesos .....	300
<b>Bibliografía.....</b>	<b>305</b>

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos  
de Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL  
<info@grijley.com>,  
en el mes de junio de 2014.



