

**SEPARATA
DE LA**

LIMA, AÑO 9, N° 16
ENERO-JUNIO 2008

16 / 2008

Revista Peruana de

Derecho Público

La teoría del proceso a la luz lánguida
del Tribunal Constitucional peruano.
Sobre la presunta “autonomía procesal
constitucional”

JUAN F. MONROY GÁLVEZ

LA TEORÍA DEL PROCESO A LA LUZ LÁNGUIDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO: SOBRE LA PRESUNTA “AUTONOMÍA PROCESAL CONSTITUCIONAL”

Juan F. Monroy Gálvez

Un hombre que aspira a ser algo separado de sí mismo, a convertirse en miembro del Parlamento, o en rico empresario, o en abogado prominente, o en juez, o en algo igualmente aburrido, invariablemente logra su deseo. Ese es su castigo. Quien quiere una máscara tiene que ponérsela.
(Wilde).

SUMARIO: 1. Dos razones para la elección del tema. 2. Un intento de explicar la frase expresada en la sentencia. 3. La evolución de los estudios procesales. 4. La historia del proceso y su ubicación en sede nacional. 5. La “Autonomía Procesal” y el TC. 5.1. Una necesaria cuestión previa. 5.2. Una tendencia en el Derecho Comparado. 5.3. Descripción de la “Autonomía Procesal”. 5.3.1. Primer fundamento de la “AP”. 5.3.2. Segundo fundamento de la “AP”. 5.4. Algunas precisiones y críticas a la “AP”. 5.5. Una opinión. 6. La “Autonomía Procesal Constitucional” en sede nacional. 6.1. La “Autonomía Procesal Constitucional” según Mijail Mendoza. 6.2. La “APC” según el Presidente del TC. 6.3. Manifestaciones de AP del TC según el PL. 7. Concluyendo.

1. DOS RAZONES PARA LA ELECCIÓN DEL TEMA

Siempre hay un percutor para la elección de un tema a ser investigado. Cuando la atracción se produce, ya no se para hasta tener la hoja cubierta de signos, que no son más cosa que las huellas de la aventura espiritual vivida. El presente caso no es la excepción, salvo tal vez por el hecho de que han sido dos las razones que motivaron la escogencia.

La primera es que una sentencia del Tribunal Constitucional peruano (en adelante TC) afirmó la existencia de serias limitaciones positivistas y de otra especie en las normas procesales⁽¹⁾ que le impiden cumplir su cometido. Los conceptos inferidos son tan abstractos y genéricos como para no saber si, como tales, constituyen o no una imputación. En cualquier caso, determinan un grado de incertidumbre en lo que parece ser una crítica que resulta mejor investigar.

La segunda es tan o más insinuante que la anterior. El TC sostiene que, como los estudios procesales desarrollan propuestas normativas que no son útiles para concretar los elevados objetivos que persigue, resulta imprescindible el empleo de una institución que, precisamente, ataca frontalmente las limitaciones generadas por las categorías procesales en sede constitucional. Esa institución recibe el nombre de Autonomía Procesal y es un producto singular del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante TCF).

2. UN INTENTO DE EXPLICAR LA FRASE EXPRESADA EN LA SENTENCIA

Como las experiencias procesales suelen insertarse en la sociedad como un fenómeno social más, su actuación forma parte de las vivencias de muchas personas y, por cierto, de muchos especialistas en diversas disciplinas distintas al Derecho Procesal. El resultado de ésta constatación es, en principio, positivo. Por eso, sobre “los juicios” casi todos tienen algo “qué decir” y, por consecuencia, hay mucho “qué escuchar”.

Desde el Derecho ocurre lo mismo. Siendo el instrumento por excelencia para lograr la eficacia de los derechos llamados materiales, la información

(1) “Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión académica o jurisprudencial; por el contrario, significa un distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del Derecho y del proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de éstos a la aplicación de normas procesales autónomas, científicas y neutrales. De ahí que se haya señalado que la estrechez de un instituto procesal es dinamitada por reflexiones puntuales y objetivas por parte del Tribunal Constitucional...” (Sentencia No. 006-2006-PC/TC).

científica sobre el proceso, por lo menos la elemental, suele estar difundida hasta convertirse en una necesidad contar con datos preliminares sobre las líneas vectoriales de la actividad procesal. Y ello es positivo. No sería exagerado proponer que en los estudios de formación cívica de educación secundaria se incorpore la enseñanza de conocimientos básicos de derecho procesal, sobre todo constitucional.

Por otro lado, el rasgo instrumental del proceso no disminuye su importancia, simplemente refleja la esencia de su función. Un malentendido respecto de lo que la instrumentalidad significa genera dos distorsiones. Por un lado, la opinión de que el proceso es un saber de segundo grado. "Adjetivo" se le suele llamar, en tanto sólo es la herramienta para hacer eficaces los otros derechos. Los "que realmente importan", aquellos que titulan a los sujetos respecto de bienes, servicios u otros derechos son, en cambio, denominados "sustantivos". Regularmente suele ser simplona la gramática del desperdicio.

La segunda distorsión es, sin duda, la más perniciosa tal vez porque es groseramente pseudo-académica. Asumiendo que es un saber menor, la sistemática procesal —categorías, instituciones y desarrollos teóricos sobre ellos— es concebida como un conjunto de conocimientos precarios e intercambiables, y como una serie de especulaciones pasibles de ser enderezadas en el sentido que mejor corresponda al derecho material cuya eficacia puede estar requiriendo el especialista.

Puede no tomarse en serio el proceso desde múltiples ópticas jurídicas. Sin embargo, cuando esa liviandad ocurre en la construcción de una sentencia, estamos ante un gravísimo caso de culpa inexcusable.

En consecuencia, carece de veracidad la afirmación expresada por el TC en su sentencia, según la cual el proceso (siempre será mejor referirse a los estudios procesales) constituye *per se* un instrumento que limita sus posibilidades de actuación. Ni siquiera es posible saber si los jueces que redactaron el párrafo hicieron la búsqueda adecuada y fracasaron. Aunque sería mucho más grave que hayan llegado a la conclusión comentada sin haber intentado una investigación razonable.

Encima de su mesa los señores jueces del TC tienen una disciplina jurídica que brinda una diversidad de opciones a su actuación. Sea para que confirmen el actual estado de la situación o para que asuman un compromiso con la reforma de nuestras instituciones políticas, sociales y económicas, el proceso está apto para proveerle herramientas conceptuales de primer orden.

3. LA EVOLUCIÓN DE LOS ESTUDIOS PROCESALES

Todo el siglo XIX marca la etapa precursora de los estudios procesales a nivel científico. Si bien estas investigaciones se caracterizan porque sus cultores, fieles al método y contenido de los trabajos de los juristas de la época (comentarios puntuales al Digesto justinianeo también llamado *Pandectas*, por lo que la escuela jurídica recibió el nombre de *Pandectística*⁽²⁾), efectuaban sus estudios sobre el proceso utilizando categorías del derecho privado —lo que es natural si atendemos a la naturaleza de la selección arbitraria que dio origen a las *Pandectas*— no queda la menor duda que se trataba de trabajos de excepcional calidad.

Prueba de ello es la *Zivilprozessordnung* (ZPO) alemana de 1877. Sin embargo, más importante fue la (ZPO) austriaca de 1895, conocida también como el Código de Klein. La gran diferencia de este Código con los trabajos surgidos de la escuela antes citada es que éstos se conectaban con el pensamiento liberal.⁽³⁾ Sin embargo, los trabajos de Klein, fieles a un movimiento filosófico, político y económico que irrumpía en su tiempo, nos referimos al marxismo, comprometió a los estudios procesales con la función jurisdiccional del Estado y, por cierto, con los derechos que tiene todo ciudadano de recibir un fallo justo y oportuno.⁽⁴⁾ Esta es la etapa fun-

(2) "Idea base di questa scuola è che l'ordinamento giuridico costituisca un *sistema completo*, chiuso. El che si adattava molto bene al nazionalismo dell'Ottocento e all'idea d'uno Stato sovrano, non comunicante con gli altri Stati che in modo formale, tramite le istituzioni legittimate a farlo. Quindi le eventuali lacune delle leggi non erano lacune del sistema che aveva sempre, nelle sue strutture logiche, i mezzi per colmarle.

Il giurista non doveva far altro che 'trovare' la soluzione già presente nel sistema.

Quest'ultimo avrebbe in sé la propria validità in quanto la sua logicità sarebbe garanzia di giustizia. In ciò si vede un chiaro influsso dell'idealismo del filosofo Hegel: per lui verà realtà sono i concetti e le proposizioni dogmatiche. Che il *dominio* (proprietà) sia 'elastico' è non una conseguenza di quanto dice la legge, ma un carattere reale, intimo, della proprietà; La più grande creazione della scuola fu però il *negozio giuridico*, non presente nel diritto romano, ma elaborato appunto da questa scuola partendo dai requisiti del contratto." (ASCHERI, Mario. *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo. Lezioni e documenti*. Torino: G. Giappichelli Editore. 2007. pp. 286 y 287).

(3) "Ma c'è anche qui, come in quella, una fondamentale *esigenza positivista* che consentì la saldatura della Pandettistica con le correnti liberali del tempo e fece sì che in Germania la codificazione si svolgesse alla sua insegna. Inoltre non va dimenticato che la Pandettistica ha svolto la funzione storica primaria di unificare culturalmente i giuristi tedeschi ben prima che la Germania fosse unificata politicamente grazie all'opera di Bismark — cosa che, com'è noto, ebbe luogo solo con la proclamazione del *Reich* nel 1871." (ASCHERI, Mario. Op. cit. p. 287).

(4) "La ordenanza procesal civil alemana del año 1877, estaba vinculada todavía a la ideología liberal. Regulaba el proceso y, particularmente, la posición de las partes en el mismo,

dacional de la ciencia del proceso muy poco difundida (salvo la célebre polémica entre Windscheid y Müther y la obra clásica de von Bülow), de muy buena factura en su desarrollo teórico, debiendo destacarse en su fase tardía, comprometida con una política jurisdiccional, sobre todo con el justiciable.

El enfoque sistémico propuesto por Chiovenda a los estudios procesales en la primera década del siglo xx recibió un reconocimiento pleno en el pensamiento jurídico contemporáneo, tanto que le dio nombre a la siguiente etapa. Es tan importante este momento que hay concordancia en admitir que se trata del punto de partida de los estudios científicos del proceso.

La diferencia entre el enfoque de Chiovenda y el propuesto por Klein es considerable. Si bien ambos asumen una concepción publicística del proceso, Chiovenda elaboró sus trabajos asumiendo la responsabilidad de construir una ciencia, es decir, estableciendo categorías básicas, métodos, clasificaciones, todos los cuales sirvieron para construir un sistema, razón por la cual esta etapa recibió el nombre de sistemática. Klein, en cambio, trazó también una estructura propia de la materia procesal, pero desde la perspectiva de construir un modelo que iguale a los justiciables que permita al juez conducir el proceso de manera tal que no sean factores externos los que determinen su resultado.

Probablemente los trabajos de la etapa sistemática hayan exagerado el desarrollo teórico durante toda la primera mitad del siglo xx. Sin embargo, la suma de los antecedentes glosados permite asegurar que estamos ante una ciencia que no sólo ha interrelacionado su materia con la de otras ciencias, sino que, además, ha construido un entramado conceptual que puede perfectamente ser usado con criterios y finalidades diversas.

sin tomar en consideración las relaciones sociales y las funciones de la comunidad jurídica. Al convertirse en fenómeno social, para Franz Klein incluso en 'mal social', el proceso no podía seguir siendo considerado como una cuestión privada entre las partes. Su interferencia con los intereses de la colectividad tenía que manifestarse, consecuentemente, en una nueva ordenación de las relaciones entre juez y partes. De esta manera la estructura del proceso se ajustó a los requerimientos sociales.

(...)

La superación del formalismo del pensamiento jurídico de la época del liberalismo mediante una 'nueva ética material de la responsabilidad', que acentúa la función social del derecho, constituye el principal fundamento de la nueva estructura del proceso. De esta manera pierde relevancia la postura ideológica que entendía el proceso solamente como conflicto de partes." (FASCHING, Hans Walter. *Liberalización y socialización del proceso civil*, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N.ºs. 13-14, Año V. Enero-Agosto de 1972. pp. 25 y 26).

Cuando en la década del cincuenta del siglo pasado, Calamandrei avizó que, o la ciencia del proceso se reconducía hasta convertirse en el instrumento por excelencia para garantizar la supremacía de la Constitución y de los derechos allí expresados o acabaría en una torre de Babel de teorías encontradas, castillos conceptuales inútiles contruidos por juristas entrenados para perder el tiempo, aunque con aguzado rigor y seriedad científicas, estaba creando las condiciones para considerar agotada la etapa sistemática.

Precisamente a raíz del cambio de timón propuesto por Calamandrei y en la línea de darle la importancia que corresponde al concepto de *potestad jurisdiccional*, trasladando el centro de gravedad de los estudios procesales de su lugar clásico (acción, pretensión, etc.) a la función del juez dentro del proceso, básicamente a sus potestades, se empezó a forjar lo que Denti dio en llamar la etapa postsistemática.⁽⁵⁾

Un rasgo peculiar de la etapa post sistemática está íntimamente ligado a lo que es materia del presente estudio. En efecto, se torna necesario admitir que las categorías e instituciones procesales requieren ser supervisadas por una suerte de control de validez formal consistente en cierto número de principios normativos de rango constitucional cuya presencia, expresa o implícita, resulta indispensable para asegurar la existencia de un ordenamiento procesal compatible con las exigencias de un Estado de Derecho en tránsito a un Estado Constitucional de Derecho. Estos principios empiezan a ser conocidos como las garantías constitucionales del proceso y desde la segunda mitad del siglo pasado son incorporadas a las constituciones escritas donde pasan a cumplir un rol preferente.

Tal vez los vaivenes descritos respecto de su material de investigación o de su capacidad para renovarse y enfrentar los nuevos retos que proponen las sociedades, es lo que ha permitido que a la fecha se pueda contar con una disciplina que se mantiene lozana y vivaz como todo saber científico pasible de cautivar a sus seguidores.

(5) "È possibile, dunque, parlare, di una fase post-sistemica degli studi processuali, che coincide con l'affermarsi, accanto alla elaborazione —gia ricordata- dei principi costituzionali del processo e alle ricerche di ispirazione sociologica, dell'altra componente fondamentale dell'attuale fase degli studi: la comparazione. Naturalmente, il termine 'post-sistemica' ha una portata soprattutto temporale, intendendo fare riferimento alla fase degli studi che ha fatto seguito, nel tempo, a quella che si è convenzionalmente definita come 'sistemica'. Meglio sarebbe dire 'asistemica' se l'espressione non fosse in se stessa ambigua e priva di significato rigoroso. Quello che è certo è che la 'costruzione del sistema' —per usare le parole di Chiovenda— oggi ha perduto interesse per gli studiosi e non rappresenta più la loro massima ambizione". (DENTI, Vittorio. *Studi sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1999. pp. 28 y 29).

4. LA HISTORIA DEL PROCESO Y SU UBICACIÓN EN SEDE NACIONAL

Sería una negligencia inexcusable no establecer el correspondiente cotejo histórico entre el desarrollo descrito y lo ocurrido en el Perú. Sin embargo, no hay posibilidad de una correspondencia sincrónica.

Cuando el Código de Klein se convirtió en ley (1895), el Perú contaba con un Código de Enjuiciamientos en materia civil (1852) que seguía las pautas que había trazado la reforma napoleónica de la primera década del siglo XIX. Por otra parte, cuando Chiovenda lee su Prolusión en la Universidad de Roma en 1907, en el Perú se había empezado a trabajar la reforma de la ley antes citada. Esta reforma concluyó en 1909 y ya para 1912 tuvimos un nuevo Código vigente, con los mismos contenidos del Código anterior y sin ninguna posición filosófica —o por lo menos jurídica— correspondiente con la etapa sistemática, para esa fecha en su fase formativa.

El Código de Procedimientos Civiles de 1912 —en considerable medida una copia de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881— y los estudios procedimentales que motivó, son propios de una etapa anterior a la sistemática. Esta etapa estuvo caracterizada por el comentario exegético y puntual al enunciado normativo en base a un intenso esfuerzo memorístico en su enseñanza.

En 1993 se promulgó el Código Procesal Civil cuyo contenido, desde la perspectiva histórica de la evolución de los estudios procesales, es muy peculiar. En efecto, si bien abandona los estudios procedimentales y asume los postulados de la etapa sistemática, incorpora también, aun cuando fuese borrosamente, temas propios de la etapa postsistemática (tutela de intereses difusos, acceso a la justicia, algunas expresiones de tutela diferenciada, entre otros).

Si el cambio ocurrido con el nuevo Código ha sido beneficioso para el país es una pregunta cuya respuesta deberá esperar. Todo está demasiado cerca como para intentar apreciar la escena desde fuera. Ya habrá oportunidad de realizar un examen desapasionado. Sin embargo, lo que ahora importa es confirmar que los estudios procesales nacionales permiten a cualquier usuario en encontrar, si pone buena fe en la búsqueda, los elementos técnicos necesarios para que el proceso cumpla su finalidad.

A continuación vamos a acreditar, aun cuando fuese someramente, que aquella ciencia que es tildada de neutra, autónoma y científica, es eso y más, de tal suerte que el empleo de sus categorías va depender, en considerable medida, de la solvencia intelectual, de la escala de valores y del compromiso político del juzgador. Si el instituto procesal posee una

neutralidad en su esencia, siempre habrá manera de comprometerlo con una interpretación que asegure la decisión que se percibe como justa. Si tal categoría es científicista (que es creo lo que se quiso decir cuando se le imputó ser científica), habrá un método que permita descubrir su aspecto pragmático y útil. Finalmente, aunque la ciencia del proceso es autónoma (le costó un siglo lograr tal status), jamás ningún procesalista ha perdido de vista que su saber es instrumental. Entonces, compartamos algunos momentos de su historia a fin de descubrir todo lo que hay dentro de ella y así evitar a futuro afirmaciones desdeñosas y el uso de fórmulas exóticas.

5. LA "AUTONOMÍA PROCESAL" Y EL TC

5.1. Una necesaria cuestión previa

Si el lector realizara una microinvestigación de campo con una muestra (selección aleatoria) de veinte sentencias del TC, en por lo menos el ochenta por ciento de ellas encontrará un fundamento que, con variantes, es notable por su persistencia: *"como ya lo ha dicho este colegiado"*. El tema, aunque parezca, no es baladí, sobre todo si se tiene en cuenta que el uso de esta frase es selectivo. Suele presentarse, precisamente, en aquellas situaciones donde la necesidad de un esclarecimiento o cita doctrinaria aparece indispensable.⁽⁶⁾

Esta curiosa "técnica argumental", que en estricto desarrolla el sofisma llamado Petición de principio, consiste en convertir en conclusión lo que aparece en una de las premisas del argumento. Con esta "técnica" se han convertido en superlativos los fundamentos jurídicos del TC. Como lo vamos a demostrar a continuación, el TC ha elevado sus conclusiones a la categoría de axiomas (verdades que no necesitan demostración y que, por tanto, deben ser reconocidas como ciertas, inexorablemente). Se trata de afirmaciones cuya reminiscencia implícita (*como ya lo ha dicho este colegiado*) hace inútil cualquier exigencia de fundamento adicional. En otras palabras: usando categorías weberianas, los criterios de legitimación de la autoridad de quien expide las decisiones se han transformado, en el caso del TC de racionales a divinas.

⁽⁶⁾ En el caso de la sentencia comentada hay quince (15) autocitas ("*como ya lo ha dicho este colegiado*"; "*Tal como lo ha establecido este colegiado*"; "*Ya en sentencia anterior, el Tribunal ha señalado*"; "*tal como se ha señalado anteriormente*"; etc.). Tratándose de una sentencia de treinta y un (31) páginas, las autocitas o autoreferencias resultan un número significativo, lo que se agrava cuando se aprecia que la "técnica" suele ser utilizada en las incidencias que, precisamente, reclaman la fundamentación más sólida.

Detrás de esta falacia no existe únicamente una exacerbada consideración sobre aquello que el TC cree que es y cree que puede. También es posible advertir la presencia de un instituto llamado "Autonomía Procesal". Conocer el origen, la estructura y las funciones de tan particular categoría resulta indispensable, a fin de develar una fundamentación falsificadora de lo que viene realizando el TC con el tema procesal.

Siendo así, pasemos a mostrar el contenido real de una institución que, sin que quienes allende la forjaron hayan siquiera pensado que tuviese tal efecto, es el fundamento supremo que ha permitido al TC —y sigue permitiéndole, si esto no se desenmascara pronto— prescindir de las bases teóricas del proceso y, así, gestar un intuicionismo procesal que no tiene más límite que su voluntad que es, como también lo ha expresado en otras sentencias con la más supina autosuficiencia, "la voluntad de la Constitución", ni más ni menos.

5.2. Una tendencia en el Derecho Comparado

En los libros recientes de Derecho Comparado suele reconocerse que, desde mediados del siglo pasado, su objeto de estudio ha adquirido una importancia considerable. Entre otras razones, porque los medios de comunicación y de transporte de personas y cosas han fragilizado las fronteras, alguna vez entendidas como rígidos límites a las relaciones internacionales. En cualquier caso, no es desdeñable compartir la enseñanza de Cappelletti de que el gran cambio producido en la segunda mitad del siglo pasado en el Derecho Comparado ha consistido en que, si alguna vez el derecho sirvió para que los estados europeos afirmaran su identidad, el nuevo siglo encuentra a los juristas buscando fórmulas consensuadas que los integren más allá de sus nacionalidades.⁽⁷⁾ Es el caso de la Unión

(7) "Por lo demás, los mismos desarrollos históricos más recientes, esto es, los desarrollos que han conducido a las codificaciones del siglo último y especialmente a las de este siglo, y aun cuando sean desarrollos propios de estados singulares, no carecen, sin embargo, de una dirección común y, me atrevería a decir, de una ideología común por la cual, más o menos evidentemente, aparecen inspirados todos ellos; de manera que suele afirmarse que se tiene no sólo una matriz común, sino además una comunidad tendencial en las directrices de desarrollo y de superación de aquella matriz común. Es precisamente éste uno de los más interesantes fenómenos de la historia antigua y moderna de los ordenamientos procesales europeos: éstos, que en los siglos del nacimiento y de la afirmación de los varios Estados nacionales, han manifestado sobre todo una fuerza por decir así *centrífuga* de diferenciación de la matriz originaria —la matriz de la que en seguida hablaremos— están ahora manifestando nuevamente un cambio por decir así una fuerza *centrípeta* de unificación que permite entrever directamente, en embrión, la formación en la Europa Occidental de un unificado

Europea, por ejemplo. Por cierto, esto que hoy es un ejemplo emblemático de integración continental por todos conocido, fue advertido desde inicios de 1970 por el maestro de Florencia.

En la práctica, las invasiones de literatura jurídica entre los Estados han determinado no sólo que la penetración de las ideas e instituciones de unos afecte a otros, produciendo una alteración importante de su estructura jurídica interna, sino que, inclusive, han determinado que se vean afectadas las decisiones de sus jurisdicciones ordinarias y también las constitucionales. Con este hecho hay que contar para realizar un análisis de lo que nos está pasando y de lo que nos puede pasar. La penetrabilidad de las instituciones jurídicas de otros países se ha extendido de manera considerable, con todo lo bueno y malo que esto pueda significar. Se trata de un estado inexorable de la situación, así que asumimos el reto de enfrentar su presente.

Nos encontramos en una situación compleja que no sólo ha remecido los excesos del positivismo clásico, sino también ha reivindicado la importancia de los órganos jurisdiccionales respecto de la clásica limitación impuesta por las leyes nacionales. Esto ha ocurrido por medio de la interpretación y aplicación de normas foráneas, las que de manera lenta pero constante se vienen integrando a los sistemas jurídicos nacionales, constituyendo un fenómeno histórico inédito que, sin duda, debe reconocerse como provechoso. Y en esta tendencia la jurisdicción constitucional no sólo no se ha mantenido al margen sino bien podría decirse que se encuentra en la zona más sensible de tal influencia.⁽⁸⁾

'derecho procesal europeo'." (CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el Derecho Comparado*. Buenos Aires: EJEA, 1973. p. 11).

(8) "Le frontiere fra gli stati, che all'inizio del XX secolo rappresentavano delle barriere formidabili, tanto per i rapporti giuridici ed economici, quanto per quelli linguistici e culturali, hanno visto ridurre tale loro funzione, sia per l'incremento degli scambi commerciali e culturali, sia per la diretta penetrazione di forme di comunicazione proveniente d'oltre frontiera che gli stati sono risultati incapaci di impedire.

(...)

Il confronto fra gli assetti organizzativi derivanti dagli ordinamenti giuridici dei singoli stati è divenuto così un tema di riflessioni quotidiana per chiunque e profondi movimenti politici o economici si sono sviluppati in modo spontaneo, al di là dei confini delle decisioni degli organi costituzionali degli stati, che in taluni casi ne sono stati anzi travolti.

(...)

Soprattutto a partire dalla seconda metà del XX secolo, hanno assunto così un'importanza crescente gli organi giurisdizionali —ed in particolare i giudici costituzionali e internazionali— ed anche altri soggetti indipendenti rispetto alle autorità statali che esprimono il núcleo centrale del potere politico.

5.3. Descripción de la "Autonomía Procesal"

Patricia Rodríguez-Patrón distingue dos tipos de reglamentación en el TCF, una interna (*innere Geschäftsordnung*) y otra externa (*äussere Geschäftsordnung*). Como es evidente, la primera regula las relaciones al interior del TCF y la otra las de éste con quienes se acercan a procurar su actividad jurisdiccional. Sin embargo, la investigadora española observó que la reglamentación externa suele ser considerada por el TCF como un instrumento que le concede la facultad (ya que no potestad) de realizar actos que van más allá de lo puramente reglamentario "entrando de lleno en el proceso en sentido estricto".⁽⁹⁾

Esta actividad, híbrida y compleja, que realiza el TCF por medio de sus fallos, aunque en la práctica importa la formulación de reglas procesales sobre aspectos tales como la legitimación, el objeto del proceso o los efectos de la sentencia, entre otros, tiene, se dice, la característica de ser "cuasilegislativa" y recibe el nombre de *Verfahrensautonomie*. Ésta es la categoría que ha pasado a nuestro idioma con el nombre de "Autonomía Procesal" (en adelante "AP"). A continuación describiremos sus rasgos y fundamentos esenciales para saber qué es realmente y cómo puede ser entendida o, eventualmente, incorporada en sede nacional si hubiese necesidad.

5.3.1. Primer fundamento de la "AP"

Se afirma que el origen de la "AP" reside en el hecho de que la ley (en adelante LTCF) reguladora de las funciones del TCF es *intencionalmente* incompleta y además en que, dados los antecedentes recientes y los fines excepcionales que cumplen los tribunales constitucionales —que se pue-

(...)

Per effetto di questi fattori evolutivi, la funzione del diritto comparato ha cessato di essere una funzione di ordine esclusivamente culturale e si sono manifestate situazioni —ben più frequenti ed importanti di quelle regolate dal diritto internazionale privato— nelle quali norme vigenti in altri paesi, proprie di tradizioni culturali di altri paesi (o comuni ad altri paesi), sono venute ad esercitare, nell'interpretazione o nell'applicazione del diritto positivo, un ruolo che all'inizio di questa vicenda sarebbe stato per esse impensabile." (PIZZORUSO, Alessandro. *Comparazione Giuridica e Sistema delle Fonti del Diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005. pp. 29 y 30).

El Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, la Corte Penal Internacional de Roma o la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José son, entre otras, pruebas irrefutables de la tendencia a universalizar la justicia.

⁽⁹⁾ RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. *La "Autonomía Procesal" del Tribunal Constitucional*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003. p. 17.

den comportar simultáneamente como órganos jurisdiccionales, aunque también funcionan como órganos políticos atendiendo a lo que expresan sus decisiones— resulta necesario admitir que existen muchos casos complejos respecto de los cuales los métodos de integración tradicionales no son suficientes para que los tribunales puedan cubrir los vacíos o lagunas normativas.

Conviene ratificar que las reglas procesales creadas son expresadas por el TCF en sus resoluciones y se originan, según se acaba de afirmar, como consecuencia de un vacío o laguna intencional que, entonces, es cubierta jurisdiccionalmente atendiendo a criterios de oportunidad. Estas reglas expresadas en un caso concreto, entonces, se convierten en criterios normativos a ser seguidos cuando se presenten situaciones similares.

Antes de pasar a otro fundamento de la “AP” nos quedamos con una duda razonable. Si se afirma que el vacío es intencional esto significa que por omisión hay una concesión legal y, si esto es así, no hay manera de considerar que existe autonomía. Ahora, no deja de ser singular el punto de partida del fundamento: se trata de una técnica legislativa intencionalmente omisiva. Resulta difícil admitir como argumento el uso de una técnica de legislar que consiste en no legislar. Este fundamento puede aún ser expresado de otra manera: dado que las técnicas de integración con las que cuenta el TCF son insuficientes, es necesario que su ley reguladora proponga vacíos a fin de que pueda dar cabida a sus facultades creativas, es decir, los vacíos del derecho material sólo pueden ser llenados si la ley procesal tiene vacíos que al ser cubiertos por el TCF produzcan, como consecuencias, que éste pueda: a) Crear normas procesales y b) Resolver los casos difíciles que, de otra manera, quedarían en pendencia.

5.3.2. Segundo fundamento de la “AP”

Explica Rodríguez Patrón que otro intento de fundamentar la institución consiste en considerar que la “AP” o, como también se le llama, la “configuración jurisdiccional autónoma del proceso”, se produce sea como consecuencia de una delegación especial de la ley, sea como consecuencia de la calidad especial del objeto del proceso.

En el primer caso suele utilizarse como ejemplo el artículo 35 de la LTCF. Esta norma permite al TCF hacer efectivo el principio de la ejecución específica de las sentencias, esto es, le concede la facultad de conducir la ejecución de la decisión de manera tal que, en los hechos,

ésta sea correspondiente con lo que el órgano auténticamente quiso que ocurriera.⁽¹⁰⁾

En el segundo, se dice que la "AP" puede ser explicada a través de una máxima procesal (*Offizialmaxime*), elaborada también por el propio TCF y a partir de sus decisiones, precisamente como producto de la "AP". Esta máxima importa entre otras posibilidades, el poder de variar el contenido de la pretensión e inclusive la vía procedimental, afirmando el TCF que su única limitación es la demanda, esto es, el inicio del procedimiento o, como se suele llamar en doctrina, el principio de la justicia rogada

Nótese que este segundo fundamento es abiertamente implicante en sus dos variantes. En la primera la fundamentación se sustenta en una base legal precaria, en tanto sólo está referida a la ejecución de sentencias, tema respecto del cual el TCF ha expedido sentencias ejerciendo tal potestad sin que se pueda alegar la utilización de *Rechtsschoepfung* (capacidad de crear derecho) sino simple y llanamente el ejercicio de una facultad otorgada legislativamente. En la segunda el argumento implica un retorno a la teoría del vacío aunque, esta vez, ya no admite que sea intencionado. Por esa razón la hace derivar de un Principio General del Derecho,⁽¹¹⁾ es decir, aunque no se explicita el argumento, el recurso a una máxima procesal es, *mutatis mutando*, el empleo de una técnica de integración.

5.4. Algunas precisiones y críticas a la "AP"

A fin de identificar con claridad aquello que estamos llamando "AP", conviene precisar que ésta no debe ser confundida con el empleo de una integración de la costumbre *praeter legem*. Admitir tal identidad importaría darle la calidad de norma jurídica al *usus fori*, situación severamente cuestionada en la doctrina procesal en cuanto que, mayoritariamente, se recusa que la "práctica comúnmente generalizada", como solía llamarla Calamandrei, sea fuente de Derecho. Por otro lado y de acuerdo a la descripción hecha en la primera variante del fundamento anterior, no se trata de una integración sea porque hay "delegación" sea porque se actúa sobre una situación regulada, en cualquier caso el vacío o laguna no está presente.

(10) "Artículo 35. El Tribunal Constitucional Federal puede determinar en su resolución quién la ejecuta. También puede regular en el caso concreto la forma de ejecución."

(11) Este concepto, como sabemos, es producto de la Pandectística alemana y consiste en un principio normativo que es obtenido, a su vez, de un conjunto de enunciados normativos, agrupados con el fin de obtener una regla general para resolver un caso no previsto. Como es evidente, no hay manera de no considerarlo como una técnica de integración.

Hasta aquí la descripción sobre lo que, a veces contradictoriamente, se entiende que es la "AP". A continuación las críticas más destacadas que ésta recibe de la misma doctrina alemana.

Un cuestionamiento muy importante es el que se refiere a la supuesta concesión hecha por el legislador cuando reduce intencionalmente su actuación al mínimo, como presupuesto de la "AP". La objeción obvia es, como ya se anotó, que si hay concesión entonces no hay autonomía, sino la recepción una suerte de delegación tácita o algo parecido. Por otro lado, para que esta renuncia intencional del legislador sea reconocida, tendría que ser expresa o, por lo menos, sobreentenderse con alguna claridad. Finalmente, una conducta legislativa intencionalmente omisiva es excepcional en tanto que, sin una justificación suficiente, devendría en inaceptable. Es lo que también piensa Rodríguez-Patrón cuando considera, apoyándose en Canaris y en la doctrina mayoritaria, que la laguna por definición es un "vacío inconsciente" (*planwidrige Unvollständigkeit*).

Un jurista que siempre está dispuesto a proponer nuevos retos al pensamiento constitucional como Häberle no es partidario de la "AP". En su opinión, lo que existe es una mayor libertad de interpretación en el ámbito procesal del TCF como consecuencia de la autonomía del derecho procesal constitucional, cuya trascendencia es explicable por el contenido material de la Ley Fundamental. Sin embargo, le parece adecuado el uso que el TCF hace de las técnicas de interpretación y también de su flexibilidad, pero en ningún caso considera que exista una "AP" en los términos aquí expuestos.⁽¹²⁾

(12) "En general, se obtuvo una impresionante tradición de jurisprudencia del Tribunal Constitucional con respecto a su Derecho procesal en la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional. Desde la teoría constitucional puede resumirse en la fórmula: 'Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado' y cada vez más la Ley del Tribunal Constitucional como 'ley de pluralismo y participación': los órganos constitucionales autorizados para participar deberían hacer uso de sus posibilidades de participación en los procesos constitucionales.

La autonomización del Derecho procesal constitucional ha llegado a tal punto frente a otras normas procesales, que parece imprescindible frente a las tareas de la legislación constitucional, según la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional. El Derecho procesal constitucional no sólo debe ser entendido técnicamente. El Tribunal Constitucional ha desarrollado grandes logros en el refinamiento de los instrumentos de información y de participación: en el sentido de 'información a través del pluralismo'. También es ejemplar el uso de los métodos de interpretación frente a la casuística, la flexibilidad, la falta de desarrollo doctrinario y de su adaptación al 'asunto del Derecho procesal constitucional', sin que ello vaya en desmedro de los 'principios' y los tópicos recurrentes y sin que el costo signifique

Sin embargo, no se puede dejar de expresar la preocupación por la afirmación de la autonomía del derecho procesal constitucional que Häberle sostiene sin desarrollar. Aunque no sea su especialidad, el distinguido jurista alemán es heredero de la más extraordinaria expresión del pensamiento procesal universal en su etapa precursora —las raíces genuinas de la ciencia del proceso como ha sido ya anotado— y también en la científica propiamente dicha. Aunque sólo fuese por esa tradición, hubiera sido interesante que el profesor intuyera que no hay manera de construir una especialidad procesal sin tener como referencia obligada los postulados de la teoría del proceso. Ni la suprema trascendencia de la norma constitucional y tampoco la necesidad de ser más creativos y atrevidos a fin de asegurar la vigencia de la Constitución, debilitan la afirmación de que no es posible construir una especialidad procesal a espaldas de su fundamentación teórica básica.

Según Rodríguez-Patrón, la crítica más contundente de la "AP" proviene de Schlaich quien, entre otros argumentos, considera que no existe mayor diferencia entre los métodos convencionales de integración y la "AP". En opinión de Schlaich lo que hay es una "libertad de decisión discrecional" que es consecuencia de que el TCF cuenta con una ley concientemente incompleta. Se refiere a la LTCF. Finalmente, este autor afirma que el TCF jamás ha reivindicado para sí contar con "AP", sino que más bien lo que hace es "configurar libremente, en un amplio margen, su proceso".

Como colofón, conviene citar a Rodríguez-Patrón sobre un tema que —comentando la posición de Schlaich— va a tener relevancia cuando nos refiramos al estado de la "AP" en sede nacional: "Considera desafortunada la expresión *Herr seiner Verfahren* que, pese a haber sido acuñada por el mismo Tribunal, no se ha visto respaldada en la práctica por su actuación. Este autor mantiene además una posición contraria, no sólo respecto a Zembsch, sino también respecto a la doctrina tradicional, en relación con las lagunas de la LTCF. Éstas —opina— son un defecto de la ley, no una prueba de la existencia de la 'autonomía procesal' del TCF. En sentido parecido, E. Klein".⁽¹³⁾

'tendencias de ablandamiento'. Lo mismo vale para la interpretación integral 'procesal interna' de las normas particulares de la Ley del Tribunal Constitucional. Cabe destacar especialmente los efectos retroactivos de las normas de la Ley del Tribunal Constitucional sobre la interpretación de la Ley Fundamental." (HÄBERLE, Peter. *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Lima: Palestra-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2004. pp. 49 y 50).

⁽¹³⁾ RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. Op. cit. p. 35.

Hay una crítica que es muy sólida y didáctica para efectos de comprender el relativo suceso que ha tenido la "AP" en Alemania y fuera de ella. Esta crítica, además, constituye una razón fundamental para que su uso no sólo no haya fructificado, sino para que la institución sea apreciada con extremo cuidado. Existe un principio de legalidad procesal que no sólo tiene la calidad de derecho fundamental sino que se expresa también, en forma distinta, en otros tantos derechos fundamentales. En efecto, sobre las normas procesales hay una reserva de ley que resulta indispensable respetar, dado que es la manera cómo se asegura, por ejemplo, la presencia de un juez natural, de un procedimiento previamente establecido por ley, de un contradictorio o de un derecho a probar o a impugnar, entre otros.

Si en lugar de normas procesales de origen legal, los jueces van a construir reglas procesales al interior de sus decisiones que, a su vez, van a ser empleadas como normas en procesos futuros, toda la actividad procesal puede trasladarse al ámbito de lo relativo y discutible. Así, la aplicación de estas "normas" a tal o a cual tipo de procedimiento o, por otro lado, la discusión sobre su vigencia temporal (por ejemplo, ¿se aplica a procesos en trámite cuando se expidió la sentencia del TCF?), entre otras cuestiones, generarían una complejidad que muy rápidamente conduciría al caos de la actividad procesal.

Está clara la enseñanza de Häberle en torno a la calidad especial que tienen las normas procesales que tutelan derechos constitucionales. Sin embargo, no puede dejar de ser claro, también, el grave riesgo de que, desde el punto más elevado de su garantía, los tribunales constitucionales afecten precisamente estos derechos fundamentales.

Una objeción mayor que se puede tomar insalvable, tiene que ver con el hecho de que el acto de legislar en materia procesal es, sin duda, una decisión política. Esta afirmación implica que aquello que hemos dado en llamar "AP" está afectando la teoría de la División de poderes⁽¹⁴⁾ desde que viene siendo realizada por un órgano jurisdiccional, aunque sea necesario reconocer, a su vez, que el rasgo peculiar de las decisiones del TCF consiste en que, en muchos casos, tienen un definido contenido político y social.

⁽¹⁴⁾ Aún cuando sea obvia la diferencia, preciso que me estoy refiriendo a la División de poderes como categoría de la ciencia política que, con la desaparición del Absolutismo, ha devenido en imprescindible para proponer las diversas formas de gobierno. Por tanto, no hago referencia a la Separación de poderes que es la doctrina propuesta por Montesquieu y que fue asumida con entusiasmo por el pensamiento liberal y por los gobiernos republicanos posteriores a la Revolución Francesa. Respecto de ella se puede afirmar, sin exagerar, que se trata de una categoría travesti en tanto no es más aquello que sigue pareciendo que es.

Entonces, entrampados en esta suerte de Escila y Caribdis, los tribunales constitucionales están obligados a asumir una actuación mesurada pero original; oportuna pero atrevida. En cualquier caso, deben producir estabilidad sin perjuicio de promover un futuro distinto.

Recobra vigencia la preocupación de siempre: la prueba definitiva sobre cuándo se afectan los límites de un Estado democrático de derecho está en el hecho de que no debe existir órgano que ejercite poder y que no tenga control. Es necesario, por su trascendencia, relevancia y permanente aumento del número de los derechos fundamentales a ser protegidos —hubiera sido impensable afirmar, hace cincuenta años, que asegurar la calidad del aire es un derecho fundamental— permitir que los tribunales constitucionales puedan actuar en situaciones donde la norma procesal no provee alternativas. Sin embargo, es necesario recordar que cuando esa situación se presente, la seguridad jurídica exige que esa regla inspiradora nacida de un contexto de oportunidad se convierta posteriormente (aunque muy pronto) en un enunciado normativo conforme al procedimiento legislativo vigente.

Es conveniente tener en cuenta una precisión que hace Rodríguez-Patrón cuando comenta la incorporación de la "AP" por parte del Tribunal Constitucional español. Ella indica que su empleo está directamente ligado a los procesos de inconstitucionalidad y a los efectos de las sentencias que en estos recaen. Ésta es una acotación que va a ser de estricta pertinencia e importancia para cuando apreciemos la original incorporación de la "AP" en el Perú.

Finalmente hay una frase de la profesora española citada que, con agudeza, compendia lo que queda luego de haber analizado la categoría estudiada: "Aunque no ignoramos que —según lo expuesto— la expresión 'autonomía procesal' puede resultar problemática, no renunciamos a su utilización para definir ese fenómeno. Ello nos ahorrará tener que describirlo cada vez que nos refiramos a él. Lo usaremos, pues, no por su exactitud desde un punto de vista técnico-jurídico sino, fundamentalmente, porque resulta —sin duda— gráfico".⁽¹⁵⁾

5.5. Una opinión

Sobre la base de la valiosa información brindada por Rodríguez-Patrón, no alcanzo a comprender por qué ella ha elegido traducir *Verfahrensauto-*

⁽¹⁵⁾ RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. Op. cit. p. 45.

nomie como “Autonomía Procesal”. Sin afirmar que se trata de un valor entendido o de que hay unanimidad sobre la materia, suele aceptarse en teoría del proceso que las normas de *procedimiento* son el conjunto de reglas de conducta que regulan la actividad, participación y las facultades y deberes de los sujetos que actúan en la búsqueda de un objetivo determinado. Por extensión, también se denomina así a la forma que toman los actos con sujeción a las reglas previstas. Siendo así, puede haber un procedimiento administrativo, judicial o de cualquier otra naturaleza, en tanto consista en un conjunto de reglas previstas anteladamente para lograr el objetivo deseado. El *proceso*, en cambio, es el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos realizados durante la actuación jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con el propósito de lograr la eficacia del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva el proceso es la unidad en donde el procedimiento es la pluralidad.

Entonces, cuando al iniciar sus estudios Rodríguez-Patrón empezó a encontrar una identificación en el uso de los conceptos *aussere Geschaf-tordnung* (Reglamento externo del TCF) y *Verfahrensautonomie* (Autonomía Procedimental) nos parece que debió intuir que el TCF lo que estaba haciendo es expandir su facultad reglamentaria externa a ámbitos ligados a aspectos procedimentales (externos, puntuales, precisos) del proceso. Y parece que ese era el sentido, en tanto la expresión *Verfahrensautonomie* —salvo que información doctrinal desarrollada y definida diga lo contrario— no es otra cosa que *Autonomía Procedimental*. Si la traducción además de ser literal se hubiera compadecido de las categorías usadas en teoría del proceso, el enredo y su perniciosa importación (como se verá luego) hubieran sido mínimos.

Por lo demás, partiendo de categorías precisas, podría admitirse que fuera de aquellos casos donde hay facultad legislativa expresa (como en la ejecución de las sentencias) o en aquellos otros donde no se presentan lagunas (porque para ellas hubiera bastado el uso de las técnicas de integración), la actuación del TCF en otros ámbitos podría ser calificada como *Prozessautonomie*, esto es, *Autonomía Procesal*. Sin embargo, para que el nombre corresponda con la acción, se debe tratar de aquellos casos excepcionales en donde se modifica el objeto del proceso al calificar la demanda, por ejemplo. Con ello, no sólo se hubiera dado el nombre pertinente a los actos que se realizan, sino que, además de limitar clara y pedagógicamente el contenido de cada categoría, este discernimiento habría permitido que el título de *Herr seiner Verfahren* (Señor de su procedimiento) hubiera sido menos embriagador para ciertos espíritus nativos a quienes les sobreexcitan las ideas foráneas, como lo apreciamos a continuación.

6. LA "AUTONOMÍA PROCESAL CONSTITUCIONAL" EN SEDE NACIONAL

En mayo de 2007 se realizó en Huancayo el II Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional "Héctor Fix Zamudio". En él se reunieron los constitucionalistas peruanos que tienen interés —tanto que hasta enseñan— por los estudios procesales. En aquella ocasión el doctor Mijail Mendoza —asesor del Tribunal Constitucional— presentó una ponencia que intituló: *La Autonomía Procesal Constitucional*. Dado que se trata de un trabajo de cercana data y, además, realizado por alguien que conforma el equipo de asesoría del TC, resulta de especial interés conocer qué se piensa desde dentro del TC sobre la "AP".

Como se comprobará a continuación, no sólo el TC ha hecho suya la "AP", sino resulta evidente que ésta se ha convertido en el instrumento principal a través del cual se pretende alterar los cimientos del ordenamiento jurídico peruano. En beneficio de los autores del estropicio, consideramos bastante probable que ello haya ocurrido sin que siquiera se tenga conciencia de lo que están a punto de producir.

Tal como se ha demostrado en las páginas anteriores, ni en su país de origen y tampoco en España —países desde donde comúnmente se nutren de información los asesores del TC— la "AP" ha adquirido reconocimiento y mucho menos título de exportación. Por eso nos queda la duda razonable en torno a si los jueces del TC son o no concientes que han asumido una peligrosa doctrina que donde se engendró no sólo es discutida y relegada sino que, además, se sostiene en una profunda desinformación y desdén sobre la ciencia procesal. Para intentar una respuesta analicemos el trabajo.

6.1. La "Autonomía Procesal Constitucional" según Mijail Mendoza

El autor define la Autonomía Procesal Constitucional (en adelante APC, porque para Mendoza es sin comillas) diciendo que es un principio que "establece una potestad del juez constitucional para la interpretación e integración de las normas constitucionales".⁽¹⁶⁾ Sin embargo, más adelante varía su definición sustancialmente y afirma que: "la autonomía procesal constitucional viene a ser la potestad de creación judicial de Derecho Procesal Constitucional por el Tribunal Constitucional".⁽¹⁷⁾

⁽¹⁶⁾ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *La autonomía procesal constitucional*. En: *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año II. No. 4, julio-diciembre de 2006. Lima: Palestra Editores. 2007. p. 97.

⁽¹⁷⁾ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Op. cit. p. 102.

Si el autor se quedara con la primera definición, la APC sería “el parto de los montes”, es decir, tanto ruido para que sólo aparezca el modesto ratón. En efecto, si la APC se caracteriza porque el juez interpreta e integra normas constitucionales, ¿acaso no es exactamente lo que hacen todos los jueces ordinarios con los enunciados normativos del ordenamiento jurídico o cuando éstos faltan? ¿Dónde está la singularidad? Por lo demás, no olvidemos que la “AP” se presenta en el TCF cuando las técnicas de integración tradicionales son insuficientes, afirmación que implícitamente tiene como presupuesto la ausencia de un enunciado normativo aplicable al caso. Ésta es la razón por la que no nos referimos a las técnicas de interpretación, porque el presupuesto de la “AP”, no lo olvidemos, es la existencia de una laguna deliberada, por lo menos en lo que corresponde a uno de sus fundamentos más reconocidos.

Si el autor se quedara con la segunda definición, es decir, si renunciara a mantener su justificación inicial, ello significaría que el tribunal peruano ha pasado a ser legislador, en tanto que por medio de sus decisiones o de sus fundamentos de decisiones —a partir de una *potestad* no descrita ni explicada pero sobreentendida— pasa a crear Derecho Procesal Constitucional, ni siquiera normas procesales específicas, sino ¡Derecho Procesal Constitucional!

No deja de tener un halo de misterio la segunda definición, en tanto su autor no explicita en qué circunstancias el TC puede ejercer esta potestad o, tal vez, lo ha dicho Mendoza y no lo hemos advertido. ¿Pensará que en cualquier circunstancia el TC puede crear normas procesales?, ¿o que inclusive puede derogar las vigentes?

Estamos seguros que Mendoza sabe que en Derecho “reivindicar” significa recuperar algo que estuvo alguna vez bajo dominio. A pesar de ello, éste afirma que las respuestas del TCF “se han sustentado en premisas relativas a su reivindicación de su condición de ‘Señor del proceso’ (*Herr des Verfahrens*)”.

El TCF está al borde de los sesenta años de existencia, pero ¿alguna vez fue “Señor del proceso” o “Señor del procedimiento” para ser respetuoso con la versión literal? En ningún momento, porque lo que el TCF hizo en la sentencia (DTCF 13, 54 [94]) donde acuñó el título comentado consistió en variar la vía procedimental de un proceso constitucional, a fin de permitir un pronunciamiento sobre el fondo. Para evitar excesos en la interpretación de lo decidido, el TCF precisó que lo hizo únicamente porque si le ordenaba al demandante que inicie un nuevo proceso, su pretensión habría prescrito. Así lo dejó establecido el “Señor del procedimiento”, precisamente para

hacer saber que no se trataba de una arbitrariedad, sino de una decisión originada en privilegiar la tutela del derecho fundamental afectado.

Se trató de una decisión que compartimos totalmente pero que, en ningún caso, importa el ejercicio vertical de un dominio que alguna vez el TCF haya tenido. Lamentablemente, la prudencia del TCF no ha sido hecha suya por el TC, como se apreciará posteriormente.

Transcribamos a Mendoza para que nuestro comentario no se considere distorsionado por una apreciación subjetiva:

El Tribunal Constitucional puede ejercer tal potestad de creación con motivo de:

- 1) La interpretación de normas procesales constitucionales (creación por interpretación)
- 2) La integración de lagunas en normas procesales constitucionales (creación por integración)
- 3) La discrecionalidad judicial habilitada por las normas procesales constitucionales (creación por habilitación legal)
- 4) La creación de normas procesales constitucionales (creación directa).⁽¹⁸⁾

Ahora, comentemos cada una de las opciones por separado.

Sobre el punto 1) Tarello enseñó a distinguir el documento normativo de la norma,⁽¹⁹⁾ lo cual, para no complicarnos, equivale a distinguir el signo del significado. Así, un código es un documento normativo que está conformado por un conjunto de enunciados o disposiciones normativas de las

(18) MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Op. cit. p. 99.

(19) "Nelle organizzazioni giuridiche moderne, le norme sono i significati che si attribuiscono ai documenti delle leggi e degli altri atti normativi giuridici. A questa attribuzione di significato si dà il nome di interpretazione. L'interpretazione riguarda anzitutto ciascun singolo documento, e successivamente le combinazioni di documenti e le combinazioni di significati, nonchè, tendenzialmente, la combinazione di tutti i documenti normativi che fanno parte di un sistema giuridico e di tutti i loro significati. Quando le combinazioni sono molto articolate, sembra talvolta che l'interpretazione non consista, propriamente, in una attribuzione di significato ai documenti normativi, bensì in una ricerca di norme *oltre* i documenti: in questi casi talvolta si parla di 'ricerca del diritto'; talvolta invece sembra che l'interpretazione consista nello *scegliere, tra* i documenti normativi, quello (o quel suo segmento rappresentato da un enunciato) cui attribuire un significato, traslasciando gli altri; in questo caso si parla di 'individuazione della norma'. Ma, manche in questi casi, l'interpretazione prende le mosse da un documento, o da più documenti, che si presume esprimano norme, e il primo passo consiste nell'attribuzione di significato a un documento normativo e agli enunciati in cui esso si suddivide." (TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè Editore. 1980. pp. 102 y 103).

cuales se puede extraer uno o más significados. Cuando ese acto lo hace un juez dentro de un proceso, por medio de la interpretación, se afirma que ha creado una norma jurídica para resolver un caso concreto.

Cuando un juez —ordinario o constitucional— interpreta un documento o un enunciado normativo, es decir, extrae de él una norma y la aplica al caso concreto, crea derecho y ello no importa ninguna novedad, porque es común a todos los jueces. En consecuencia, no hay razón para atribuirle esa actuación en exclusiva al rc. Insinuar tal cosa podría entenderse como que los demás jueces están limitados en tal potestad. Inclusive conviene precisar que la conclusión es válida con prescindencia de si la norma es material o procesal.

Mijail Mendoza dice que la interpretación se emplea cuando las normas presentan *indeterminaciones*.⁽²⁰⁾ Sin embargo, contrariando su postura, la doctrina es pacífica y unánime en sentido contrario: el juez, cuando resuelve un caso empleando un documento o enunciado normativo, siempre interpreta. Y esto es obvio dado que, como el enunciado no es norma, resulta necesaria una operación racional-justificatoria que extraiga de éste el contenido (norma jurídica) que corresponda para resolver el caso concreto. Inclusive en aquellos supuestos, en apariencia “simples”, donde el juez establece una identidad entre el enunciado con la norma que extrae, se produce interpretación. La llamada interpretación literal es la opción técnica más empleada por el juez. Todo esto sin perjuicio de dejar sentada la compleja problemática que se presenta en otras disciplinas (Semiótica y Lingüística) cuando se trata de determinar los alcances de la interpretación literal, lo que nos lleva a adelantar sólo una breve precisión: la interpretación literal es una técnica que, en su empleo respecto de un enunciado normativo, puede producir múltiples resultados.

Sobre el punto 2) Las técnicas de integración sirven para eliminar las lagunas, que son los vacíos producidos por un sistema normativo incompleto, por lo menos en su versión más simple.⁽²¹⁾ Esto significa, en conse-

(20) MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Op. cit. p. 99.

(21) “Los teóricos que recientemente se han ocupado del problema de las ‘lagunas’ en el derecho admiten, en general, que su elucidación requiere que se tome en cuenta la noción de ‘sistema de normas’. De esta forma, pareciera que el problema en cuestión puede ser referido al análisis de la completitud, en tanto propiedad formal de los sistemas normativos. Lo que supone que la idea de sistema puede constituir el punto de partida de un modelo teórico viable para la comprensión del conjunto normativo denominado ‘derecho’. Así, en un conocido artículo, Norberto Bobbio afirma que la categoría de la ‘laguna’ no es más que el reverso de la noción de completitud referida a un sistema de normas jurídicas. Esto es así,

cuencia, que de manera evidente el uso de alguna técnica de integración implica un acto de creación normativa. Sin embargo, también en este caso el uso de tales técnicas no es patrimonio exclusivo del TC sino de cualquier juez ordinario con prescindencia de su grado. Todo lo que se requiere para emplear una técnica de integración es que el juzgador llegue al convencimiento que el caso por resolver no aparece acogido por ningún enunciado del sistema de normas.

Así y todo, no deja de sorprender la afirmación de Mendoza en el sentido de que el acto concreto consiste en: "La integración de lagunas (...)" Lo decimos porque las lagunas no se integran sino se eliminan o, si se quiere seguir siendo literal, se llenan. Es cierto que integrar es comprender, incorporar, pero en este caso lo que se integra es la norma creada y no la laguna.

El Código Procesal Constitucional,⁽²²⁾ por su lado, regula la integración y establece una prelación. En ese orden la analogía ocupa el primer lugar. Según Mendoza, como la analogía tiene una magnitud mínima de creación⁽²³⁾ y, además, la norma nacional exige que lo obtenido por ésta no sea "contrario" a los fines de los procesos constitucionales y contribuya "a su mejor desarrollo", no es en la analogía sino en los otros modos de integración regulados en la norma donde "tiene lugar una significativa creación de una norma".⁽²⁴⁾

Mendoza reserva las razones por las que no cree en la analogía, aunque parece insinuar que la exigencia del legislador de que su uso no contradiga los fines de los procesos constitucionales, la limita en exceso. Por esa razón considera que son los otros modos integrativos los que deben ser empleados, en tanto, afirma, dan lugar "a la creación directa de una norma procesal constitucional". Por eso concluye con una frase que bien

justamente, porque la afirmación de que el derecho tiene lagunas equivale a decir que es incompleto." (CARACCIOLO, Ricardo. *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho*. México DF: Fontamara, 1999. p. 25).

⁽²²⁾ "Artículo IX. Aplicación Supletoria e Integración. 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."

⁽²³⁾ "La magnitud de creación en este caso es mínima y consiste en la ampliación del ámbito de aplicación del supuesto de la norma aplicada por analogía." (MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Op. cit. p. 99).

⁽²⁴⁾ *Ibidem*. p. 100.

puede explicarlo todo sobre la APC o nada: "En consecuencia, la creación de normas procesales constitucionales se da cuando un vacío legislativo es integrado a través de la creación de una norma procesal ad hoc, valiéndose al efecto de cualquier recurso diferente a la aplicación analógica de normas procesales ordinarias. Es aquí donde tiene lugar la creación normativa en mérito al principio de autonomía procesal".⁽²⁵⁾

Lo expresado por Mendoza significa que, en el Perú, la APC se concreta por medio del uso de la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina. Si es así, entonces —sólo para empezar a entenderla— queda claro que ésta no tiene nada que ver con la "AP" del TCF alemán y tampoco con lo que se entiende en España bajo ese rubro. En cualquier caso, los serios problemas que en los países europeos ha tenido la fundamentación y justificación de la "AP" han desaparecido en sede nacional de un plumazo. En realidad sólo ha sido necesario prescindir de su fundamento y justificación.

Sintetizando, Mendoza sólo ha hecho uso nominal de la "AP" alemana para convertirla en APC y sostener que está conformada por: *todas las fuentes de integración conocidas y previstas en el código procesal constitucional, con prescindencia de la analogía*. ¿Eso era todo?

¿Qué es la APC según la versión de Mendoza?

Una vez comprendida la peculiar naturaleza descrita, sobrevienen algunas preguntas surgidas del desconcierto originado que, debemos admitirlo, sólo ha elevado nuestro nivel de confusión.

- a) Atendiendo a que hay una norma procesal nacional (Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) que provee el uso de técnicas de integración en los procesos constitucionales y dado que la APC —creación de Mendoza y, como hemos comprobado, absolutamente ajena a la "AP"— consiste en el uso de ellas salvo de la analogía, entonces: ¿en qué consiste la creación?
- b) Dado que Mendoza ha reducido al mínimo el poder de creación de la analogía, ¿sabrá que un autorizado sector de la doctrina⁽²⁶⁾ afirma la im-

⁽²⁵⁾ *Ibidem*. p. 101.

⁽²⁶⁾ "18. No es posible tampoco establecer una distinción neta entre el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho, pues el uso de la analogía implica siempre la *generalización* a partir de una o varias normas del ordenamiento jurídico, es decir, presupone la creación (o, si se quiere, el reconocimiento) de un principio general. Sí podría hablarse, sin embargo, de un uso más o menos amplio de los principios o, mejor, de principios normativos

posibilidad de distinguir el uso de la analogía del uso de los principios generales del derecho? Lo que ocurre es que cuando se usa la técnica analógica se realiza un procedimiento lógico de generalización, pero cuando se usa un principio general del derecho a un caso concreto se deconstruye el mismo procedimiento lógico. Todo lo que hay es una inversión de lo que es materia y lo que es método, nada más.

Sobre el punto 3) El caso de la existencia de una norma autoritativa para la actuación discrecional de los órganos jurisdiccionales no tiene nada que ver con el tema de la "AP". A tal efecto nos remitimos al ejemplo del artículo 35 de la LTCF descrito en una cita anterior. Entonces, ¿para qué tratar un tema que no sólo es ajeno al estudiado sino es también extraño a la actuación del TC en sede nacional, en tanto no hay norma que permita tal actuación?

Sobre el punto 4) Y, finalmente, llegamos al tema de estudio. Mendoza considera que éste es el caso en el cual se concreta el principio de APC. Él la denomina, lacónicamente, "creación directa", lo que significa según sus palabras, "la simple y llana creación de normas procesales constitucionales, donde ésta tiene lugar plenamente y por antonomasia".⁽²⁷⁾

Buena parte de lo que se debería decir en este segmento ya se hizo a propósito del punto 2, específicamente cuando Mendoza identificó la APC con las técnicas de integración con excepción de la analogía. La pregunta que ahora aparece urgente y que se va a quedar sin responder es: ¿cuáles son los presupuestos y los fundamentos de la institución que, según parece, ha sido creada por Mendoza?

Una vez leída la ponencia se advierte que, lamentablemente, los temas centrales aludidos en la pregunta anterior no han sido tratados por lo que ésta quedará sin respuesta. De hecho, ni siquiera explica el autor por qué la APC es una potestad. Un comentario al anacronismo de la teoría de la separación de poderes, por ejemplo, hubiera sido un comienzo auspicioso. Por

extraídos de una norma (*analogía legis*), de un grupo de normas, por ejemplo, las que se refieren a una determinada institución (*analogía iuris imperfecta*), o de las normas del ordenamiento jurídico en su conjunto (*analogía iuris*). En todo caso, en los supuestos anteriores, la analogía sería el procedimiento discursivo y los principios un material necesario del mismo. Ciertamente, los principios no se utilizan únicamente para integrar lagunas, sino también para interpretar el Derecho, dictar nuevas normas, etc. Sin embargo, en todos estos supuestos la utilización de los principios exige argumentaciones de tipo analógico." (ATIENZA, Manuel. *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas, 1986. pp. 184 y 185).

⁽²⁷⁾ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Op. cit. p. 99.

otro lado, tampoco desarrolla la legitimidad del TC para ejercer esa potestad. Si lo que acabamos de expresar no parece grave, podríamos ejemplificarlo: ¿qué es un oficial de policía armado pero que jamás estuvo en la escuela de policía y tampoco tiene nombramiento? Un peligro público. Aún cuando a Mendoza no le interesa mayormente la analogía, éste podría ser un caso clásico por las semejanzas que guardan el "oficial de policía" y la "APC" (esta vez con comillas).

En otra parte de su ponencia, Mendoza explica algunos casos donde el TC ha aplicado la APC. Esto abre una nueva puerta, cabe la posibilidad de que sea el TC, por medio de sus resoluciones, quien desarrollara los todavía ausentes fundamentos jurídicos y de legitimidad que lo titulan para emplear la institución estudiada. Es decir, que tomando como modelo el formato de la creación alemana, el TC explicara la APC por medio de sus sentencias. Veamos qué ha ocurrido.

En el caso Arellano Serquén (Exp. N° 2579-2003-HD/TC) el TC dice: "dado que este Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del 'estado de cosas inconstitucionales'".

Aquí no hay fundamento ni legitimación para sustentar nada. Una lástima, tratándose del primer caso en donde aparece la APC, no se dice cuál es su sustento y tampoco cuál su justificación. Veamos otro.

En el caso Anicama (Exp. N° 1417-2005-AA/TC) ya aparece expresamente citada la APC que comenta Mendoza. Él cita al TC cuando en la sentencia éste afirma que parte de un principio "conforme al cual, dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen razonable de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (...)".

Una vez más la frase no ayuda a llenar vacíos y ni siquiera es posible determinar cuál es el principio al cual se hace referencia. Lo que sería lamentable es que éste consista en aquella concepción decimonónica del proceso según la cual las normas procesales sólo son las que regulan las "formas" de los actos materiales, razón por la cual se puede "flexibilizar" su empleo.

En otra parte de su trabajo, el autor afirma: "La deficiencia sobre el *petitum* se da cuando se consigna un *petitorio* erróneamente en un proceso

constitucional (...)"⁽²⁸⁾ Sin duda Mendoza tiene derecho a desinteresarse por el derecho procesal pero, si decide referirse a él, surge el imperativo moral ante sus lectores de leer (y por ahí entender) siquiera un manual sobre la materia. No voy a explicar en este trabajo qué es *petitum* y qué es petitorio, sin embargo, no puedo negar que lo descrito produce un grave desencanto respecto a la calidad de los estudios jurídicos comentados y, aun cuando no se puede generalizar, una incertidumbre sobre el grado de seriedad de lo que se está haciendo en el TC.

La bibliografía utilizada por Mendoza tiene dos títulos en nuestro idioma, ambos pertenecientes a Patricia Rodríguez-Patrón. El primero es su trabajo publicado en una revista en el 2001 y luego su libro —con información corregida— sobre el mismo tema que data de 2003 y que hemos citado continuamente.

A lo largo de su primer trabajo la autora ha empleado la frase autonomía procesal empleando comillas, dando razones sobradas para hacerlo (que es una categoría discutible, que en estricto no es autonomía, que su legitimidad es precaria, entre otras). Y en su obra definitiva, la doctora Rodríguez-Patrón no sólo las mantiene sino las coloca en el título. Por eso su obra se denomina: *La "Autonomía Procesal" del Tribunal Constitucional*, es decir, tal como hemos explicado en este trabajo, la autora ratifica su posición sobre la precariedad del nombre de la institución que ha investigado. Sin embargo, aunque parezca increíble, Mendoza ¡le ha quitado las comillas al título del libro!, es decir, ha variado sustancialmente el contenido y la opinión de la autora con el "eficaz" y discutible método de alterar el nombre de su obra en la bibliografía y a lo largo de su trabajo.

6.2. La "APC" según el Presidente del TC

En la obra donde aparece publicado el trabajo de Mendoza, también se incluye uno referido al mismo tema escrito por el Presidente del TC, el doctor César Landa Arroyo. Como resulta evidente, lo que éste diga tiene un grado de compromiso mayor sobre la posición asumida por el TC. Su calidad de Presidente y, en consecuencia, máximo representante del TC, así lo informa. Apreciemos entonces el comentario del Presidente Landa (en adelante el PL).

Un tema previo que si no se expresara crearía dificultades para entender la crítica que a continuación se desarrolla es la siguiente: la información

⁽²⁸⁾ *Ibidem.* p. 124.

procesal con que cuenta el PL es un verdadero misterio. Como se podrá comprobar de los comentarios que a continuación se realizan, sus planteamientos en materia procesal pueden calificarse de originales y buenos. Lamentablemente en lo que son originales no son buenos y en lo que son buenos no son originales. Si cabe un adjetivo para calificar su aproximación procesal podría decirse que es desconcertante. Empecemos.

a) Cuando en una frase⁽²⁹⁾ hace referencia a “algunos principios y mecanismos del procedimiento civil ordinario” no tenemos manera de saber a qué se ha querido referir. Cuáles sean los “principios” y cuáles los “mecanismos” del “procedimiento civil ordinario” es un enigma perdido en algún remoto texto del siglo XIX. En el Perú, por lo menos, la referencia al procedimiento civil ordinario no existe más desde 1993 y cuando antes de esa fecha se nombraba a algo parecido se le llamaba “Juicio Ordinario”. Salvo que la referencia sea a esa categoría, no tenemos la más mínima idea sobre lo que tales conceptos significan.

En la misma frase el PL dice que los “principios” y “mecanismos” referidos no pueden ser trasladados “automáticamente” al proceso constitucional. ¿Significará esto que para el PL sí existen aportes que deben ser trasladados “automáticamente” al derecho constitucional? Si la conclusión es cierta, podemos empezar a entender lo que está pasando en el TC. Se están acogiendo tesis ajenas tal como vienen y como están —como cuando se compra en una realización— sin ningún proceso de calificación transcultural que permita apreciar si los contextos históricos de origen y de recepción de la institución a ser asumida tienen aspectos afines o si son radicalmente distintos. Si, repetimos, ello se está haciendo —es lo que se deduce de la frase del PL— hay razones de más para preocuparse por lo que está ocurriendo en el TC.

Y lo que sigue es la objeción más relevante a la frase comentada. Según el PL un ejemplo de aquello que no puede ser trasladado automáticamente es el principio de justicia rogada. Es decir, sostiene que este principio no puede ser acogido como tal en sede procesal constitucional.

Como se recuerda, el principio de justicia rogada es una manera antigua de denominar a la suma de dos principios procesales, el de la demanda

⁽²⁹⁾ “En efecto, sobre este último punto cabe señalar que algunos principios y mecanismos del procedimiento civil ordinario no pueden ser trasladados automáticamente al proceso constitucional, como es el caso del principio de justicia rogada, de la cosa juzgada y de la prescripción...”. LANDA ARROYO, César. *Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional*. En: *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año II, N^o 4. Op. cit. pp. 67 y 68).

privada y el de congruencia. En la práctica esto significa que los procesos deben iniciarse a instancia de parte por un lado y, por otro, que la decisión que se expida debe estar referida a aquello que fue pretendido y discutido por las partes en el proceso (la antigua *iudex iudicare debet secundum allegata et probata*).

Desconozco si la definición que se acaba de detallar sobre lo que es justicia rogada es compartida por el PL. Me tranquiliza, en cambio, que sí sea la que comparte la doctrina de manera más o menos pacífica. Ahora bien, ¿será posible concebir un ordenamiento procesal seguro, confiable e igualitario sin el principio de justicia rogada? Una cosa es proponer que en algunos procesos donde la situación es complicada (los llamados casos difíciles de Dworkin, por ejemplo), el juzgador actúe más allá del principio, atendiendo a que el valor o derecho fundamental a proteger es ponderado como más importante respecto de aquél y otra, muy distinta, es considerarlo prescindible.

El PL, a pesar de lo dicho, sí tiene una idea del principio de justicia rogada, aunque no es posible asegurar que la tenga respecto de su importancia. Como se aprecia del párrafo complementario,⁽³⁰⁾ el PL considera apropiado que el juez constitucional investigue más allá de lo expresado y probado por las partes. Sin embargo, no enfatiza (ni siquiera se dice) lo más importante: esta potestad debe ser empleada *excepcionalmente*, de lo contrario, aquello que constituyó una aventura riesgosa pero necesaria para garantizar la eficacia de un derecho, se puede convertir en una sucesión de actos arbitrarios que perjudican la confianza y credibilidad del sistema de justicia constitucional.⁽³¹⁾

Y ya lo último pero no lo último. El PL no es procesalista y no tiene porqué saberlo pero los jueces no "indagan", sólo verifican. Precisar las categorías citadas excede este trabajo pero, en cualquier caso, pone en guardia al lector sobre aquello que se afirma y aquello que se conoce.

⁽³⁰⁾ "...prescripción, 'so pena de traicionar los objetivos últimos de la justicia constitucional', puesto que, por citar un ejemplo, el principio de justicia rogada impediría al juez constitucional indagar más allá de lo aportado por las partes en el proceso." (Ibidem. p. 68).

⁽³¹⁾ "En este mismo orden de cosas, parece también conveniente que la justicia constitucional responda al principio de 'justicia rogada', es decir, que deba actuar siempre a instancia de parte y nunca (o muy excepcionalmente) de oficio. Ésta es una regla que ayuda a atemperar los riesgos de una desmedida actuación de la justicia constitucional ya que su funcionamiento de oficio aumenta el potencial expansivo de ésta. Ahora bien, ello, como es lógico, debe ir, a su vez, acompañado de un correcto diseño de la legitimación para el inicio de los procesos constitucionales." (PEREZ TREMPES, Pablo. *La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina*. En: *Anuario 2002 de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta* (Chile). Sección I. pp. 14 y 15).

b) Otra frase del PL resulta tan destacada que, para comentarla, preferimos que esté en el cuerpo del trabajo y no en un pie de página:

Esta última afirmación, ha llevado a algunos autores a proponer la 'capacidad cuasilegislativa' del TC, que si bien tiene un alcance limitado, se origina en la especial dificultad que tienen las tesis clásicas del proceso para cumplir con los fines esenciales de los procesos constitucionales, al no distinguir entre creación de la ley y creación del derecho.⁽³²⁾

La diferencia entre la creación de la ley y la creación del derecho es que la primera es un procedimiento regulado al más alto nivel en el ordenamiento jurídico, tanto que pertenece al bloque de constitucionalidad, esté o no en la Constitución. La referencia a la llamada "norma de reconocimiento" de Hart o de Bobbio puede aclarar aún más el panorama. La creación del Derecho, en cambio, hace referencia a las distintas fuentes de derecho y a la manera como éstas se convierten en ámbitos de gestión de las normas jurídicas. Ahora bien, alguna teoría clásica no explicitada del proceso impide, dice el PL, advertir la diferencia entre ambas. Sin embargo, la diferencia entre las dos formas de creación citadas es un tema de Teoría del Derecho no de la Teoría del Proceso. Por eso, con todo respeto, la pregunta que surge es: ¿qué hace el PL buscando palmeras en el Polo Norte?

Para concluir esta parte del comentario, conviene precisar que no es exacta la afirmación del PL según la cual algunos autores proponen la "capacidad cuasilegislativa" del TC. Se cita a Rodríguez-Patrón y lo que ella hace no es precisamente proponer tal concepto, ella afirma "que puede hablarse" de tal concepto y a continuación agrega "pero no sin cautelas" y expresa varias. Inclusive cita a Schlaich para inventariar más cautelas al concepto, atendiendo a que los caminos de la interpretación y de la creación judicial de Derecho no son fácilmente distinguibles.⁽³³⁾

c) Otra frase inquietante del PL es la que pasamos a comentar aunque antes de hacerlo preferimos, como la anterior, colocarla en toda su extensión. Es tan extraordinaria que podrían quedar dudas en torno a si en efecto fue expresada.

⁽³²⁾ LANDA ARROYO, César. Op. cit. p. 73.

⁽³³⁾ "Por ello, puede hablarse de una 'capacidad cuasilegislativa', aunque no sin cautelas porque, como veremos, debe tener un alcance muy limitado y porque, como advierte SCHLAICH, en el proceso constitucional, hermenéutica y 'configuración política' no son siempre antónimos. Ello implica una mayor dificultad para distinguir interpretación y creación judicial de Derecho." (RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. Op. cit. p. 141).

El concepto de autonomía procesal encuentra dos concepciones en el Estado Constitucional; una propia del Derecho privado, en virtud de la cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, fundado en la autonomía de la voluntad privada. Mientras en el Derecho público, la autonomía de los poderes públicos, gobiernos regionales y locales y los organismos constitucionales, se fundan en el principio de división y control de poderes.⁽³⁴⁾

Más allá del hecho que la tautología no ayuda mucho al discurso (un concepto que encuentra dos concepciones, ¿qué será eso?), quedémonos con esta doble demostración de que la AP existe y que, además, tiene genealogía de alcurnia. Sin embargo, ¿cuál es el conector lógico entre AP y autonomía de la voluntad? El PL no lo dice pero parece que no necesitaría decirlo. La respuesta puede ser que las une el que ambas tienen autonomía. Es cierto que para responder eso no hay que ser muy listo, aunque si hay que serlo para responder lo siguiente: ¿esta conexión se da entre todos los entes que tienen autonomía, sea cual fuese el ámbito donde ésta se concreta? Si así fuera, ¿alguien seriamente puede considerar que una afirmación así puede constituir fundamento de algo?

Que las autonomías en el Derecho Público se basan en la teoría de división de poderes es una afirmación correcta e indiscutible, pero ¿y eso qué tiene que ver con la AP? Es decir, una vez más ¿como se conecta tal afirmación con la aptitud de un juez constitucional de *crear* normas procesales (convertirse en legislador) al interior de una sentencia?

6.3. Manifestaciones de AP del TC según el PL

Complementando los fundamentos de la AP, el PL empieza a comentar casos puntuales donde el TC ha hecho uso de tal institución. Analicemos algunos de aquellos a fin de intentar descubrir, al final del día, qué es la APC.

a) *La incorporación del litisconsorte facultativo*. Se trata de un proceso de inconstitucionalidad ya iniciado en el cual se apersonan 31 congresistas y solicitan ser incorporados al proceso. Analizada la situación el TC los admitió como litisconsortes facultativos. En opinión⁽³⁵⁾ del PL éste es un

(34) LANDA ARROYO, César. Op. cit. p. 71 y 72.

(35) "Luego de constatar que el Código Procesal Constitucional no establece, expresamente, la institución del litisconsorte facultativo en el proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de su autonomía procesal, declaró ser competente para cubrir dicha laguna de la legislación procesal. Habida cuenta que ante un proceso eminentemente público, como la declaración de inconstitucionalidad de una ley, no es lógico aplicar supletoriamente el Código Procesal Civil." (Ibidem. p. 81).

caso donde el TC ejerció su autonomía procesal. Apreciemos su original tesis sobre el tema.

El PL empieza “descubriendo” que el Código Procesal Constitucional no regula el litisconsorcio facultativo en el proceso de inconstitucionalidad. Y, en efecto, tiene razón. Salvo el Código Procesal Civil, ordenamiento aplicable de materia supletoria a todos⁽³⁶⁾ los ordenamientos procesales nacionales, no existe ordenamiento que regule el litisconsorcio facultativo. Por lo demás, el propio Código Procesal Constitucional remite supletoriamente a los códigos procesales “afines a la materia discutida”⁽³⁷⁾, como es el caso del Código Procesal Civil. Entonces, ¿en qué consiste la creación normativa del TC?

Lo que para el PL es una sorpresa se trata, en realidad, de algo absolutamente obvio: ¿para qué regular una institución que ya está desarrollada en un ordenamiento que actúa en forma supletoria? Lo que algunos ordenamientos hacen es citar el instituto cuando quieren darle énfasis a su incorporación, o cuando quieren regularlo con alguna variante o, finalmente, cuando quieren que no se emplee. Si cada vía procedimental especial tiene que precisar y regular las instituciones procesales que son parte de ella, no sería de extrañar que cada una constituya en sí un código procesal.

Sin embargo, la segunda parte del comentario del PL es superlativa respecto de la primera. En esta advierte que el Código Procesal Civil contiene la figura del litisconsorcio facultativo, pero considera que no debe ser empleada atendiendo a que el proceso de constitucionalidad en trámite es “eminente público”. ¿Habrá querido decir que el Código Procesal Civil es eminentemente privado?

Hay instituciones procesales que son como la ropa interior, sirven para todos, sin embargo cada quien deberá escoger la talla y la calidad, pero siempre será ropa interior. El litisconsorcio facultativo tiene ese rasgo, está implícito en todos los procesos y será el juez, de oficio o a pedido de interesado, quien decida su incorporación al caso concreto y, además, en

(36) CÓDIGO PROCESAL CIVIL – PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL

Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

(37) CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL – TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IX.- 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 y a la doctrina.

qué condiciones. Por esa misma razón, desde un punto de vista normativo sólo es necesario que un ordenamiento procesal general lo regule, con lo cual el juez de cada caso decidirá si lo incorpora o no.

El argumento del PL en el sentido que la intensa calidad pública del proceso de inconstitucionalidad determina que en su trámite no pueda ser usado el Código Procesal Civil resulta poco menos que inverosímil. Al contrario, hay por lo menos dos artículos (Citas Nos. 36 y 37) que dicen que ello es posible.

Por lo demás, la afirmación de que su uso "no es lógico" resulta jurídicamente incomprensible. ¿Habrá querido decir el PL que su uso no es razonable?, ¿que es contradictorio? ¿Cuál es el error de logicidad en que se incurre cuando en un proceso de inconstitucionalidad se usa, por ejemplo, la prescripción extintiva, la cosa juzgada o la litispendencia? ¿O cree el PL que no pueden proponerse excepciones en el proceso de inconstitucionalidad porque éstas son instituciones privadas?

b) *La APC y la institución del "partícipe" según el PL.* Esta vez se trata de un proceso en el cual, a criterio del TC, era necesario incorporar a un sujeto procesal. Sin embargo, la dificultad residía en que éste no era parte y tampoco tenía interés directo ni indirecto en el proceso.

Ante esta situación, el TC decidió, con sustento en la APC, crear la figura del "partícipe". En efecto es un producto original, no está previsto en la doctrina y tampoco en la legislación nacional. Desconocemos, por lo demás, si tal institución existe en el derecho comparado, aunque nos inclinamos por una respuesta negativa.

El "partícipe", según el PL, es aquel sujeto cuya incorporación al proceso "tiene por objeto aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional".⁽³⁸⁾ Abundando en datos sobre su nueva criatura, dice el PL que el "partícipe" debe ser notificado con la demanda y la contestación porque: "siendo la razón y propósito de su intervención enriquecer el proceso interpretativo en la controversia, es su intervención en la vista de la causa el momento estelar y trascendental de su actuación."⁽³⁹⁾

Bueno, habría que empezar explicando por qué el "partícipe" no está en el Código Procesal Civil. No está porque un proceso no es la plaza del mercado donde todos pueden transitar sea que deseen comprar o no. Pueden formar parte de un proceso las partes, los interesados en el decisorio o aquellos a quienes los vaya a afectar, directa o indirectamente, y también

⁽³⁸⁾ LANDA ARROYO, César. Op. cit. p. 82.

⁽³⁹⁾ Ibidem. p. 82.

aquellos que por su conocimiento técnico, información personal o alguna otra razón pueden aportar conocimiento al juzgador para la solución del conflicto. Por cierto, la actuación de cada uno de estos (testigo, perito, martillero, etc.) está regulada puntualmente en el Código. Entonces, si como dice el PL el “partícipe” no es parte, ni tiene interés directo o indirecto en el proceso o su resultado y, nosotros añadimos, si tampoco fuera perito, testigo, auxilio judicial o algo parecido, ¿para qué se inmiscuye en el proceso?

Según el PL su función es incorporar al proceso una tesis interpretativa de la controversia jurisdiccional. Lo expresado significa que el “partícipe” tiene una profesión, abogado, y tiene una especialidad, el Derecho Constitucional. El perito, por otro lado, es una persona con una determinada profesión o destreza técnica que es llamado a un proceso, de oficio o a pedido de parte, a fin de ilustrar al juez sobre aspectos puntuales de su saber referidos al caso concreto. ¿Qué diferencia a un “partícipe” de un perito en materia constitucional? Nada, absolutamente nada. Con todo respeto, parece que al crear al “partícipe” el PL acaba de inventar la rueda.

c) El informe de hechos, la APC y el PL. Apreciemos previamente el párrafo donde el PL describe su aventura creativa, consistente en permitir informes de hechos durante la vista de la causa:

(...) cuando, no obstante no estar previsto en su normativa procesal, y con un criterio de razonabilidad, ha estimado pertinente recepcionar informes de hechos en las audiencias públicas o de vista de la causa.⁽⁴⁰⁾

Es probable que aquí sólo tenga que repetirse lo que se ha dicho en torno a la supletoriedad del Código Procesal Civil. Sin embargo, la versión del PL es tan extravagante que resulta imprescindible insistir en lo obvio: cuando el TC realiza función jurisdiccional (ya se sabe que además es un órgano constitucional y político) lo hace en nombre del Estado, en consecuencia, todo el armazón teórico referido a esta función está a su disposición. Los informes sobre hechos forman parte de nuestra actividad judicial desde antes que nos convirtamos en república. Por eso, si un juez decide no admitirlos en un proceso deberá sustentar sus razones, pero si resuelve que se actúen, lo hace y ya. La incorporación del informe de hechos desde la óptica de un acto creativo banaliza absurdamente lo que va quedando de la así llamada APC.

d) La conclusión del PL. Puesto ya en posición de concluir su interesante trabajo de justificación de la APC, el PL resume la importancia de ésta de la siguiente manera:

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem.* p. 85.

(...) ante la existencia de vacíos y deficiencias en las normas procesales constitucionales, la AP se configura como una necesidad inexorable del TC que, a través de la interpretación constitucional y la argumentación jurídica íntegra y concretiza las disposiciones constitucionales a fin de alcanzar los fines de los procesos constitucionales.⁽⁴¹⁾

Imaginemos que el TC no contara con el Código Procesal Constitucional y sólo tuviera que resolver con el Código Procesal Civil. Si así fuera, el TC tendría un importantísimo enunciado normativo⁽⁴²⁾ que, a manera de principio procesal, lo inviste de la calidad de Director del Proceso. Esto le permite, a tenor del mismo principio, la potestad de interconectar enunciados normativos o de integrar cuando no hayan éstos a fin de resolver el caso concreto. Es decir, nada le impediría al TC, sobre la base del principio descrito, trascender la fuente clásica (la ley) y buscar y utilizar por medio de las técnicas de interpretación o las de integración, si fuera el caso, la norma jurídica indispensable para resolver el caso difícil que lo acucia.

Curiosamente, el PL se refiere a la existencia de vacíos pero no cita las técnicas de integración, sólo hace referencia a las de interpretación y a la "argumentación jurídica". La primera requiere de material —no se interpretan las lagunas— por tanto no puede ser pues una manifestación de AP y la segunda es el producto del uso de una técnica, es la manifestación de cómo un juez justifica racionalmente su decisión, por tanto, mal puede ser una manifestación propia de la AP. Lo real es que se trata de una frase hueca que pretende con pseudo tecnicismos proveer de sustento material a un fantasma.

Por otro lado, siguiendo con la hipótesis negada, el Código Procesal Civil le proveería al TC, además, de otro enunciado normativo⁽⁴³⁾ que, específicamente, lo legitima para emplear, en caso de vacío o defecto nor-

⁽⁴¹⁾ *Ibidem.* p. 94.

⁽⁴²⁾ CÓDIGO PROCESAL CIVIL – TÍTULO PRELIMINAR

Art. II.- Principios de dirección e impulso del proceso.- La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.

El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código.

⁽⁴³⁾ CÓDIGO PROCESAL CIVIL – TÍTULO PRELIMINAR

Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal.- (...)

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.

mativos, los principios generales del derecho, la doctrina o la jurisprudencia que mejor corresponda. Con todo este arsenal, ¿para qué se necesita la AP? ¿Cuál es la actuación procesal del TC que no está cubierta por los instrumentos señalados? En nuestra opinión ninguna.

Un comentario final a la "APC"

Inclusive si nos interesamos por el nombre de la institución estudiada, encontramos otra sorpresa. La autonomía, desde la vera de la función jurisdiccional, es el presupuesto jurídico-político indispensable para que un juez pueda tener independencia externa, es decir, para que pueda ejercer su función sin controles políticos, económicos o presiones de cualquier índole.

Otro tema, muy distinto, es el referido a los poderes del juez. Estos se presentan en distintos grados dependiendo del sistema procesal acogido y, por cierto, de la ideología que ésta ha asumido. Inclusive no es excepcional que dentro de un mismo sistema se presenten estos poderes con distinta intensidad y cantidad, lo que puede depender del tipo de derecho material que se discute, la cercanía al orden público o al interés público de la pretensión discutida, entre otros factores. Lo que realmente importa es advertir que la autonomía no tiene nada que ver con los poderes del juez. Referirse a los segundos usando el nombre de la primera es un despropósito adicional a los descritos.

7. CONCLUYENDO

El propósito de este trabajo no ha sido otro que develar el uso de la así llamada Autonomía Procesal Constitucional como fundamento para los estropicios causados en muchas de las sentencias que viene expidiendo el TC. Éstos se vienen cometiendo tomando a la "AP" como fundamento cuando, en realidad, se trata de una vulgar coartada multiuso.

Es una lástima tener que concluir así, pero el único resultado concreto obtenido por el "empleo" de la así llamada AP ha sido haber agraviado a la ciencia procesal y, lo que es más grave, sin siquiera conocerla.

La así llamada AP ha sido el instrumento con el cual se han incurrido en defecciones al sistema de justicia constitucional. La diferencia entre el justo y el justiciero es, precisamente, la misma que existe entre quien ejerce el poder y es conciente de sus limitaciones y aquél que cree que el fin justifica los medios.

La APC es una aventura fallida del TC que exige ser apreciada a partir de las razones que la han originado. Considero que la gran importancia, acogida y reconocimiento que ha tenido el TC en los últimos años —muy justa por lo demás— ha desbordado la consideración que sobre él tienen algunos de sus propios miembros. Es natural que ocurra este exceso de autoestima. Sin embargo, su aceptación no descarta que sea un instrumento peligroso, estamos refiriéndonos a una institución que ha pasado a ser un nuevo centro de poder en el juego democrático del país. Siendo así, cualquier desvarío puede tener graves consecuencias.

La AP, finalmente, es como decía Lichtenberg "un cuchillo sin mango al que le falta la hoja". El TC tiene instituciones y técnicas procesales para cumplir satisfactoriamente con su función, lo que no puede hacer es reemplazar sus limitaciones informativas en la materia con actos de hechicería, porque eso y no otra cosa es la AP.

Si bien es imprescindible que el TC siga cumpliendo en sede nacional su trascendente función, es imprescindible que sus propios miembros produzcan fórmulas de autocontrol,⁽⁴⁴⁾ esto es, que con sus actos demuestren al país que no van a seguir los excesos.

(44) "Baste, pues, como recordatorio que un adecuado funcionamiento de la justicia constitucional exige autocontrol de quienes la encarnan, cuya función no es impedir que el resto de los poderes actúen sino más bien permitir y ayudar a que lo hagan delimitando las reglas mínimas a las que deben sujetarse." (PEREZ TREMPES, Pablo. Op. cit. p. 14).