

UNIVERSIDAD DE JAÉN - ESPAÑA

**MÁSTER PROPIO MAGISTRATURA CONTEMPORÁNEA: LA JUSTICIA EN
EL SIGLO XXI**

**La declaración de Estado de Cosas Inconstitucional y la represión de
actos homogéneos, ante la violación masiva de derechos fundamentales**

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Dicente: Edwin Ricardo Corrales Melgarejo

Código: mmc_ecm570

Tutor: Dr. Nicolás Pérez Sola

Huancayo – Perú

2020

ÍNDICE	Pág.
1. INTRODUCCIÓN	4
1.1 Marco general jurídico	4
1.1.1 Principio de colaboración de poderes	4
1.1.2 Los derechos y el Estado social	6
1.2 Marco general político	8
1.3 Marco general social	12
2. PROBLEMA CONCRETO A ABORDAR	16
3. SOLUCIONES PARA EL PROBLEMA	18
3.1 La Jurisprudencia	18
3.1.1 Tribunal Constitucional del Perú	18
3.1.2 Poder Judicial del Perú	19
a) Sentencias en la Corte Superior de Justicia del Cusco	19
b) Sentencias en la Corte Superior de Justicia de Junín	20
c) Sentencia de la Corte Superior de la Selva Central	23
d) Sentencia en la Corte Superior de Justicia de Lima	23
3.2 Control constitucional de las políticas públicas y estructuras del E.	23
3.2.1 Justificación desde el principio de separación de poderes	24
3.2.2 Justificación desde el principio de colaboración de poderes	25
3.2.3 Justificación desde la realidad latinoamericana	26
3.3 Sentencias estructurales y dialógicas	27
3.4 Test de constitucionalidad de políticas públicas y estructuras del E.	30
3.5 La técnica procesal del ECI	34
3.5.1 Definición	34

3.5.2	Finalidad	35
3.5.3	Clasificación	36
	a) Estado de cosas inconstitucional	
	b) Situación de hecho inconstitucional	
3.5.4	Requisitos y Acciones	37
3.5.5	Alcances y límites de las sentencias estructurales	41
3.5.6	Intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos	45
3.5.7	Represión de actos lesivos homogéneos en las sentencias estructurales	50
3.5.8	Vigilancia y seguimiento de las sentencias estructurales	52
3.5.9	Contestación a las críticas contra el control político judicial	54
3.5	El rol del magistrado del Siglo XXI	55
3.6	Propuestas concretas de solución a la problemática	57
4.	CONCLUSIONES	58
	BIBLIOGRAFÍA	59

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Marco general jurídico

Dos fenómenos jurídicos del conjunto del sistema normativo peruano, queremos destacar en este acápite, para los fines del presente trabajo de fin de Máster, y que se circunscriben al reconocimiento del principio de colaboración de poderes en nuestra Constitución, conforme a la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional (TC) del Perú, asimismo, la consagración en el texto constitucional de la adopción del modelo de Estado Social, y que a continuación desarrollamos.

1.1.2 Principio de colaboración de poderes

Como se ha dicho, es base fundacional en la concepción histórica del Estado moderno occidental, a partir de las revoluciones inglesa y francesa e independencia norteamericana, el axioma de la separación de poderes, consagrado en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a saber: *Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución.*

En nuestro País, la Constitución política que nos rige, estableció en su artículo 43 que el Estado es uno e indivisible, y se organiza según el principio de la separación de los poderes. Es, precisamente, de este precepto del que dimana el principio de colaboración de poderes o agencias públicas, y que el propio MONTESQUIEU lo percibió:

He aquí, pues, la constitución fundamental del gobierno que describimos. Estando el cuerpo legislativo compuesto de dos partes, cada una de ellas atará á la otra con la facultad mutua de impedir, al mismo tiempo que las dos estarán sujetas por la potestad ejecutiva que, á su vez, lo estará por la legislativa. Los tres poderes deberán originar el reposo ó la inacción; pero como por el movimiento necesario de las cosas les obligará á moverse, tendrán que marchar de acuerdo. (sic)¹

¹ MONTESQUIEU. Del Espíritu de la Leyes. Traducido por Siro García Del Mazo, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales. Librería general de Victoriano Suarez, Madrid 1906, p. 238. Descargado de <<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf>>

Tal principio, fue mencionado por primera vez por el TC en el fundamento 24 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 004-2004-CC/TC, a saber: [...] *la separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes*. Así también, en su Sentencia dictada en el Exp. N.º 00006-2006-CC, en su fundamento 15, sobre el particular, nos dice:

15. Uno de esos principios constitucionales que [...] debe respetar [...] todo Poder del Estado y todo órgano constitucional, es el de separación del poder, reconocido en el artículo 43º de la Constitución. Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –checks and balances of powers– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos [...].

Antes bien, recordemos que la organización política de la sociedad peruana se estructura sobre la base de dos ideas fundamentales, que merecen profundización conceptual, nos referimos a la noción del Estado unitario – como elemento continente- y, a la vez, fraccionado en sus funciones clásicas de: legislar, gobernar y juzgar – como elemento contenido-; siendo su expresión orgánica, tal como lo rotula la actual Constitución: los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y que constituyen las tres instituciones formativas del Estado peruano, inauguradas en los albores de nuestra república, desde la primera constitución de 1823 , y que a la actualidad se han sumado catorce órganos constitucionales autónomos, a parte de los gobiernos regionales y locales, en una tendencia a la fractura múltiple del Estado a fin de una mejor interdicción de la arbitrariedad.

Tal dicotomía de Estado unitario y dividido, sin embargo, nos permitirá apreciar la gran utilidad en la gobernanza del principio de colaboración de poderes, poco conocido y aún sin recepción expresa constitucional, empero, sumamente necesario en la superación de la rigidez estructural e insular que aún presenta el Estado peruano, y que explica los conflictos de competencias entre sus agencias, pero también nos propone la urgencia de institucionalizar mecanismos de articulación en la formulación, ejecución y control de las políticas públicas intersectoriales y de las políticas de estado en general. Asimismo, dicho principio será fundamental en la superación de los estados de cosas inconstitucionales que aun padecemos.

Más aún, cuando la problemática a enfrentar rebasa la competencia funcional o territorial de determinado sector estatal. De ahí, la importancia de generar espacios orgánicos

de articulación horizontal, vertical y mixtos para la formulación, ejecución y supervisión de políticas de estado y de aquellas que enlazan no sólo a determinadas agencias estatales sino también de organizaciones de la sociedad civil y del sector privado.

En España, el principio en cuestión, es de suma relevancia como una extensión del principio de solidaridad en el sistema político, ya que este país cuenta con comunidades autónomas, así lo recoge el artículo 2º de su carta fundamental: *La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.*

Tal realidad diversa, también, ha merecido una mayor profundidad de análisis respecto a su repercusión en la organización del estado español, y que citamos a continuación:

[E]l problema básico en los Estados políticamente descentralizados, como dice J.J. González Encinar (1985:88), siempre ha venido siendo y es el mismo: se trata de establecer unas estructuras correspondientes a la división y colaboración vertical del poder y unos principios y procedimientos funcionales en el Estado que sirvan al objetivo de desarrollar la política general -y muy especialmente las políticas correspondientes a las prestaciones sociales- de una manera equilibrada y respetuosa de la unidad y de la diversidad. Se trata, en definitiva, de garantizar con una perspectiva integradora el pluralismo territorial de la sociedad nacional que se autorganiza en una forma concreta de Estado. Sencillamente formulada, la cuestión es, como dijera Friedrich, reunir o combinar una determinada unidad con una determinada diversidad (1975:379), si bien no en la perspectiva limitada de conseguir un equilibrio entre el poder central y los poderes territoriales, sino en la de alcanzar una unidad o síntesis dialéctica entre esas dos tendencias contradictorias (M. García Pelayo, 1987: 244 y ss.).

1.1.2 Los derechos y el Estado social

Con la Comuna de París (1871), las políticas del II Reich Alemán (1871-1916), la Constitución Mexicana de Querétaro (1917), la Constitución de Weimar (1917), la Constitución Soviética de Rusia (1918) y el Preámbulo² de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo - OIT (1919), en un proceso político de 50 años los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) ingresaron por la puerta grande de la historia a consagrarse en los textos constitucionales de gran parte de los países del orbe, como lo fue en las últimas cuatro constituciones peruanas de 1920, 1933, 1979 y 1993; y, no será hasta que una espantosa segunda guerra mundial hiciera recapacitar a los líderes de los países vencedores, de terminar por reformar profundamente el capitalismo, y establecer un

² Ver: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO>

nuevo orden mundial fundando en la Organización de las Naciones Unidas (1945), proclamando la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

Estos significativos avances de civilización, no hubiesen sido posibles sin el advenimiento del Estado social y su expansión global, ante el disfuncional Estado mínimo liberal de *laissez faire, laissez passer*. En palabras de Peter HÄBERLE, es *el Estado constitucional comprometido con la justicia social*³, por su parte Norberto BOBBIO destaca que *el paso del Estado liberal al Estado social está marcado por el paso de un Derecho con funciones principalmente protectorio-represivas a un Derecho cada vez más promocional*.⁴ Sobre el particular, el Tribunal Constitucional (TC) del Perú, también se ha pronunciado, a saber:

El Estado social y democrático de derecho en la Constitución peruana

3. [...] El prototipo de este modelo significa, en buena cuenta, una superación del clásico esquema estrictamente liberal que caracterizó al Estado tradicional para dar paso a una visión mucho más integrada en la que, junto con la libertad y sus garantías, aparecen y se fomentan con igual intensidad otros valores como la igualdad y la solidaridad. El Estado social y democrático de derecho, en otras palabras, no niega los valores del Estado liberal, los comparte y los hace suyos, pero, a su vez, los redimensiona en el entendido de que el ser humano no solo requiere contar con una serie de seguridades y protecciones alrededor de sus clásicos derechos de tipo individual y político, sino también satisfacer diversas necesidades derivadas en lo fundamental de la posición o *status* económico social que ocupa. En dicho contexto, se trata evidentemente de que el Estado fomente condiciones alrededor de otro tipo de derechos, como los sociales, los económicos y los culturales, atributos que, a diferencia de los tradicionales ya mencionados, no se caracterizan por una posición negativa o abstencionista, sino por una posición dinámica y promotora por parte del poder.⁵

En efecto, se trata que el Estado social no sólo sea el garante de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales sino también de su eficacia prestacional a través de sus políticas sociales, tributarias y servicios redistributivos, precisamente para hacer realidad lo que quería Aristóteles, que crezca la clase media y disminuyan los extremos sociales. Es decir, un Estado social con nuevo enfoque, no sólo asistencial y prestacional sino

³ HÄBERLE, Peter. El Estado constitucional. Traducción de Héctor Fix-Fierro. Lima – México: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 225.

⁴ BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia. Traducción de José F. Fernández Santillán. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 88.

⁵ STC N° 3208-2004-AA/TC, Fj. 3 En: <<https://www.tc.gob.pe/03208-2004-AA.html>>

principalmente inversor en el desarrollo del capital humano de los más necesitados, como recomienda Anthony GIDDENS, apreciemos:

[...], las instituciones del bienestar deben ocuparse de promover mejoras psicológicas a la vez que económicas. Pueden ofrecerse ejemplos bastantes mundanos: el asesoramiento, [...], puede ser en ocasiones más útil que el apoyo económico directo [...] En lugar del Estado de bienestar deberíamos colocar el *Estado social inversor* [...], deberíamos reconocer que la reconstrucción de las provisiones del bienestar han de integrarse con programas para el desarrollo activo de la sociedad civil.⁶

Para ello, el Derecho Social será el instrumento regulador, en lo político será la Democracia social deliberativa e inclusiva la que produzca ciudadanía igualitaria, especialmente con los pobres y poblaciones vulnerables, en la formulación, ejecución y control de las políticas sociales, propio de una sociedad abierta, horizontal y participativa, cuya base se sostenga en la Economía Social de Mercado, que permita conciliar la iniciativa privada, el bienestar social y el entorno ecológico.⁷

Por último, cabe la reflexión que el Estado social no se concibe sin una república de ciudadanos y, no basta lograr cierta identidad nacional. He aquí, el desafío que Alberto VERGARA nos propone:

[C]reo que esta idea nacional (en el Perú) se ha construido. Sin embargo, [...], no creo que su sola presencia nos vacune contra los peores males ni que sea fuente inmediata de beneficios. Porque nuestros problemas principales son la arbitrariedad, la ausencia de justicia, la indolencia ante la pobreza. En dos palabras, nos hace falta una República más democrática y no una comunidad más nacional. La nación quiere que sus habitantes sean nacionales. Y la República quiere que sus habitantes sean ciudadanos. La nación se basa en sentimientos y la República en la razón. La institución que mejor representa a una nación es un mito, y la institución que mejor representa a un pueblo democrático es un Parlamento. La nación exige fidelidad a un sentimiento y la democracia, respeto a las leyes convenidas. ¿Es que acaso haber conseguido la anhelada identidad nacional nos va a volver más libres, solidarios y justos? La nación y su identidad nacional no son necesariamente un remedio ni garantizan una comunidad más democrática. Tengo la impresión muy personal de que los

⁶ GIDDENS, Anthony. La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia. Traducción de Pedro Sifuentes Huertas. Editorial Taurus Santillana. Décima reimpresión: México 2010, pp. 139-140.

⁷ La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

- a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
- b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.
- c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social. (STC N° 0008-2003-AI/TC, Fj. 13.a)

males del Perú están relacionados con la ausencia de una comunidad política, y no con la ausencia de una comunidad nacional.⁸

1.2 Marco general político

El Estado peruano padece de graves niveles de corrupción, fragilidad institucional, inmersa en una predominante cultura autoritaria y patrimonialista de sus funcionarios, y que constituyen serios desafíos de superación de cara al bicentenario de la independencia nacional (2021). Razón tenía Karl LOEWENSTEIN cuando caracterizaba descarnadamente a las sociedades como la nuestra y la eficacia de su carta magna, a saber:

La constitución nominal encuentra su terreno natural en aquellos Estados en que el constitucionalismo democrático occidental se ha implantado, sin una previa incubación espiritual o madurez política, en un orden social de tipo colonial o feudal-agrario. Aquí juega un papel importante la ausencia de una clase media consciente intelectualmente de sí misma y con independencia económica. Por otra parte, la eliminación del analfabetismo sigue siendo un requisito indispensable para el funcionamiento con éxito de una constitución normativa.⁹

En efecto, luego de la independencia nacional, el devenir político estuvo signado por sucesivos golpes de estado de caudillos civiles y militares, la aparición tardía de ciertos partidos políticos populistas aun cuando algunos ideológicos, y en lo central el poder político sometido al poder económico semifeudal y capitalista dependiente de entonces, por lo que se vino a llamar la república oligárquica. Tal orden político fue liquidado en parte, por el gobierno dictatorial del general golpista Juan Velasco, esta única vez desde una ideología socializante, impulsando una reforma agraria en el campo y una modernización capitalista, fortaleciendo el aparato burocrático del Estado y su intervención empresarial en la economía, que luego terminó en un desastre de empresas públicas deficitarias, sobredimensionadas y corrompidas.

Con el retorno de la democracia en 1980, también vino a irrumpir en la escena política, los movimientos terroristas larvados durante la dictadura militar (1968 – 1980), generando un estado de violencia política, sumado a la quiebra económica del Estado a finales de la década del 80, todo ello sumió al Perú en una grave crisis generalizada. Dando paso al gobierno autoritario del ahora condenado Alberto Fujimori (1990 – 2000), que derrotó al terrorismo y recuperó la economía, reinsertando al país a la economía mundial, eliminó las barreras arancelarias proteccionistas, pagó parte de la deuda externa, privatizó

⁸ VERGARA, Alberto. Ciudadanos sin República ¿Cómo sobrevivir en la jungla política peruana? Ed. Planeta Perú 2013, p. 99-100.

⁹ *Ibidem*, p. 220.

las empresas públicas; en lo jurídico, nos trajo la Constitución de 1993 que supuso el desmontaje de ciertos derechos y prerrogativas de la Constitución de cuño socialdemócrata de 1979, dando paso a una legislación que modernizó la economía de mercado, pero también desreguló e hizo flexible las relaciones laborales, aminorando los derechos de los trabajadores, facilitando el ingreso de capitales al país, centrando la economía en el mercado y la iniciativa privada, reduciendo la participación del Estado a un rol subsidiario y regulador.

Sin embargo, la política neoliberal emprendida en la década del 90 olvidó el sector social del Estado (Salud, educación, seguridad, justicia, los gobiernos regionales y locales), y que se mantiene hasta la actualidad, quedando al desnudo sus carencias y desorden ante la pandemia del Covid-19 que nos azota. Así, la reforma estadual del Ing. Fujimori sólo implicó despidos masivos, reducción del aparato burocrático y la creación de ciertas islas de eficiencia en el sector de economía y finanzas (BCR, SUNAT, SBS, Indecopi, Sunarp y organismos reguladores), sin que ello implicara desterrar del todo al capitalismo mercantilista que acumula ganancias al amparo del Estado (y que ahora se expresó en los casos “lava jato”, “club de la construcción” y financiamiento ilegal de partidos políticos mediante lavado de activos), tampoco significó una mayor mitigación de la economía “informal” que ahora emplea al 71% de la población laboral¹⁰, e incuba el desarrollo de un capitalismo popular que en múltiples aspectos rechaza aun formalizarse e integrarse plenamente al sistema jurídico.

Al cabo de 20 años de violencia política (1980-2000), y con la recuperación de las instituciones democráticas durante el gobierno de Valentín Paniagua, luego del decenio neoliberal, el Estado constituyó la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional (CVR), para explicarnos lo sucedido, en cuyo informe final (2003) advertía en parte de sus conclusiones, lo siguiente:

10. La CVR ha hallado que el conflicto puso de manifiesto graves limitaciones del Estado en su capacidad de garantizar el orden público y la seguridad, así como los derechos fundamentales de sus ciudadanos dentro de un marco de actuación democrático.

11. La CVR asimismo ha encontrado una precaria vigencia del orden constitucional y el Estado de Derecho, los que en momentos de la crisis fueron vulnerados.

153. La CVR halla que el conflicto armado interno que ha investigado es el más grave de nuestra historia republicana y ha dejado secuelas muy profundas en todos los planos de la vida nacional. La amplitud e intensidad del conflicto acentuaron los graves desequilibrios

¹⁰ Ver <<https://elperuano.pe/noticia-el-711-de-trabajadores-el-peru-son-informales-93831.aspx>>

nacionales, destruyeron el orden democrático, agudizaron la pobreza y profundizaron la desigualdad, agravaron formas de discriminación y exclusión, debilitaron las redes sociales y emocionales, y propiciaron una cultura de temor y desconfianza. Es necesario, sin embargo, resaltar que, pese a las duras condiciones, hubo personas y poblaciones que resistieron y se esforzaron por la afirmación de una sociedad constructora de la paz y del derecho.¹¹

A pesar de ello, fue posible cierta reconstrucción nacional y vinieron 18 años de crecimiento económico¹² (2001-2019), empero, con la rémora del sector social y administración públicos anquilosados en organizaciones atrasadas, burocráticas, desarticuladas, empobrecidas y hasta cierto punto corrompidas, que tipifican un Estado en crisis, inmerso en un proceso social que va acumulando fuerzas en su remodelación y que es menester estudiar con José MATOS MAR, apreciemos:

También es importante constatar que al final de estas siete décadas (1940-2010), el Otro Perú (los migrantes del campo a la ciudad) es el gran conjunto nacional que dinamiza el cambio. A su estilo, ritmo, propósito, juicio y plan de acción afianza y potencia su inserción urbana, orientando actualmente su destino a conjugar propósitos y esfuerzos con el Perú Oficial y los otros sectores de la sociedad nacional, demandando trabajo formal, educación acorde a la realidad nacional y mundial, servicios de salud para todos, agua potable y alcantarillado, titulación y, sobre todo, un Buen Gobierno con idea y plan de país, dispuesto a crear y ejecutar los cambios estructurales requeridos y necesarios. Pero no solo piden al Estado sino también resuelven el día a día al afirmar y fortalecer su economía, mediante la capacitación, educación y recreando lo positivo de ese Otro Perú lejano de donde proceden, homogeneizándose, al sentirse peruanos inmersos en la modernidad. [...] Esperando contribuir con nuevos líderes y profesionales a la construcción de una nueva política nacional. Con ideología y partidos políticos verdaderamente representativos de un país plural, a fin de afirmar la democracia y la necesaria gobernabilidad para poner en orden el funcionamiento de las instituciones, organizaciones y poderes de un Estado en crisis.¹³

Como podrá apreciarse, que en tal proceso político, no será difícil advertir la existencia de no pocas políticas deficientes, regulación vetusta y varias fallas estructurales de nuestras instituciones estatales, que producen continuamente estados de cosas inconstitucionales y afrenta generalizada de derechos fundamentales de determinadas

¹¹ Descargado de <<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/conclusiones.php>>

¹² En toda la historia (documentada) del Perú republicano no hemos tenido un período de crecimiento y prosperidad como el actual. En los últimos siete años el país ha crecido a un promedio de 6.7% anual, las exportaciones han pasado de 7 mil millones (en el 2001) a 31 mil millones (2008), es decir, una multiplicación de 4.4, la recaudación tributaria ha pasado del 11% del PBI al 16% del PBI, y la población en situación de pobreza ha bajado del 57% (en 1994) al 36%, una reducción de 21 puntos porcentuales (que involucran las vidas de millones de personas). Pocos países en el mundo pueden exhibir estos resultados. Hay muchos que se atribuyen la paternidad de estos logros, pero lo cierto es que por primera vez en nuestro país, cuatro gobiernos (incluyendo el de Valentín Paniagua) han mantenido políticas económicas sensatas que han posibilitado este desarrollo, terminando con nuestra tradición perversa de que cada gobierno borraba lo que había hecho el anterior y empezaba de cero. VILLARÁN, Fernando. *Reflexiones sobre la crisis política*. Artículo del 14/06/09. En el Blog “Espacio compartido”. Descargado de <<http://compartidoespacio.blogspot.com/2009/06/reflexiones-sobre-la-crisis-politica.html>>

¹³ MATOS MAR, José. PERÚ ESTADO DESBORDADO Y SOCIEDAD NACIONAL EMERGENTE. Historia corta del proceso peruano 1940-2010. Ed. Universitaria, U. Ricardo Palma, Centro de Investigación Lima 2012, pp. 32-33.

poblaciones vulnerables. Motivo por el cual, el TC ha tenido que declararlo así en 16 casos resueltos mediante sentencias estructurales y dialógicas¹⁴, y cuatro sentencias de vista en el PJ que reseñaremos en el tercer acápite. Este es, pues, el marco político en que situamos nuestra investigación.

1.3 Marco general social

Para comprender a la sociedad peruana, en principio debemos remitirnos a los dos grandes relatos que sobre el proceso social peruano han desarrollado, por un lado, Alberto FLORES GALINDO¹⁵, Nelson MANRIQUE¹⁶ y Gonzalo PORTOCARRERO¹⁷, y por otro Sinesio LÓPEZ¹⁸, para ello seguiremos el estudio de PORTOCARRERO, a saber:

Para (Alberto Flores Galindo) este autor lo que mejor define la contemporaneidad del Perú es la vigencia de una “tradicón autoritaria”. El núcleo de esta tradición está dado por una violencia que permea la sociedad y que conduce a (re)producir la fragmentación social. La familia, la escuela, las cárceles, los cuarteles, las calles; todos estos espacios están atravesados por la violencia. Entonces, se obedece al poder más por el miedo que suscita que por el convencimiento de que su actuar es justo y bueno, legítimo. Además como la diversidad entre la gente (color de piel, educación, lugar de nacimiento, forma de hablar) se convierte de inmediato en jerarquía, a la vez reconocida y resentida –en todo caso, silenciada– resulta muy difícil concertar acciones. No se genera la idea de un interés colectivo. La ley pública no despierta un sentimiento de obligación. El resultado es una sociedad que no puede actuar sobre sí misma; que, descontenta, cifra sus esperanzas de cambio en una figura providencial. Una autoridad fuerte, justa, honrada, benevolente. Como habrían sido los incas. Pero se trata de una fantasía, una ilusión que abre una esperanza que sólo da lugar a desencantos sucesivos. Finalmente, la tradición autoritaria nos inmoviliza en un presente que se repite.”¹⁹

A partir de nuestra herencia colonial y pre colombina, forjado en ecosistemas diversos en la costa, sierra y selva, habitado por los descendientes de los españoles americanos, conocidos como criollos y ahora llamados “pitucos” a los que se suman los descendientes de los migrantes europeos, produciendo con los aborígenes costeños, serranos y selváticos, además con la llegada de africanos durante la colonia, uno de los más

¹⁴ 16 sentencias aparecen en el enlace <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/estado-de-cosas-inconstitucional/>>, y la STC 5436-2014-PHC/TC en <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05436-2014-HC.pdf>>

¹⁵ FLORES GALINDO, Alberto: La tradición autoritaria (Violencia y democracia en el Perú). 1986. Citado por PORTOCARRERO.

¹⁶ NELSON Manrique: “Introducción. Algunas reflexiones sobre el colonialismo, el racismo y la cuestión nacional. Lima: La Piel y la Pluma, Ed. SUR, 1999. p. 134.

¹⁷ PORTOCARRERO, Gonzalo. La cuestión racial: espejismo y realidad. En: Violencia Estructural: Sociología, Lima: Eds. Asociación de Estudios para la Paz, 1989. p. 17-61.

¹⁸ LÓPEZ JIMÉNEZ, Sinesio. Ciudadanos reales e imaginarios: concepción, desarrollo y mapas de la ciudadanía en el Perú. Lima: Instituto de Diálogo y Propuestas, 1997, p. 536.

¹⁹ Gonzalo Portocarrero: Las Relaciones Estado Sociedad en el Perú, un examen bibliográfico. Módulo Análisis Político Social. Octavo Curso Habilitante para el Desempeño de la Función Jurisdiccional y Fiscal, Segundo Nivel de la Magistratura. Academia de la Magistratura, Lima, Mayo 2003, p. 10.

importantes fenómenos de mestizaje en el mundo. De ahí, las denominaciones de indios, mistis, cholos, negros, zambos y mulatos, no sin antes olvidar la migración asiática y europea a causa de las dos grandes confrontaciones bélicas mundiales y la guerra civil española, todo lo cual ha venido a conformar un Perú multicultural, plurilingüe y multiétnico.

En efecto, la construcción de unidad en la diversidad de la peruanidad, no sólo se debate aun en profundas fragmentaciones y desigualdades económicas de las clases sociales, sino también está envuelto en una cultura racista, que bien explica Portocarrero, pues, dicho fenómeno:

[E]ntendido como un conjunto de discursos y prácticas que renuevan el legado colonial o la tradición autoritaria. Lo primordial sería una tendencia a jerarquizar o, para decirlo en otras palabras, una resistencia a la idea de igualdad. De allí nace una manía clasificadora y jerarquizadora que se reproduce en todos los sectores sociales. Por cierto que no hay posibilidad de un sentimiento de “conciudadana” en un país donde cualquier diferencia es pretexto de desigualdad y de discriminación. Y sobre este trasfondo de mutuas negaciones no puede existir una sociedad política de ciudadanos, un espacio participativo donde acordar y disentir sobre lo que está más cerca del interés de todos. El racismo tiene pues un efecto disgregador. Impide el surgimiento de una “comunidad imaginaria”, la identificación con una perspectiva desde la cual el país se aprecie como una comunidad de intereses y destino.²⁰

La otra meta narrativa expuesta por Sinesio LÓPEZ, se centra en rescatar cierta esperanza de avance de civilización de nuestro devenir como país, en la liberación del círculo vicioso que nos limita en el desarrollo humano, y que PORTOCARRERO menciona:

[L]o más importante del presente peruano no es la continuidad autoritaria sino la ruptura democrática, “el tránsito de una sociedad cerrada de señores a una sociedad de ciudadanos, a través de un proceso que aún no ha concluido”. Si este proceso no ha sido más rápido es por la falta de una “cultura democrática”. La narrativa de López particulariza para el Perú el argumento de Tocqueville: la democracia es un principio cultural expansivo, una creencia en la igualdad entre los seres humanos que va remodelando paulatinamente las relaciones sociales en las distintas esferas de la vida.²¹

Ante estas dos propuestas interpretativas, -se pregunta PORTOCARRERO- ¿Qué define mejor la contemporaneidad peruana: la continuidad del autoritarismo o la ruptura de la democracia? la respuesta debemos darla en perspectiva, partiendo de una constatación histórica, desde 1821 hasta la actualidad, hemos progresado o no? si la respuesta es positiva, entonces, concluimos que **existen dos grandes tendencias en la sociedad peruana, que atraviesan todas sus instituciones y clases sociales, una tendencia autoritaria y otra democrática.** Si bien es cierto que la primera es predominante, también lo es que su fuerza

²⁰ PORTOCARRERO, Gonzalo. Las Relaciones Estado Sociedad en el Perú..., p. 15.

²¹ Ibídem p. 22.

es inercial y tenderá lentamente a extinguirse en el futuro, en cambio, la segunda aunque es incipiente, su fuerza es más dinámica y promete dirigir esta contradicción, hasta su resolución final, con la culminación de la construcción plena del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, y en la base una Economía Social de Mercado auto sostenible, competitivo, solidario e independiente que reconfigure las relaciones sociales denotando una sociedad abierta, horizontal, participativa, deliberante e inclusiva. Al respecto, PORTOCARRERO señala:

Pero si, más allá de estas narrativas sintetizadoras, tratáramos de hacer un balance de los hechos, creo que, de manera sensata, se podrían proponer las siguientes hipótesis: A) Es indudable que en el Perú de hoy existe una mayor conciencia de igualdad. Un signo de este fenómeno es precisamente la visibilización de la discriminación y el racismo. B) No obstante, la tendencia a la jerarquización persiste y es muy fuerte. Como esta tendencia atraviesa todos los sectores sociales, el resultado es una aguda fragmentación social. La solidaridad queda restringida a la “gente como uno”. Entonces el Perú, como una “comunidad imaginaria” basada en el mutuo reconocimiento, en sentir que todos comparten algo sustancial, es terriblemente débil. De ahí la precariedad de la ley y la dificultad para actuar mancomunadamente.

En efecto, en una sociedad autoritaria regida por un poder despótico, aun cuando guarde ciertas formas civilizadas de representación política y solución de conflictos, no sólo el estado de derecho democrático tendrá serias dificultades de desarrollo, sino que generará un clima propicio para que se anide y se generalice la corrupción, tal como concluye la Nota del Consejo Pontificio para la Justicia y la Paz, denominada precisamente “Lucha contra la Corrupción”²².

²² 5. La Iglesia considera la corrupción como un hecho muy grave de deformación del sistema político. El Compendio de la doctrina social de la Iglesia la estigmatiza así: «La corrupción distorsiona de raíz el papel de las instituciones representativas, porque las usa como terreno de intercambio político entre peticiones clientelistas y prestaciones de los gobernantes. De este modo, las opciones políticas favorecen los objetivos limitados de quienes poseen los medios para influenciarlas e impiden la realización del bien común de todos los ciudadanos» (n. 411). La corrupción se enumera «entre las causas que en mayor medida concurren a determinar el subdesarrollo y la pobreza» (n. 447) y, en ocasiones, está presente también al interno de los procesos mismos de ayuda a los países pobres. La corrupción priva a los pueblos de un bien común fundamental, el de la legalidad: respeto de las reglas, funcionamiento correcto de las instituciones económicas y políticas, transparencia. La legalidad es un verdadero bien común con destino universal. En efecto, la legalidad es una de las claves para el desarrollo, en cuanto que permite establecer relaciones correctas entre sociedad, economía y política, y predispone el marco de confianza en el que se inscribe la actividad económica. Siendo un «bien común», se le debe promover adecuadamente por parte de todos: todos los pueblos tienen derecho a la legalidad. Entre las cosas que se deben al hombre en cuanto hombre está precisamente también la legalidad. La práctica y la cultura de la corrupción deben ser sustituidas por la práctica y la cultura de la legalidad. 6. Para superar la corrupción, es positivo el paso de sociedades autoritarias a sociedades democráticas, de sociedades cerradas a sociedades abiertas, de sociedades verticales a sociedades horizontales, de sociedades centralistas a sociedades participativas. Sin embargo, no está garantizado que estos procesos sean positivos automáticamente. Es necesario estar muy atentos a que la apertura no socave la solidez de las convicciones morales y la pluralidad no impida vínculos sociales sólidos [...]. Vaticano 2006. Descargado de

Luego de comprender lo que sucede en la sociedad peruana, es conveniente considerar, también, la relación de la sociedad peruana con los demás países del orbe, pues, el modo de vinculación condiciona o sirve de clima externo para favorecer o no a cada una de las tendencias que se debaten en su interior, máxime si empresas extranjeras tienen sus filiales radicadas en Perú.

En principio, recordemos que son más de 300 años de Colonialismo, y sopesemos la distancia que hubo entre la civilización nativa Inca, y la que hoy coparticipa en la dirección del mundo (España), a través del fenómeno de la globalización, es por ello que, todos los historiadores coinciden en el aserto que la independencia que cada 28 de julio celebramos, fue política más no económica, y en nuestra relación de dependencia con los demás países económicamente poderosos (Ej. Inglaterra, EE. UU, ahora China.), a la par ha significado también un proceso de descolonización, pues, *ello implica no sólo autonomía política sino, sobre todo, elaborar un sentido común, un imaginario colectivo que proporcione a los habitantes de la sociedad en cuestión una visión positiva de sí mismos, un sentimiento que los empodere de manera tal que puedan verse como agentes y protagonistas de una aventura colectiva, que los concierna a todos.*²³

En efecto, la cuestión nacional, en primer lugar, debe significar la superación de los signos de persistencia del colonialismo mental que aún podemos tener, y que se expresan en recurrir a la “ayuda extranjera” para salir del subdesarrollo ante la impotencia, inferioridad y resignación de no poder salir del “estancamiento” por nuestro propios medios, ante el fracaso de nuestra clase política o la degeneración mercantilista de las grandes empresas, el círculo vicioso de oscilar entre democracia y dictadura, la corrupción que asola nuestra patria, ha ocasionado que cientos de miles de peruanos migren al exterior, y los que quedan, no pocos de ellos, busquen la sumisión a una autoridad providencial que no se va a sentir en la obligación de justificar sus actos, y que en muchos casos es un salto al vacío y décadas perdida en *un pasado que se repite*, tal como hemos de constatar con los cinco presidentes caudillos procesados por el caso “Lava jato” que hemos tenido en estos 30 años.

Entonces, así como constatamos la existencia de un proceso de democratización al interior de la sociedad peruana, que pasa por reconstruir las instituciones, esto es, reconvertir

<http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060921_lotta-corruzione_sp.html>

²³ Ibídem, p. 27.

sus estructuras autoritarias por las correspondientes a los estándares internacionales del Estado de Derecho Democrático (Reforma del Estado y Poder Judicial, Sistema de Partidos Políticos, etc.), combatir la exclusión y el racismo, incentivar la concudadana y, mayor participación de la sociedad civil en el control de sus autoridades, entre otras medidas que se pueden encontrar con mayor detalle en las 31 Políticas de Estado del Acuerdo Nacional²⁴.

En conclusión, en el proceso de descolonización por la que atraviesa nuestra patria, se encuentran dos tendencias, que coexisten y lucha entre sí, que atraviesan todos los sectores sociales e instituciones, **la tendencia moderna y la tendencia tradicional**; una visión voluntarista de las cosas puede decir que la reforma del Estado peruano, se circunscribe en la primera, empero, racionalmente, debemos convenir que la tendencia tradicional y autoritaria aún es fuerte, por lo que el proceso transformador comprenderá varias generaciones, por delante.

De ahí, que la presente investigación que propone contribuir a modernizar el Estado desde lo jurisdiccional, a través de la declaración de estado de cosas inconstitucional, debe tener muy presente este marco social, que no pocas veces podría desanimar cualquier intento de activismo judicial, sin embargo, si sus agentes del cambio dentro y fuera del Estado y de la sociedad, encarrilan su accionar en **la creciente mega tendencia democrática y modernista de la Sociedad Peruana**, y se apoyan en los sectores nacionales e internacionales que la suscriben, comprendiendo que *el gran horizonte de la reconciliación nacional es el de la ciudadanía plena para todos los peruanos y peruanas, entendida como un nuevo pacto fundacional entre el Estado y la sociedad peruanos, y entre los miembros de la sociedad. En la edificación de un país que se reconozca positivamente como multiétnico, pluricultural y multilingüe, considerando que tal reconocimiento es la base para la superación de las prácticas de discriminación que subyacen a las múltiples discordias de nuestra historia republicana*²⁵, entonces, los esfuerzos desplegados en el presente trabajo de fin de Máster, estará justificado.

2. PROBLEMA CONCRETO A ABORDAR

La problemática que presenta el Estado peruano en lo objetivo, radica en su desorden normativo y no pocas veces sus reglas están reñidas con la Constitución, asimismo, la

²⁴ Ven en Internet: <http://www.acuerdonacional.gob.pe/Foros/antecedentes.htm>

²⁵ Conclusiones 170 y 171 sobre el proceso de reconciliación nacional del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional.

empleocracia pública reproduce ciertas estructuras organizacionales centralizadas, verticales, vetustas, endogámicas, desarticuladas, burocráticas y poco transparentes; en lo subjetivo, tenemos una predominante cultura autoritaria, patrimonialista, clientelista, populista y corrupta.

Esta realidad estadual, produce constantemente estados de cosas inconstitucionales y la afrenta masiva de derechos fundamentales en las poblaciones vulnerables, que causan una gran demanda de justicia ante el TC y PJ, y que en no pocos casos causan el colapso de las vías procesales.

A fin de enfrentar esta lacerante verdad, se le presenta a los jueces a su vez, la problemática de optar por el modelo del magistrado activista procesal e institucional, o por el contrario, perpetuarse en el rol de juzgador formalista y legalista, encorsetado al principio de congruencia, apegado a la literalidad de la norma, ciego ante la fuente del conflicto y limitado al expediente sin ninguna preocupación preventiva. Así también, en la perspectiva del autogobierno de los jueces, se plantea también el modelo institucional idóneo, cuyas fortalezas garanticen la independencia externa, interna del juez y de las juezas a fin de contribuir desde lo jurisdiccional en la interdicción de tal arbitrariedad.

En suma, debemos analizar si es posible que la magistratura pase del control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, al control de las políticas públicas y fallas orgánicas del Estado, mediante sentencias estructurales y dialógicas, que aplique métodos de interpretación modernos, comprenda que está facultado no solo para crear derecho sustantivo sino también reglas procesales ante el vacío o deficiencia normativa, como por ejemplo la aplicación de la técnica procesal de la declaración de estado de cosas o situación de hecho inconstitucional, la represión de actos homogéneos, la expansión de los efectos de la sentencia a terceros y dialogue a través de sus resoluciones con las autoridades y ciudadanía organizada en la solución estructural de la fuente del conflicto, interviniendo en su corrección y superación sistémica. Incluso, con proyección de esta técnica procesal a las empresas privadas, cuando vulneran masivamente derechos fundamentales de terceros.

Evidentemente, no todo es malo en el aparato gubernamental peruano, podemos destacar las islas de eficiencia y buenas prácticas institucionales en diversos ámbitos públicos, también, desde la actividad funcional tenemos autoridades de cultura democrática, participativa e inclusiva, empero, la constatación objetiva que algo anda mal en el Estado peruano como se ha dicho son las 16 sentencias del TC que declararon el estado

de cosas inconstitucional en su interior, que en gran parte se debe a las falencias y ausencias antes anotadas.

3. SOLUCIONES PARA EL PROBLEMA

Antes bien, vamos a estudiar las soluciones para el problema anotando los 16 casos de declaración de estado de cosas inconstitucional (ECI) sancionadas por el TC, asimismo, en los casos en el PJ, para luego perfilar nuestra propuesta.

3.1 La Jurisprudencia

3.1.1 Tribunal Constitucional

El TC ha declarado el ECI en dieciséis casos, si bien existen estudios que hacen referencia a que en realidad existen 18 ECI, nosotros nos remitiremos a los efectivamente reconocidos como tal por el TC en su portal Institucional²⁶, las sentencias se ordenan de la más reciente a la más antigua, veamos:

- 1) Tratamiento legislativo desigual en razón del sexo respecto a los requisitos para obtener pensión de viudez (STC 00617-2017-AA/TC) Caso Marco Antonio Bocanegra Ruiz
- 2) Hacinamiento de los penales y deficiencias de albergue, en la calidad de su infraestructura, instalaciones sanitarias, salud, seguridad y servicios básicos a nivel nacional.
- 3) Prohibición de doble percepción de ingresos para los pensionistas del Estado (STC 00009-2015-AI/TC, caso contra el D.L. 1133)
- 4) Ejercicio de las competencias por parte de la Oficina de Normalización Previsional (STC 00799-2014-PA/TC, Caso Mario Eulogio Flores Callo).
- 5) Derecho a que el Estado se comunique oficialmente también en lenguas originarias (STC 00889-2017-PA/TC, Caso María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco)
- 6) Disponibilidad y accesibilidad a la educación de personas en extrema pobreza del ámbito rural (STC 00853-2015-PA/TC, Caso Marleni Cieza Fernández y otra)
- 7) Aplicación de sanciones por parte de la Sunat (STC 04539-2012- AA/TC, Caso Sindicato de trabajadores tributarios y aduaneros)
- 8) Falta de una norma legal o reglamentaria que regule un procedimiento unificado, claro y específico, donde se precisen las garantías formales y materiales de los migrantes sujetos a un procedimiento migratorio sancionador (STC 02744-2015-PA/TC, Caso Jesús de Mesquita Oliviera y otros)
- 9) La declaración de paternidad o maternidad no debe dar lugar a sanción administrativa en una institución educativa policial o militar (STC 01126-2012-PA/TC, Caso Dogner Lizith Díaz Chiscul)

²⁶ Ver: <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/estado-de-cosas-inconstitucional>>

- 10) Irrenunciabilidad de los derechos laborales (STC 01722-2011-PA/TC, Caso Sindicato de trabajadores de la Municipalidad de Lima- SITRAMUN)
- 11) Política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental (STC 03426- 2008-HC/TC, Caso Pedro Gonzalo MarroquínSoto)
- 12) Derecho de acceso a una educación universitaria de calidad (STC 0017-2008-PI/TC, Caso de la creación de filiales universitarias)
- 13) Participación temeraria, obstructiva y contraria a la jurisprudencia y precedentes por parte de los abogados de la Oficina de Normalización Previsional (STC 05561-2007-AA/TC, Caso Oficina deNormalizaciónprevisional)
- 14) Aplicación del principio de reserva de Ley en materia tributaria (STC 6626-2006-PA/TC, Caso Importadora y Exportadora A.S. S.C.R.L.)
- 15) Ejecución de resoluciones que declaran un derecho concedido en la Ley del Profesorado (STC 03149-2004-AC/TC, Caso Gloria MarleniYarlequé Torre).
- 16) Acceso a información en poder del CNM (STC 02579-2003- HD/TC, Caso Julia Eleyza Arellano Serquén)

3.1.2 Poder Judicial del Perú

a) Sentencias en la Corte Superior de Justicia del Cusco

La Segunda Sala Civil en el Exp. N° 2009-000627-0-1001-JR-CI-1, declaró un Estado de Cosas Ilegal mediante la sentencia de vista²⁷ del 6 de abril de 2010, que si bien no alude “inconstitucional”, empero, en el fondo contiene el mismo objetivo, de intervenir y controlar la política remunerativa de la Dirección Regional de Educación del Cusco, en el pago de la bonificación por 20, 25 y 30 años de servicios a que tienen derecho los profesores comprendidos en la Ley del Profesorado durante su vigencia, a fin que dicha entidad estatal liquide este derecho sobre la base de la remuneración total y no así una menor, como lo ha venido haciendo afectando a un gran número de docentes, extendiendo los efectos de la decisión a todos aquellos profesores que se encuentren en la misma situación de los demandantes, estableciendo un procedimiento célere en la ejecución de esta sentencia, aplicando supletoriamente el trámite de la represión de actos homogéneos, para todos aquellos que pidan que les alcance los efectos del fallo de dicha sentencia, y no tengan que iniciar un proceso nuevo con la posibilidad de transitar dos instancias e incluso elevarse a sede casatoria en la Corte Suprema de la República, lo que implica un tránsito dilatado en su resolución definitiva.

²⁷ Ver en <<https://es.scribd.com/document/29686420/Exp-N%C2%BA-2009-000627-Amira-Nunez-del-Padro-Santander>>

Luego dicha Sala en el Expediente N° 2009-00899-0-1001-JR-CI-01 emitió una segunda sentencia ECI²⁸ del 17 de mayo de 2010, también a favor de los profesores comprendidos en la Ley del Profesorado, en cuanto a la Asignación de Luto y Sepelio, en el mismo sentido y alcance resolutivo que el anterior.

Sin embargo, esta primera experiencia de emitir sentencias estructurales en el Poder Judicial duró poco, como testimonia el Juez Superior Fernando Murillo Flores, quien fuera el ponente de la primera sentencia ECI, a saber:

Lamentablemente aquí en nuestra Corte Superior de Justicia, la magistrada de primera instancia denegó pedidos realizados al amparo de dichas resoluciones y cuando una Juez Suplente se hizo cargo de un Juzgado Contencioso Administrativo, no sólo aplicó dicha resolución, sino que adecuó las demandas a unas de represión de actos ilegales homogéneos. Estas últimas decisiones fueron tramitadas en unos 15 días y concluían con autos que reprimían dicha actuación ilegal.

Igual de lamentable fue cuando la Dirección Regional de Educación del Cusco, apeló dichas resoluciones, luego de consentir algunas, y logró que en segunda instancia se considere que nuestras resoluciones que declararon el estado de cosas ilegal no eran correctas, no obstante que contra ellas no se interpuso casación y, por el contrario, quedaron consentidas de parte de la Dirección Regional de Educación del Cusco. Es decir, se revisó lo juzgado. En fin, fue muy triste ver como nuestras resoluciones no se aplicaron.²⁹

b) **Sentencias en la Corte Superior de Justicia de Junín**

Sucede que por el año pasado 2019, cuando presidía la segunda Sala Laboral Permanente de Huancayo, apreciamos que subían en apelación una gran cantidad de procesos contenciosos administrativos de los profesores que pedían que la Bonificación por preparación de clases y evaluación, durante el tiempo que estuvo vigente la Ley del Profesorado, se le calcule sobre la base de la remuneración total y no con una menor, como se les viene liquidando por las Unidades de Gestión Educativa Locales de la Dirección Regional de Educación del Gobierno Regional de Junín, asimismo, los pensionistas demandaban también que dicho concepto remunerativo recalculado sea considerado como parte de su pensión, pues un monto diminuto le fue aplicado cuando cesaron en el trabajo.

Para enfrentar dicha problemática, siguiendo en parte la argumentación y el modelo de decisión de la experiencia cusqueña, el Colegiado declaró el ECI y la represión de actos lesivos homogéneos, expandiendo a terceros por igual razón igual derecho (*a pari*) los alcances del fallo, aplicando extensiva y supletoriamente este trámite procesal previsto en el

²⁸ Ver en <<https://es.scribd.com/document/32994575/Hilda-Josefina-Vilchez-Tito>>

²⁹ Carta enviada al docente de 19.11.2019, y citado con la autorización del Juez Superior Fernando Murillo.

artículo 60 del Código Procesal Constitucional³⁰, en los Expedientes Nos. 00095-2019-0-1501-SP-LA-02 y 03814-2017-0-1501-JR-LA-01 del 22 de abril y 31 de octubre de 2019, respectivamente, siendo el caso que la primera sentencia quedó consentida, y la segunda sólo se interpuso recurso de casación en el extremo que resuelve el caso concreto, consintiendo el extremo de la declaración del ECI. Dichas sentencias fueron consideradas de “históricas” por el diario “Primicia” (12.11.2019) de Huancayo.

Cabe destacar que, previamente, se advirtió a las partes que el Colegiado iba a declarar el ECI, e inclusive invitamos como *amicus curiae* al Abogado del Gobernador Regional, al Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Junín y al representante de la oficina defensorial de Junín de la Defensoría del Pueblo, para que ilustren a la Sala en la Audiencia Pública sobre las posibilidades jurídicas de aplicar el ECI, conviniendo todos ellos estar de acuerdo con tal declaración. Siendo, también, en la tutela de los DESCAs, la primera experiencia dialógica en el Distrito Judicial de Junín, que este año ha cumplido 100 años de creación.

Como sucediera en la Corte Superior del Cusco, para el presente año 2020 fue designado otro colegiado que retornó a resolver del modo tradicional, caso por caso, cada una de las demandas, sin siquiera apartarse de las sentencias de vista que declararon el ECI en la política remunerativa de las entidades administrativas educativas que afectan sistemáticamente el abono debido de tal bonificación y también de la pensión de los profesores cesantes, durante el tiempo que estuvo vigente el beneficio, pese que las altas Cortes y el TC del Perú, han definido que su cálculo se efectúa sobre la base de la remuneración total o íntegra y no con una base menor como lo es la remuneración total permanente.

Ello no obstante, citamos a continuación la segunda sentencia para apreciar el alcance y sentido del fallo:

2. DECLARAR el ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL en las Unidades de Gestión Educativa Local de Huancayo, Chupaca, Concepción, Jauja y la Dirección Regional de Educación del Gobierno Regional de Junín, por la adopción de la política administrativa

³⁰ Artículo 60.- Procedimiento para represión de actos homogéneos Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución. Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente.

de calcular la Bonificación especial por Preparación de Clases y Evaluación, establecida en el artículo 48° de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificado por la Ley N° 25212 y el artículo 210° del Decreto Supremo N° 19-90-ED, Reglamento de la Ley del Profesorado, durante su vigencia, con base a la remuneración total permanente, cuando lo legal es que se establezca en función de la remuneración total o íntegra que perciba el profesor, así también, se comete tal infracción normativa, para efectos de calcular la pensión inicial de los profesores cesantes en el régimen del Decreto Ley 20530, durante su vigencia.³¹

Esta política remunerativa y pensionaria no escrita de ciertas agencias públicas, como hemos descrito en el marco general político, se inauguró en la década de los 90 y aún persiste en el Estado, de hacer caja con los dineros que les corresponde legalmente a los empleados públicos, recurriendo a espurias interpretaciones restrictivas cuando no violatorias de los Derechos Fundamentales pensionarios y remunerativos consagrados en los artículos 11 y 24 de la Constitución del Perú, no obstante que el supremo intérprete de la Constitución en uniforme y reiterada jurisprudencia ha establecido el correcto sentido interpretativo en su liquidación y abono de los conceptos remunerativos a que tienen derecho, y que trasciende al momento de calcular el monto de la pensión del servidor que cesa por límite de edad. Sin embargo, pese a que las sentencias del TC son vinculantes a los poderes públicos, tal práctica indolente sigue causando violencia estructural contra una gran cantidad de personas vulnerables, que exigen tutela urgente dado que sus reclamos –como se ha visto- son de carácter alimentario.

Finalmente, en este año 2020 nos ha tocado presidir la Sala Mixta Descentralizada de Tarma, en el Exp. 0052-2017-0-1509-JM-LA-01 seguido por la Asociación de Cesantes en Educación de la Provincia de Tarma contra la Unidad de Gestión Educativa Local de Tarma y el Procurador Público del Gobierno Regional de Junín, sobre el recálculo de las pensiones de sus asociados conforme a la Bonificación por preparación de clases y evaluación liquidada sobre la base de la Remuneración Total, se emitió la Resolución N° 27 advirtiendo a las partes la posible declaración del ECI y represión de actos lesivos homogéneos y de los convocados *amicus curiae* (Amigos del Tribunal) asistieron a la Audiencia Virtual pública³² realizada el 14 de octubre del presente año 2020, el Dr. Martín Gómez Baldoceda, Presidente de la Asociación de Abogados de Tarma y el Dr. Julio Cesar Salomé Castro en representación del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional de la Universidad Peruana Los Andes de Huancayo (UPLA), ilustrando al Colegiado sobre

³¹ Descargado de <<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/Exp.-03814-2017-0-1501-JR-LA-01-LP.pdf>>

³² La convocatoria se efectuó en la página del Facebook de la Sala Mixta Descentralizada de Tarma, ver en: <<https://www.facebook.com/photo.php?fbid=157734502674618&set=pb.100053142076092.-2207520000..&type=3>>

el uso de esta técnica procesal del ECI, actualmente, aún el voto está en estudio por parte de los otros dos miembros del Colegiado. De emitirse la Sentencia el ECI se ampliaría a las provincias de Tarma, Yauli – La Oroya y Junín, con ello sus efectos regirían para todo un Departamento del Perú.

c) **Sentencia de la Corte Superior de la Selva Central**

La Segunda Sala Mixta de Chanchamayo de dicha Corte, ha emitido Sentencia declarando el ECI y ordenando la represión de actos lesivos homogéneos, en la misma dirección jurisprudencial de la Segunda Sala Laboral Permanente de Huancayo mencionado, precedentemente, sobre la misma problemática que atraviesan los profesores activos y cesantes que tienen derecho a una Bonificación por preparación de clases y evaluación calculada sobre la base de la remuneración total o íntegra, como se podrá apreciar de la Resolución N° 9 de fecha 20 de Diciembre de 2019 recaída en el Exp. N° 00344-2019-0-3401-JR-LA-01.

d) **Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima**

El Primer Juzgado Constitucional de Lima declaró fundada la demanda colectiva presentada por la ciudadana Violeta Cristina Gómez contra el Ministerio de Salud, en un proceso de amparo, y mediante la Resolución N° 47 del 2 de julio de 2019, ordenó a dicho Ministerio *a informar y distribuir en forma gratuita el anticonceptivo oral de emergencia denominada Píldora del día siguiente en todos los centros de salud del Estado*³³. De este modo, dicho juzgado realiza un control de la política pública sobre la planificación familiar, estableciendo que desaprueba el test de igualdad, por lo que dispone la ampliación de dicha política mediante la distribución gratuita de dicha píldora a todas las mujeres que lo requieran.

3.2 **Control constitucional de las políticas públicas y estructuras del Estado**

Con el paso del Estado legal al Estado Constitucional y Social, además, de la función clásica de resolver conflictos intersubjetivos e incertidumbres jurídicas, mediante el control de legalidad, a los jueces se les plantea no sólo las funciones de control de convencionalidad y constitucionalidad de las reglas y de los actos administrativos, sino también del novedoso y polémico rol de control de constitucionalidad y convencionalidad de las políticas públicas o la ausencia de ellas, y de las estructuras administrativas u organizacionales del Estado;

³³ Descargado de <https://es.scribd.com/document/415613567/Pildora-Del-Dia-Siguiente#from_embed>

asimismo, su posible ampliación a las políticas y aspecto normativo de las empresas privadas, siempre que sus deficiencias o vacíos causen la violación masiva de derechos fundamentales sea con sus trabajadores, administrados, usuarios de sus servicios, consumidores o público en general.

La técnica procesal e instrumento decisorio que se sugiere son las sentencias estructurales, dialógicas, el Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) o la Situación de Hecho Inconstitucional y la represión de actos lesivos homogéneos *erga omnes*. Sobre el particular, Roberto BERIZONCE constata lo siguiente:

Los jueces se involucran toda vez que son requeridos para dirimir, a través del proceso judicial, la tensión existente entre la alegación de falta o insuficiencia de una política pública y la previsión normativa de un derecho fundamental “sensible” que demanda respuesta. Cuando el conflicto adquiere ribetes colectivos de interés público, el compromiso de los jueces deviene superlativo y el modelo formal adopta características típicas, propias de la denominada democracia deliberativa-procedimental. Los jueces actúan en función de garantías, en el marco de métodos “dialogales” de la mayor transparencia que posibilitan la participación más colaborativa de los sujetos involucrados y, especialmente, la administración pública cuya “estructura” se cuestiona. En estos litigios tras la búsqueda de soluciones estructurales, en el marco del clásico control de constitucionalidad y convencionalidad, los jueces no sólo actúan como gestores, moderadores, componedores para la tutela del interés público, sino que ejercen un verdadero y propio control de las políticas públicas, y a menudo inducen su configuración o mejora por los poderes de gobierno.³⁴

Como se aprecia, aquí se abre el debate del rol del juez, los niveles y alcances de la participación del PJ en la interdicción de la arbitrariedad desde los principios separativo y colaborativo de control político frente al gobierno, al legislador y al Estado. Al respecto, Leandro GUZMÁN, explica que: *Este “rol político” está dado, también, por el interés, la participación de la judicatura en las angustias de su comunidad, tomando conciencia de las motivaciones más profundas al resolver los conflictos que le son llevados a dirimir. De este modo, el Poder Judicial, integrado por todos los jueces, es un poder político.*³⁵

3.2.1 Justificación desde el principio de la separación de poderes:

Desde que los países adoptaron el principio de separación de poderes, en la interdicción de la arbitrariedad, hemos experimentado y sistematizado prácticas en el control recíproco de los tres poderes clásicos (*check and balances*), a los que se aunaron los organismos constitucionales autónomos, creados al influjo de la tendencia de la fractura

³⁴ BERIZONCE, Roberto O. *Prólogo*. En: GUZMÁN, Leandro. Derecho a una sentencia motivada. Bs. As.: Astrea, 2013, p. XIII.

³⁵ GUZMÁN, Leandro. Derecho a una sentencia motivada. Bs. As.: Astrea, 2013, p. 196.

múltiple del poder. Así, el primer avance del PJ de optimizar su función de tutela jurisdiccional, fue ingresar de modo difuso a controlar la constitucionalidad de las leyes y los reglamentos, expedidos por los Poderes Legislativo y Ejecutivo, respectivamente, lo que se potencializó mediante el control concentrado de un alto tribunal especializado. Luego, dicha supervisión se amplió al control de convencionalidad en la vigilancia del cumplimiento de los tratados y convenciones internacionales suscritas por el Estado.

Hasta que advino, el control constitucional de las políticas públicas y estructuras del Estado, gracias a un proceso de constitucionalidad del Derecho en todas sus especialidades, en la comprensión que no existen zonas exentas de control de constitucionalidad, la concepción de la supremacía normativa de la Constitución de aplicación inmediata, aún se trate de principios y derechos programáticos y prestacionales, superando la interpretación tradicional que se requería de la ley para su desarrollo y, su realización sería progresiva en función a la disponibilidad presupuestaria del Estado.

En tal secuencia, el control político judicial es una manifestación de la división de funciones de los órganos del Estado en la dinámica que *el poder controle al poder*, (re) estableciendo el equilibrio constitucional (*Checks and balances*).

3.2.2 **Justificación desde el principio de colaboración de poderes:**

Como hemos explicado en el marco jurídico de la introducción, los órganos autónomos constitucionales no son compartimentos estancos, sino deben de colaborar entre ellos en la eficiencia, eficacia y efectividad de las funciones del Estado en su conjunto. Pues, si el TC o el PJ detectan cierta disfuncionalidad grave que violenta de modo sistemático y generalizado derechos fundamentales de una gran cantidad de ciudadanos y poblaciones vulnerables, entonces, por el bien de la propia agencia o sistema público afectado de inconstitucionalidad, la intervención dialógica, transparente y democrática de los órganos jurisdiccionales en el control de las políticas públicas y estructuras del Estado, no significará ninguna suplantación, invasión o interferencia de competencia, sino por el contrario el cumplimiento del deber de colaboración de poderes, que constituye un principio implícito en el artículo 43 de nuestra Constitución Política³⁶. Máxime si, ciudadanos, funcionarios,

³⁶ Artículo 43°.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación (y colaboración) de poderes. Lo puesto entre paréntesis es nuestro.

autoridades, congresistas y magistrados, deben de *respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación*, según ordena su artículo 38.

En ese sentido, la Corte Constitucional Colombiana desde dicho principio colaborativo justifica su función contralora política, en la Sentencia SU-559/97, fundamento jurídico 31, *(1) La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines (C.P. art., 113). Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política.*³⁷

Vale decir, la Justicia no puede ser cómplice de la continuidad de una fuente estadual de conflictos, violatorio de derechos fundamentales, y que los jueces conocieron debido a los casos concretos demandados por los ciudadanos perjudicados, pues, ello significaría renunciar a su función de tutela jurisdiccional efectiva, que no sólo se cumple con la resolución del conflicto intersubjetivo entre las partes del proceso judicial, sino también colaborando con las autoridades para la identificación de la problemática y su solución estructural en el marco de la democracia deliberativa.

De igual manera, TC peruano reflexionó en la STC N° 2579- 2003 – HD/TC, sobre su deber de asumir un mayor activismo constitucional, a saber:

19. [...] el Tribunal no sólo puede limitarse a condenar el desconocimiento del carácter vinculante de los derechos; es decir, la insensatez de que no se comprenda que, en particular, todos los órganos públicos tienen un deber especial de protección con los derechos fundamentales, y que la fuerza de irradiación de ellos exige de todos los operadores estatales que realicen sus funciones del modo que mejor se optimice su ejercicio. Es urgente, además, que adopte medidas más audaces que contribuyan a hacer aún más efectiva su función pacificadora de los conflictos de la vida constitucional.

Es decir, este nuevo rol de la magistratura del siglo XXI, como hemos visto en la jurisprudencia comparada y peruana, cada vez adquiere protagonismo en cooperar en la construcción de una sociedad de plena vigencia y optimización permanente de los Derechos Humanos en todo orden de cosas.

3.2.3 Justificación desde la realidad latinoamericana:

En el marco político y social introductorio hemos descrito la realidad peruana, que no es distante de los demás países latinoamericanos, caracterizada por una fragilidad

³⁷ Descargado de <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>

institucional, desigualdades sociales profundas, elevados niveles de *informalidad* y una cultura autoritaria, no obstante que su sistema normativo constitucional cumple estándares internacionales y se adscribe a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otras, estas resultarían líricas porque en la realidad se cumplen otras reglas no escritas en ciertas estructuras del Estado y también en la sociedad civil, que las hacen contrarias a la Constitución.

De ahí que, a raíz de los conflictos que genera tal estado de cosas, los jueces presencian la tensión entre el “es” y el “debe ser” constitucional, ante ello deben optar por actuar de modo tradicional limitándose a resolver la controversia concreta, o también ayudar a enfrentar el caso social que se desprende del individual, como agentes de cambio y progreso.

Consideramos que, la peruanidad se debate aún en serios entrampamientos y limitaciones sistémicas que nos retan a salir de la pobreza, el subdesarrollo y la dependencia, para ello la colaboración de los poderes y de la ciudadanía resultan claves para enfrentar los desafíos que propone avanzar hacia la construcción de sociedades abiertas, horizontales, participativas e inclusivas con un Estado para todos y todas. En esta tendencia, el PJ y el TC deben asumir plenamente el rol de controlar la constitucionalidad de las políticas y prácticas públicas, desde los procesos que conocen, en su condición de garantes de los Derechos Humanos y guardianes de la Constitución.

3.3 Sentencias estructurales y dialógicas

El modo tradicional de resolver los conflictos mediante el silogismo judicial, consta de los juicios normativo, probatorio³⁸ y de subsunción, esto es, luego de fijar la regla y el hecho probado, realizamos la operación de subsumir este hecho al supuesto fáctico de la norma, si encaja entonces se desencadena la consecuencia jurídica resolviendo la controversia intersubjetiva. Sin embargo, ahora proponemos que toda sentencia también comprenda un acápite que denominamos juicio de prevención, en la que el Juez identifique si la fuente del conflicto es aislado o estructural, ocasional o permanente, imprevisto o sistemático, individualizado o generalizado, ya que si es lo segundo, entonces, en cumplimiento de su obligación de defensa del orden constitucional deberá cooperar en

³⁸ CORRALES MELGAREJO, Ricardo. *El juicio probatorio en el proceso laboral*. En: Revista Soluciones Laborales N° 126, Lima: Gaceta Jurídica, JUNIO 2018. En formato virtual con la denominación: *La valoración de la prueba en el proceso laboral*. En: <<https://lpderecho.pe/valoracion-prueba-proceso-laboral-ricardo-corrales/>>

eliminar o aminorar progresivamente, la fuente del conflicto y la producción de políticas públicas arbitrarias y contrarias a la Constitución – y a la Convención-, a través de la sentencia estructural, mediante métodos democráticos deliberativos y dialógicos entre las autoridades y ciudadanía involucradas, empero, ejerciendo además sus facultades coercitivas y disciplinarias correctivas en su función pacificadora. Es por ello, el TC nos recuerda que:

Las sentencias estructurales surgen en un contexto en el que las violaciones a los derechos fundamentales se dan de manera sistemática e institucionalizada por el aparato estatal. Entonces, el juez constitucional, siendo el legitimado para garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, dicta o propone medidas para el diseño de políticas públicas que materialicen la tutela de los derechos fundamentales; las mismas que han de ser implementadas a través del tiempo.³⁹

Este desafío de control político de la Magistratura, en la eficacia, promoción, optimización y restauración de los Derechos Humanos, también propugna Mónica BARRIGA PÉREZ, a saber:

[...] las sentencias estructurales se constituyen en instrumentos para lograr la protección efectiva de los derechos humanos, además, de generar espacios de interacción y diálogo entre el Estado y los ciudadanos, lo cual, es [...] un fortalecimiento de la democracia deliberativa. Esta crítica sobre los pocos mecanismos o herramientas que tienen los jueces para realizar cambios sociales, esta intrínsecamente ligada a la concepción débil del papel de los jueces, pues si consideramos que los jueces solo pueden declarar fundada o infundada la demanda, identificando la inconstitucionalidad o la vulneración del derecho, sin ir más allá sobre la forma de solución o implementación de la decisión, efectivamente tenemos que reconocer la poca influencia que tiene el juez para realizar cambios sociales. Por otro lado, si coincidimos con la visión, según la cual, el rol del juez cada vez es más preponderante, y que sus decisiones no deben limitarse a ser la boca de la ley, sino que pueden contribuir activamente en el fortalecimiento del Estado y velar por los intereses, principios y valores fijados en la Constitución, es necesario legitimar los mecanismos que utilizan los jueces para adaptar sus decisiones y hacerlas acordes con la protección y real garantía de los derechos.⁴⁰

Empero, el desarrollo de las sentencias estructurales en el PJ, no sólo depende del ejercicio de dicho activismo de los jueces de involucrarse en procesos colaborativos desde su función jurisdiccional, sino también del activismo institucional que adopten a fin de reformar la organización judicial tradicional por uno moderno, motivador y protector de tales iniciativas, mediante la transformación de las estructuras verticales, jerarquizadas, rígidas y opacas del PJ que más bien moldean jueces formalistas burócratas, por unas horizontales, más democráticas, dialógicas, flexibles y transparentes, que estimulen el rol protagónico de la Magistratura del Siglo XXI, como factor de cambio social en la plena vigencia de los derechos fundamentales de la ciudadanía, la afirmación del Estado Constitucional, Social y

³⁹ STC N° 00853-2015-PA/TC

⁴⁰ BARRIGA PÉREZ, Mónica L. Sentencias estructurales y protección del derecho a la salud. Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en política jurisdiccional, Lima: PUCP, 2014, pp. 55 - 57. En:<<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5438>>

Democrático de Derecho, y con ello desplegar su función pacificadora de cohesión social en la pluralidad cultural, lingüística y étnica de la peruanidad.

El esfuerzo individual y colectivo de la judicatura nacional en la tutela de los derechos, implica también la colaboración del Poder Legislativo por modificar la Constitución, actualizar las leyes orgánicas y procesales, en la reconfiguración democrática del Poder Judicial, facultades y vías procesales eficientes y efectivas en la interdicción de la inconstitucionalidad, pues, si todo lo que estamos exponiendo en el presente trabajo fuera regulado en leyes y reglamentos, evidentemente, que estaríamos tratando otros temas superiores y, probablemente, cuestiones problemáticas mucho más complejas, en la labor judicial de vigilancia de la eficacia de la Constitución. He aquí, la importancia de la democracia deliberativa entre la ciudadanía, los jueces, legisladores y funcionarios públicos, e involucrarlos en procesos colaborativos por un mejor Estado, en todos sus niveles de gobierno.

Además, debemos de destacar el alto grado de impacto en la conciencia social de la ciudadanía de las sentencias estructurales que, ciertamente, legitiman al TC y PJ en su rol pacificador, armonizador, de vigilancia constitucional desde la judicatura de procesos colaborativos y solidarios en la mejora progresiva de las instituciones, sus políticas y servicios públicos, a saber:

En el caso de las sentencias estructurales, en las cuales se toman decisiones generales, globales y sistémicas, los efectos del fallo afectan no solo a los actores procesales, sino también a todo el conglomerado de personas que componen el grupo protegido, independientemente que interpongan o no la acción judicial. Pues, como ya hemos anotado, se intenta estructurar soluciones que involucren a todas las entidades competentes para que se adopten las medidas legislativas, presupuestales o administrativas adecuadas e indispensables para la protección general de los derechos amparados, lo cual repercute en pro de todo el conglomerado social.⁴¹

Por último, en cuanto a las sentencias dialógicas que comprometen también a los jueces en el denominado activismo dialogante como manifestación de la democracia deliberativa en la justicia, debemos comprender lo siguiente:

[L]os tribunales inician un “activismo dialógico” mediante dos mecanismo institucionales. En primer lugar, las sentencias dialógicas establecen fines generales y procesos de ejecución claros, con plazos firmes y exigencia de informes de avances en la ejecución, al mismo tiempo que dejan las decisiones sustantivas y los resultados detallados a los organismos administrativos. Las órdenes de esta naturaleza no sólo son compatibles con el principio de separación de poderes, sino que pueden también promover la eficacia general de una determinada decisión. En segundo lugar, un enfoque dialógico de los casos de DESC fomenta

⁴¹ BARRIGA PÉREZ, Ob. Cit. p. 128.

los mecanismos participativos de seguimiento, como las audiencias públicas, las comisiones de vigilancia nombradas por el tribunal y las invitaciones a la sociedad civil y a los organismos administrativos para que presenten información relevante y participen en debates promovidos por el tribunal. Esos mecanismos promueven la deliberación democrática y mejoran los efectos de las intervenciones de los tribunales.⁴²

3.4 Test de constitucionalidad de las políticas públicas y estructuras del Estado

Dicho Test ha sido propuesto en el fundamento de Voto del Magistrado Eloy Espinosa – Saldaña en la STC N° 05436-2014-HC/TC, y que pasamos a estudiar:

Déficits de existencia: si se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema relativo a al derecho fundamental que se alega afectado.

Déficits de ejecución: si no se han realizado o materializado efectivamente los planes adecuadamente formulados.

Déficits de consideración suficiente: en caso se haya desatendido las dimensiones o principios relevantes del derecho invocado en la formulación o implementación de las políticas públicas pertinentes.

Déficits de respeto suficiente: que, a diferencia de los déficits de consideración, aluden a trasgresiones graves o manifiestas del derecho invocado. Los déficits de respeto suficiente, a su vez, pueden ser **déficits de violación manifiesta**, en caso se haya establecido políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho fundamental alegado; **déficits de razonabilidad**, si se han adoptado de medidas claramente inconducentes; y **déficits de protección básica o elemental**, con respecto a políticas insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos prioritarios del derecho en cuestión.

Déficits de confrontación de problemas estructurales: en caso no se haya enfrentado asuntos que impiden la ejecución efectiva de las políticas públicas y terminen generando resultados negativos en el derecho eventualmente afectado. Estos, entre otros, pueden ser **déficits de participación política**, si se ha adoptado una política pública referida al derecho sin permitir la participación de la sociedad civil o de los directamente afectados por ella; **déficits de transparencia**, si no existe información pública actual y accesible sobre las políticas públicas y su ejecución; **déficits de control**, si no se han establecido o implementado debidamente formas supervisión o mecanismos de rendición de cuentas respecto a las políticas implementadas; **déficits de evaluación de impacto**, si se ha procedido sin establecer líneas de base o indicadores con enfoque de derechos que permitan evaluar los impactos de la política pública en el goce efectivo del derecho analizado.

A los cuales, habría que agregarle el déficits de sostenibilidad, constitucionalidad, convencionalidad, multiculturalidad, de consulta previa (C. 169 OIT), es decir, podríamos encontrar otros aspectos para un examen integral de constitucionalidad de las políticas públicas. Empero, también recordemos que el juez no es experto en politología y planificación, entonces, el juzgador podrá pedir informes a profesores e investigadores de universidades y centros de estudios para que ilustren a las partes sobre la realidad que es

⁴² RODRÍGUEZ, César. *El Activismo Dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. En: Revista Argentina de Teoría Jurídica, Universidad Torcuato Di Tella, Vol. 14 (Diciembre de 2013), p. 7. Descargado de <http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858>

materia controvertida en el proceso judicial que propone dicha supervisión, a tenor de lo dispuesto por el artículo 239 del Código Procesal Civil.⁴³

Asimismo, para mayores luces en la comprensión de la problemática presentada o develada a causa de la controversia, también, el juez podrá convocar a *amicus curiae* (amigos del Tribunal) en la Audiencia Pública en la que se debatirá el caso, estos son, expertos conocedores del estado de cosas o situación de hecho que urge corrección constitucional.

Ese fue el caso, cuando la Sala Mixta Descentralizada de Tarma de la Corte Superior de Justicia de Junín, ante la posibilidad de declarar el ECI por la violación masiva del derecho fundamental a la pensión de los profesores cesantes del sector de la educación pública de las provincias de Tarma, Yauli – La Oroya y Junín del Departamento de Junín del Perú, convocó a expertos del tema a la Audiencia pública virtual⁴⁴, para mejor resolver.

También, es posible que los jueces actúen pruebas de oficio y citen como testigos a los funcionarios y líderes de la sociedad civil comprendidos en la problemática a resolver, todo ello en aras de conocer mejor la realidad inconstitucional a remediar.

Pues, si apreciamos el primer elemento del test en estudio, el juez en primer lugar tendrá que establecer si existe o no política pública o plan sobre el estado de cosas o hechos que están causando violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos fundamentales. Lo que implica un mínimo conocimiento de la problemática a fin de adoptar la decisión que corresponda en cuanto al test del déficit de existencia, ya que puede suceder que no exista política y más bien malas prácticas administrativas, interpretaciones espurias de las normas legales y reglamentarias, o procedimientos inconstitucionales.

Subsecuentemente, si el juez identifica la existencia de un plan o política pública o varias de ella, a continuación procederá a someterla a los test restantes, lo que supone realizar una valoración abstracta de constitucionalidad, y luego en concreto verificar su grado de aplicación o no, asimismo, analizar su consistencias en cuanto a los filtros de razonabilidad, suficiencia, respeto y protección de los derechos reclamados, cobertura, transparencia,

⁴³ **Artículo 239.- Informes**

Se puede pedir a los funcionarios públicos que informen sobre documentos o hechos. Los informes se presumen auténticos.

En los casos previstos por la ley se puede pedir a particulares informes sobre documentos o hechos. Los informes tendrán la calidad de declaración jurada.

⁴⁴ Audiencia pública virtual del 13/10/2020 subida al canal Youtube de la Sala Mixta de Tarma, ver: <<https://www.youtube.com/watch?v=shKk7MR3vy8&t=2097s>>

participación, control y evaluación de impacto. Es decir, el juez tendrá que contrastar entre la teoría (plan, política, estrategia) con la práctica, a fin de determinar la eficiencia, eficacia y efectividad en la elaboración, formulación, desarrollo y evaluación de aquellos instrumentos de gestión del funcionario, empero, centrado en los derechos fundamentales demandados.

Otro aspecto de control constitucional a destacar, es cuando el juez lleva a cabo el test de déficits de confrontación de problemas estructurales, en razón a que verificará si las estructura jurídicas, orgánicas, administrativas y de gestión, en suma, si las estructuras institucionales y sistémicas contienen o no fallas inconstitucionales que de existir, serán ambiente o caldo de cultivo para que se produzca y mantenga la fuente del conflicto que causa la violación sistemática, masiva y generalizada de derechos fundamentales sea de sus trabajadores, usuarios de los servicios públicos, poblaciones vulnerables afectadas directa o indirectamente. Pues, el juez luego de hacer visible tales defectos procederá a ordenar a la demandada que reestructure su institución o parte de ella, según los mínimos constitucionales que le establezca. Un claro ejemplo, es la STC N° 05436-2014-HC/TC, en el caso de los penales en el Perú, que luego de declarar el ECI, el máximo intérprete de la Constitución, decidió lo siguiente:

4. Declarar que las alternativas de solución a los problemas de hacinamiento carcelario en el Perú exige el trabajo conjunto y coordinado del Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo, entre otros, así como la participación de la sociedad en general.

5. Exhortar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que elabore un nuevo Plan Nacional de la Política Penitenciaria 2021-2025, con características de política de Estado, que deberá elaborarse en un plazo no mayor a 3 meses, desde la fecha de publicación de la presente sentencia, e incluir, de manera prioritaria, las medidas referidas en el fundamento 107.b⁴⁵ de la presente sentencia.

⁴⁵ 107. Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional considera que existen razones suficientes para declarar un estado de cosas inconstitucional con respecto al hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la calidad de su infraestructura y servicios básicos a nivel nacional. Por consiguiente, este Tribunal estima que deben plantarse las siguientes medidas:

[...]

b) Las medidas, aludidas supra, deberán ser complementadas con todas aquellas disposiciones adicionales que resulten pertinentes para dicho fin dada las actuales graves circunstancias por las que atraviesa el sistema penitenciario en nuestro país, en el marco de un nuevo Plan Nacional de la Política Penitenciaria 2021-2025, con características de política de Estado, que se exhorta a que sea elaborado en un plazo no mayor a 3 meses, luego de publicada de la presente sentencia y que incluya, entre otros aspectos, de manera prioritaria: i. La identificación de los establecimientos penitenciarios a nivel nacional cuyas condiciones de hacinamiento y /o infraestructura constituyen efectivamente una grave amenaza para los derechos fundamentales de los reclusos así como las medidas de priorización a implementar con carácter de urgencia en el plazo correspondiente; ii. El establecimiento de medidas a corto, mediano y largo plazo para afrontar el hacinamiento de los establecimientos penitenciarios en el Perú y de mecanismos para el control efectivo de su cumplimiento; iii. El establecimiento de medidas a corto, mediano y largo plazo para superar las severas deficiencias en la

6. Teniendo en cuenta que, actualmente, el Sistema Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) han sido declarados en emergencia, se debe exhortar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que evalúe, en un plazo no mayor a 3 meses desde la fecha de publicación de la presente sentencia, ampliar, modificar o replantear sustancialmente las medidas que resulten necesarias e indispensables para superar progresivamente dicho estado de cosas inconstitucional, así como evaluar la decisión de reestructurar integralmente el INPE, a fin de redimensionar el tratamiento penitenciario con fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

7. Declarar que si, en el plazo de 5 años, que vencerá en el año 2025, no se han adoptado las medidas suficientes para superar dicho estado de cosas inconstitucional, estos deberán ser cerrados por la respectiva autoridad administrativa, lo que podría implicar el cierre temporal del establecimiento penitenciario para el ingreso de nuevos internos, el cierre temporal del establecimiento penitenciario con traslado de los internos a otros establecimientos penitenciarios sin hacinamiento, entre otras medidas, según se trate del nivel de hacinamiento, y hasta que se garanticen las condiciones indispensables de reclusión, asumiendo la responsabilidad de la omisión o deficiencia las respectivas instituciones públicas, empezando por el Ministerio.

Queda claro, pues, que los jueces pueden intervenir las instituciones públicas, cuando el ECI radica en sus estructuras orgánicas en todo en parte, que hacen ilusa la mejor política que tengan. Así, también, la Corte Constitución Colombiana ha identificado tales anomalías sistémicas que obedecen, en no pocos casos, a políticas de estado no escritas pero que se manifiestan en los hechos como graves disfuncionalidades, incumplimientos, omisiones, desatenciones, trabas burocráticas, corrupción, regresión y exclusión de la ciudadanía y poblaciones vulnerables en el goce de sus derechos fundamentales, a saber:

[E]l incumplimiento de las funciones públicas obedece a distintos factores, entre ellos la Corte ha identificado dos: (i) la ineficacia administrativa, entendida como la inacción de las autoridades públicas, escenario en el cual existe un problema de gestión pública, pues la institución pública está creada para responder a ese fin y cuenta con los recursos necesarios para hacerlo, pero no se ejecuta, (v. gr. retraso en el pago de mesadas pensionales, falta de afiliación de los profesores a la Caja de Prestaciones Sociales del Magisterio, ausencia de respuesta o mora excesiva de los derechos de petición de los usuarios del sistema, etc.). (ii) La falta de capacidad institucional, que corresponde a un problema más complejo, pues las entidades públicas no cuentan con los medios disponibles para cumplir con su función constitucional, bien sea porque no cuenta con personal suficiente y capacitado, no existe infraestructura, no cuenta con disponibilidad presupuestal, entre otras, caso en el cual no es una omisión atribuible a un funcionario específico sino refleja una incapacidad logística y organizacional del Estado (v. gr. hacinamiento carcelario, crisis del sistema nacional de salud, desplazamiento forzado interno, etc.).

infraestructura de los establecimientos penitenciarios, instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional; y, iv. Exhortar a que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, evalúe en un plazo no mayor a 3 meses, la reestructuración integral del INPE, a fin de redimensionar el tratamiento penitenciario con fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, así como garantizar los objetivos mencionados supra, tomando en consideración aspectos medulares como la profesionalización, capacitación, seguridad y mejoras remunerativas progresivas de su personal, así como también la lucha eficaz contra la corrupción al interior de la institución, a través de mecanismos efectivos de prevención, control y sanción que correspondan, para lo cual se deberá contar con la colaboración de las autoridades competentes.

Por lo demás, en los programas de capacitación de los magistrados debe incluirse materias relativas al estudio de políticas públicas, asimismo, en los avances doctrinarios en temas de reforma del Estado, de manera que cuando tenga que aplicar el test en referencia lo haga con solvencia técnica, en el acápite del juicio de prevención en la parte considerativa de su sentencia.

3.5 La técnica procesal del ECI

En el control de la constitucionalidad y convencionalidad de las leyes, reglamentos, políticas, prácticas y organizaciones del sector público (o privado, según nuestra propuesta) el TC ha desarrollado a tres tipos de sentencias: i) de especie; ii) de principio; e, iii) estimativas o no. Todas ellas contienen a su vez sub clasificaciones cuyas definiciones pueden apreciarse en la STC 004-2004-CC/TC, Lima⁴⁶. De las cuales, somos de la opinión que las sentencias estructurales ECI son una especie de las sentencias de principio, en el control constitucional de las políticas públicas y organismos del estado.

3.5.1 Definición:

El ECI es la declaración general de interdicción de la arbitrariedad contraria a la Constitución que realizan el TC o los órganos jurisdiccionales del PJ en sede ordinaria o constitucional, como técnica procesal resolutoria pretoriana (STC 3149-2004-PC/TC), al comprobar que una o varias agencias estatales aplican políticas públicas o mantienen estructuras que desapruaban el test de constitucionalidad, y con ella cometen de modo masivo y sistemático la violación de derechos constitucionales y legales a un gran número indeterminado de ciudadanos o poblaciones vulnerables (STC N° 00006-2008-AI/TC), debido a la adopción de políticas arbitrarias formuladas sin fundamento jurídico, apartadas de la Constitución y en desacato a los criterios jurisprudenciales establecidos por el TC y las altas Cortes en casos similares, que se expresan en malas prácticas, actos administrativos nulos o en acciones u omisiones abusivas e ilícitas, a causa de fallas estructurales del Estado, en sus sistemas jurídicos (interpretaciones, leyes y reglamentos inconstitucionales), organizacionales (modelos tradicionales burocráticos ineficientes) y administrativos (procedimiento y prácticas inconstitucionales e ilegales), en parte o *in toto*.

En tal sentido, el Magistrado Eloy ESPINOSA – SALDAÑA en su voto en la STC N° 04539-2012-PA/TC, también ensaya una definición que citamos a continuación:

⁴⁶ Ver en: <<https://lpderecho.pe/tc-tipos-sentencias-efectos-jurisprudencia-constitucional/>>

11. Considero que la denominación "estado de cosas inconstitucional", conforme ha venido siendo usada, debe quedar reservada como un instrumento para, en base a ello, luego o en ese mismo momento, concretar o hacer operativas las sentencias de carácter estructural. Al respecto, y como bien se sabe, las "sentencias estructurales" se encuentran orientadas a revertir situaciones de injusticia, contrarias a derechos y bienes constitucionales, las cuales se han tornado generalizadas o sistemáticas, por lo que es necesario dictar o proponer medidas orgánicas orientadas a revertir dicha situación. A tales efectos, diversos tribunales han tomado distinto tipo de previsiones, en especial dirigidas a los actores institucionales o políticos responsables. Ello con la finalidad de lograr que dicha situación de afectación de derechos generalizada e institucionalizada sea corregida o desmontada de la comunidad política (Estado y ciudadanos). [...]

Desde la doctrina tenemos el aporte de Clara VARGAS, a saber:

Un Estado de cosas inconstitucional es una figura de carácter procesal de vocación oficiosa, para la defensa objetiva de derechos humanos, a fin de resolver casos en que se presenta una violación sistemática de derechos fundamentales de un grupo significativo de personas, cuyas causas guardan relación con fallas sistémicas o estructurales y con políticas públicas, donde se requiere, involucrar a todos los estamentos públicos necesarios y adoptar medidas de carácter impersonal que tiendan a superar ese *statu quo* injusto, en lo cual el Juez constitucional mantiene la competencia para vigilar el cumplimiento del fallo.⁴⁷

3.4 Finalidad:

La declaración del ECI tiene por finalidad, *ab initio* pegar un campanazo de alarma en la sociedad por una crisis de gobernanza, vacío de poder o ausencia del Estado, a fin de evitar que continúe la desprotección, el caos o el atropello generalizado de derechos y la situación de violencia institucional desatada, por culpa de ciertas autoridades y sus políticas o prácticas espurias, que se ponen al margen de la Constitución y la Ley e incumplen con acatar los precedentes jurisdiccionales vinculantes de las altas Cortes pese a que alcanzan a los poderes públicos (STC N° 00024-2003-AI/TC). Siendo el caso que, los funcionarios responsables de tal ECI asumen responsabilidad por infracción a su deber de *respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación*, consagrado en el artículo 38 de la Constitución.

Tal finalidad, también se podrá apreciar en la STC N° 00853-2015-PA/TC, veamos:

Estado de cosas inconstitucional y acceso a la educación en el ámbito rural

61. Es claro que lo resuelto en el presente caso es directamente vinculante para las partes intervinientes. Sin embargo, el Tribunal Constitucional observa que la situación en la que se han visto ubicadas las demandantes es representativa de todo un grupo de personas que pertenecen al ámbito rural y se encuentran en estado de pobreza. Por ello, debe evaluarse si

⁴⁷ VARGAS, Clara Inés. *La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado "estado de cosas inconstitucional"*. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 1, N°1, Santiago: Universidad de Talca, 2013. Descargado de <http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_11.pdf>

es de aplicación la técnica del *estado de cosas inconstitucional* y, si es así, corresponde dictar las decisiones pertinentes que coadyuven a reparar tal estado de inconstitucionalidad.⁴⁸

3.5.3 Clasificación:

El TC vino declarando el ECI para todos los casos, hasta que reparó en distinguir entre casos simples y complejos, por lo que los casos simples consideró utilizar dicha técnica resolutoria pero en una menor intensidad en proporción a que la trascendencia de la inconstitucionalidad no merecía una declaración ECI, ya que ésta se reservaba para casos sistémicos que comprometían una mayor cantidad de agencias públicas y personas afectadas en sus derechos fundamentales. Es así que, en el Voto del Magistrado Eloy ESPINOSA – SALDAÑA en la STC N° 04539-2012-PA/TC, explica sobre esta nueva clase de sentencia, a saber:

12. [...], con respecto de otro tipo de problemas que también representan una afectación reiterada de derechos, pero que no tienen carácter estructural o que no requieren de una respuesta orgánica que implique el compromiso de diversos actores para desmontar estructuras de prolongada o generalizada injusticia, tal vez valga la pena echar mano de una expresión promovida por importante doctrina y que ha sido recogida en algunas decisiones de nuestro Tribunal, que es la de "situación de hecho inconstitucional". Creo que esta expresión da cuenta debidamente de aquello que se quiere expresar en casos como este, sin disminuir en absoluto la intensidad de la tutela ofrecida por nuestra entidad.

Esta vez, en la Sentencia recaída en el Exp. N.º 00003-2013-PI, 00004-2013-PI y 00023-2013-PI (acumulados), menciona expresamente tal situación referida para el caso, ante la falta del Congreso de no regular la negociación colectiva en el Régimen Laboral Público, veamos:

69. La omisión legislativa acotada constituye un incumplimiento de obligaciones internacionales a las que el Estado peruano se sometió con la ratificación de los Convenios de la OIT 98 y 151, así como una violación por omisión de la Constitución. En ese sentido, el Tribunal está autorizado a declarar la existencia de una situación de hecho inconstitucional derivada de la inacción legislativa.⁴⁹

Por último, el Voto de la magistrada Marianella LEDESMA NARVÁEZ en la STC N° 00019-2013-AI/TC, define que una *Situación de Hecho Inconstitucional* implica una omisión de los poderes del Estado que no pueden ser suplidas por el TC, apreciamos:

66. Entiendo que la omisión de demarcación descrita despierta la necesidad de declarar la existencia de una situación de hecho inconstitucional, técnica, a la que ya se recurriera en las STC 00003-2013-PI/TC, 00004-2013-PI/ TC y 00023-2013-PI/TC (Fundamentos Jurídicos

⁴⁸ Descargado de <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00853-2015-AA.pdf>>

⁴⁹ Descargado de <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00003-2013-AI%2000004-2013-AI%2000023-2013-AI.pdf>>

69, 98 y 99), y que procede frente a omisiones de los poderes del Estado que no pueden ser suplidas por este órgano de control de la Constitución.⁵⁰

Sin embargo, en los ECI tanto en su problemática como en su solución concurren un conjunto de autoridades, poderes públicos y agencias en varios niveles de gobierno, asimismo, implica enfrentar estructuras normativas, organizacionales y administrativas que deben reformarse para que la institución comprometida alcance mínimos constitucionales, para lo cual se requiere la colaboración y coordinación de la plana funcionarial –y en otros casos la participación de determinados agentes de la sociedad civil- para superar el estado de cosas contraria a la Constitución. Así también lo ha discernido el TC, a saber:

31. Sobre esta base este Tribunal Constitucional en cuanto garante último de los derechos fundamentales, considera que para la superación del problema, que es de naturaleza estructural, se hace necesaria la intervención activa y oportuna no sólo de las autoridades emplazadas, sino fundamentalmente, coordinada y/o mancomunada, de los demás sectores o Poderes del Estado (Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, Ministerio de Economía y Finanzas, Congreso de la República, Poder Judicial, etc.). Por tanto, este Tribunal exige el replanteamiento de la actuación de los poderes públicos, a fin de que adopten un conjunto de medidas de carácter administrativo, legislativo, judicial y de otra índole que tengan por objeto superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución.⁵¹

En conclusión, la tipología de sentencias estructurales, son:

- a) Sentencia de Estado de Cosas Inconstitucional
- b) Sentencia de Situación de Hecho Inconstitucional

3.5.4 Requisitos y Acciones

La jurisprudencia comparada y del TC se ha encargado durante estas dos décadas de utilización de la técnica procesal en cuestión, de señalarnos los requisitos que debe reunir el caso para declarar el ECI, y luego las acciones subsecuentes, así la Sentencia recaída en el Exp. N° 2579-2003 – HD/TC, alude a los requisitos que se deben cumplir para tal declaración, apreciamos:

19. [...] la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucionales, vulnera o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso. Y, tratándose de actos individuales, esto es, que tengan por destinatarios a determinadas personas, la declaración del estado de cosas inconstitucionales se declarará si es que se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisibles de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público.

⁵⁰ Descargado de <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00019-2013-AI.pdf>>

⁵¹ Sentencia 03426- 2008-PHC/TC, Fj. 31.

Según la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia SU-090/00, fundamento 28, y en la Sentencia T-025/04, fundamento 7, establece los requisitos que deben cumplirse para que los jueces consideren declarar el ECI, a saber:

- 1) Se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas;
- 2) Si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.
- 3) Cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales;
- 4) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;
- 5) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;
- 6) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; y
- 7) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;

Asimismo, dicha Corte Constitucional, adicionalmente, establece acciones subsecuentes a la declaración del ECI, según el numeral 2 del fundamento jurídico 31 de su Sentencia SU – 599/97, veamos:

- i. La emisión de órdenes a las instituciones públicas que están concatenadas por el fallo estructural que genera la violación masiva de los derechos fundamentales para que implementen las medidas y políticas necesarias para cesar dicha vulneración;
- ii. La expansión de los efectos *inter partes* de la sentencia, lo que implica que personas ajenas al proceso puedan acudir al mismo para obtener tutela sin necesidad de un nuevo proceso constitucional con el tiempo y gasto que ello implica (incluyendo los costos de la administración de justicia).

Por su parte, la citada STC N° 2579-2003 – HD/TC, fundamentos 18 y 19, estableció por primera vez las medidas resultantes del ECI, veamos:

[...] una vez declarado el “estado de cosas inconstitucionales”, se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, *per se*, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración [...].

[...] extender los alcances *inter partes* de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

Pues bien, luego de mencionar las precursoras decisiones jurisdiccionales, a continuación sistematizamos un abanico de posibilidades, sin ánimo de exhaustividad, en el restablecimiento del orden constitucional a partir de detectar políticas, prácticas y estructuras inconstitucionales tanto en el sector público como el privado, a saber:

- Sector Público:

A.- Poder Ejecutivo

- Adopción de medidas ante grave deficiencia de infraestructura. (STC N° 05436-2014-PHC/TC)
- Encarga la labor de supervisión y seguimiento de sus mandatos a la Defensoría del Pueblo. (STC N° 05561-2007-AA/TC, STC N° 03426- 2008-HC/TC, STC N° 05436-2014- PHC/TC, STC N° 00853-2015-PA/TC, entre otras), sin embargo, últimamente el propio TC mediante audiencias públicas está encargando de vigilar el cumplimiento de sus propios fallos, a través de la creación del Sistema de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias y la Comisión de Supervisión y Cumplimiento de Sentencias del TC, según RA N° 065-2020-P/TC .
- Establece plazos para implementar las medidas ordenadas y la obligación de informar al TC sobre los avances, y acciones tomadas respecto de las responsabilidades de los funcionarios involucrados en las malas prácticas. (STC N° 3149-2004-AC/TC, STC N° 0009-2015-PI/TC, STC N° 889- 2017-PA/TC, entre otras)
- Identificación de ausencia de política pública, y pautas para su control y de las instituciones con fallas estructurales, de acuerdo a estándares nacionales e internacionales. (STC N° 03426-2008- HC/TC, STC N° 00799-2014-PA/TC, entre otras)
- Cambio de prácticas administrativas. (STC N° 2744- 2015-PA/TC, STC N° 05561-2007-PA/TC, STC N° 00617-2017-PA/TC, entre otras)
- Elaboración de instrumentos de gestión según criterios del TC. (STC N° 05436-2014-PHC/TC)
- Ordena que las autoridades involucradas en la problemática con ayuda de organismos internacionales dialoguen y colaboren entre sí, conjuntamente con la sociedad civil, para solucionar el ECI. (STC N° 05436-2014-PHC/TC, entre otros)
- Disposición de contar con un plan de contingencias, cronograma preciso de actividades, con indicación de mecanismo de ejecución del programa de acción. (STC N° 00853- 2015-PA/TC)
- Ordena que ciertas políticas y medidas se establezcan con la participación de la población beneficiada. (STC N° 05436-2014-PHC/TC)
- Dispone a las autoridades responsables que resuelvan los pedidos de la población afectada por el ECI. (STC N° 05436-2014-PHC/TC)
- Advertencia y apercibimiento de los efectos jurídicos del incumplimiento por parte de las autoridades, de las órdenes dadas en las sentencias de ECI. (STC N° 03426-2008-HC/TC, entre otros)
- Realización de estudios cuantitativos y cualitativos de la problemática y la adopción de medidas y políticas de solución. (STC N° 889-2017-PA/TC)
- Control de la actuación omisiva o comisiva de las autoridades de una o más entidades públicas comprendidas en el ECI. (STC 00889-2017-PA/TC)
- Contratación de personal y capacitación en la solución del ECI, estableciendo criterios en su contenido. (STC 0017-20018-PI/TC)
- Disposición de tratamiento, resarcimiento, atención inmediata, progresiva y gradual de asistencia o promocional a las víctimas y población vulnerable del ECI. (STC N° 3426 -2008-HC/TC)

- Establecimiento de lineamientos de política y criterios de calidad y cantidad en la implementación de las medidas y políticas estructurales ordenadas. (STC N° 05436-2014-PHC/TC)
- Interdicción de actos y acciones administrativas arbitrarias declarándolos inválidos. (STC N° 01126- 2012-PA/TC, STC N° 04539-2012-PA/TC)
- Disposición que los terceros afectados invoquen la sentencia de ECI para que cese la medida inconstitucional. (STC N° 05436-2014-PHC/TC)
- Mandato de coordinación y colaboración de agencias públicas en la solución de un ECI. (STC N° 00853-2015-PA/TC)
- Reestructuración integral de las políticas y medidas de una institución pública. (STC N° 00799-2014-PA/TC), según parámetros constitucionales.
- Disposición de expansión de los efectos de la sentencia ECI a terceros. (STC N° 3149-2004-AC/TC)
- Orden de creación, reorganización (parcial o total), o cierre de instituciones públicas, estableciendo los mínimos constitucionales; y, de reforma de un sistema administrativo o funcional del Estado. (STC N° 05436- 2014-PHC/TC)
- Exhortación a la conciliación y autocomposición del conflicto entre el Estado y las víctimas del ECI.
- Mandatos colaborativos y preventivos. (STC N° 03426-2008-HC/TC, entre otras)
- Orden de expedición de reglamentos para superar el ECI, y financiamiento por objetivos y establecimiento de prioridades presupuestales. (STC N° 0009-2015-PI/TC)
- Mandato de transparencia y acceso a la información. (STC N° 02579-2003- HD/TC)

B. – Poder Legislativo

- Orden de expedición de leyes para superar el ECI, estableciendo plazos. (STC N° 6626-2006-PA/TC, STC N° 03426-2008-HC/TC)
- Invalida la norma legal por inconstitucional. (STC 0017- 20018-PI/TC)

C. – Poder Judicial

- Anulación de sentencias del PJ. (STC N° 01722-2011- PA/TC)
- Proposición de criterios de interpretación normativa a los jueces. (STC N° 03426-2008-HC/TC, STC N° 05436-2014-PHC/TC)

- Sector Privado:

Lo hasta aquí avanzado, sólo considera que las sentencias estructurales aplican para el sector público, sin embargo, consideramos que personas naturales o jurídicas no estatales también pueden causar un ECI o *situación de hecho inconstitucional* (SHI) en sus empresas y políticas con relación a sus trabajadores, consumidores y público en general, como está sucediendo con el caso “paisana Jacinta” referido a un comediante de cierto canal de televisión de señal abierta y cable, que se burla de las mujeres andinas de pueblos originarios

reforzando una cultura de discriminación racial, que resulta contraria a una de inclusión social y respeto por las culturas ancestrales que se desprende de los principios de dignidad e igualdad que consagra la Constitución Política en sus artículos 1 y 2.2, y que contempla la prohibición de discriminación racial no solo por el Estado sino también por los particulares.

En consecuencia, se infiere que dicha empresa televisiva tiene por política de programación, una que contiene un segmento racista que violenta masivamente el derecho a la dignidad e incumple el deber constitucional de no discriminación de los televidentes de origen andino, que no es difícil presumir que les hiere en su orgullo étnico, la propalación de dicho programa televisivo, por lo que la Sala Civil del Cusco ordenó su clausura, en la sentencia recaída en el Exp. N° 00798-2014-0-1001-JM-CI-01.

Entonces, somos de la opinión que en tales casos, si es posible que las personas que se consideren víctimas de políticas de particulares contrarias a la constitución y que afecta a un importante sector de personas, bien pueden acudir a la justicia para que tal vulneración cese mediante la declaración de un ECI o SHI, y que a continuación analizamos.

3.5.5 Alcances y límites del ECI o SHI

En principio, ahora se reclama que la Democracia representativa se complemente con la deliberativa, así la visión limitada que el único centro de discusión política es el Congreso, el Ejecutivo y los partidos políticos, ha sido superada por un enfoque inclusivo, transparente y participativo de todos los actores sociales e institucionales según el eje temático en debate en la escena pública; y, en dicho proceso deliberativo los jueces también participan cuando se judicializa la problemática en discusión y, por ende, desde lo jurisdiccional se despliega cierto activismo dialógico, en el sentido de convocar a las autoridades, líderes sociales y expertos, como peritos, informantes, testigo o amigos del Tribunal, para que del diálogo y debate de ellos se encuentre la mejor resolución judicial del caso, convirtiéndose el juez en un facilitador de la solución consensuada, en el mejor de los casos.

Los canales de participación e interacción de los ciudadanos en política, no se agota en la participación en las contiendas y procesos electorales, pues, cuando aquellos no encuentran otra vía que la judicial para reclamar sus derechos fundamentales violentados, y ante la desidia e incuria de la clase política, entonces, los juzgados y salas son tribunas de democracia deliberativa para un pueblo sediento de justicia, empero, controlados por el

debido proceso y la racionalidad del juzgador, tal fenómeno institucional se describe a continuación:

De esta forma, incluso los jueces participan y tienen un rol activo dentro de la interacción de los intereses o necesidades de los ciudadanos, pues los jueces conocen de fuente directa un conflicto social o una vulneración de derechos, y en diversas oportunidades se percatan que la resolución judicial inter partes no es suficiente para solucionar un problema más complejo, y es en estos casos, en los cuales los jueces constitucionales utilizan mecanismos que generan cambios sociales como son las sentencias estructurales, convocando a audiencias públicas en las cuales participan activamente los ciudadanos y las autoridades competentes para el diseño e implementación de políticas públicas, generándose espacios de democracia deliberativa.⁵²

Entonces, vamos encontrando el alcance del radio de acción en que los jueces están legitimados, para que su activismo dialógico se encuentre justificado desde la Constitución, y que tendrán dos plausibles consecuencias:

[L]as sentencias estructurales producen dos tipos de efectos en la democracia deliberativa, el primero directo, ya que la propia Corte abre espacios de deliberación pública donde interactúan los actores, grupos ciudadanos, autoridades públicas, académicos, etc., en las audiencias de seguimiento y control de las sentencias estructurales que emite. Como sucedió en el caso de desplazamiento forzado interno o en la sentencia sobre el reconocimiento del derecho fundamental a la salud, para afrontar la crisis del sistema nacional de salud en Colombia. También en los comités socio-jurídicos implementados por la Corte Suprema de la India y en las audiencias públicas de seguimiento celebradas por algunas cortes argentinas. El segundo efecto es indirecto y está relacionado con la inclusión de los temas tratados en las sentencias estructurales en la agenda política del Estado, generando visibilidad e interés en el tema para ser tratado por los canales formales de deliberación [...]. Para Habermas⁵³ el poder político, tiene dos aspectos simultáneamente: (i) El poder comunicativo, entendido como el lado informal de la democracia donde todos los individuos interactúan espontáneamente y están en constante deliberación, y (ii) El poder administrativo, que consiste en el canal formal de la democracia, como uso del poder y se incorpora a la estructura normativa para volverse efectivo, a través de las leyes, las políticas públicas o las regulaciones, entre otras.⁵⁴

Pues, bien, corresponde establecer los parámetros del grado de intromisión política de los jueces en el control de las políticas y estructuras institucionales, ya que sus sentencias se deslegitimarían si la declaración del ECI o SHI es justificación para cometer abusos y excesos de poder jurisdiccional, invadiendo competencias y autonomías, atropellando otros derechos con decisiones pretorianas autoritarias, o la injerencia del juez se basa en su ideología personal, ya que la interpretación del estado de cosas, situación de hecho y el control de la política pública corresponde discernirse desde la filosofía, valores y principios

⁵² BARRIGA PÉREZ, Ob. Cit. p. 140.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998, pp. 199 y ss.

⁵⁴ BARRIGA PÉREZ, Ob. Cit. p. 141.

de la Constitución, con motivación reforzada. Más aún, cuando el juez tiene que ordenar al Ejecutivo cumplir con ciertos criterios de prioridad en el gasto público, veamos:

[C]uando los recursos son insuficientes el juez constitucional se encuentra legitimado para emplazar a las autoridades competentes con el fin de realizar las asignaciones presupuestales necesarias y lograr la materialización de los derechos de los ciudadanos, pues, los jueces no pueden avalar la vulneración de los derechos humanos ni consentir el aplazamiento indefinido de los derechos con faceta prestacional perpetuando la injusticia social.⁵⁵

Y, cuando el juzgador constata que la falla estructural del Estado se debe a la falta de una política pública específica para superar la fuente del conflicto que produce un sinnúmero de demandas judiciales, y al momento de establecer los remedios, debe cuidar sus alcances ya que puede requerir a la autoridad responsable que emita la política faltante, empero sin imponerle el contenido ya que estaría invadiendo competencias, eso sí podrá fijar plazos, los mínimos constitucionales que debería respetar, los objetivos y resultados esperados.

Luego de haber explorado los alcances y posibilidades legítimas del activismo judicial en esta materia. Ahora, sistematicemos los aportes jurisprudenciales y doctrinarios en el establecimiento de los límites del ECI o SHI, así tenemos la STC N° 03-2013-AI que nos previene de lo siguiente:

70. Ahora bien, esta omisión legislativa no autoriza al Tribunal Constitucional a suplir al legislador en las tareas que la Constitución le ha confiado. El principio de división de poderes y el principio de corrección funcional en la interpretación y aplicación de la Constitución no autorizan a este Tribunal a superponerse al órgano que, de acuerdo con la Ley Fundamental, está llamado a desarrollar legislativamente los derechos constitucionales. Por ello, en el marco del **principio de colaboración de poderes**, el Tribunal **exhorta** al Poder Legislativo a enmendar esta omisión dictando las disposiciones legales necesarias que permitan hacer efectivo este derecho.⁵⁶

Por su lado, la Magistrada Marianella LEDESMA NARVÁEZ en su Voto en la STC N° 00019-2013-AI/TC, caso centro poblado de Tolopalca, fijó el límite siguiente:

71. Debe destacarse que el principio de división de poderes y el de corrección funcional en la interpretación y aplicación de la Constitución no autorizan al Tribunal a superponerse a los órganos que, de acuerdo con la Ley Fundamental, están llamados a desarrollar técnica y legislativamente la demarcación territorial a nivel nacional.

72. Por tanto, a mi juicio, debe ser la Presidencia del Consejo de Ministros la que se haga cargo de formular las propuestas técnicas respectivas fundadas en los principios de unidad, contigüidad, continuidad e integración, así como en criterios técnicos de orden poblacional, geográfico, socio económico y cultural.

⁵⁵ *Ibíd*em p. 123.

⁵⁶ Lo destacado es nuestro, descargado de <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00003-2013-AI%2000004-2013-AI%2000023-2013-AI.pdf>>

75. Por las consideraciones expuestas, estimo que debe ordenarse que al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo culminar el proceso nacional de saneamiento de límites territoriales y que, bajo responsabilidad de los funcionarios responsables, se acelere y optimice el sistema de organización y demarcación territorial, en el más breve plazo posible, de modo que en ningún caso el 28 de julio de 2021, fecha en que cumplimos 200 años de vida republicana, quede pendiente la discusión de algún límite territorial.⁵⁷

También, la STC N° 00853-2015-PA/TC prevé la directriz para el juez, que luego de declarar un ECI o SHI, las medidas que adopte, no deben transgredir las competencias ni la autonomía de las autoridades comprendidas en el control de constitucionalidad de sus políticas. Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana incide en la función armonizadora del principio de colaboración de poderes en el encaminamiento constitucional de las instituciones públicas descarriladas en la arbitrariedad, veamos:

Al ordenar este tipo de medidas, no está desconociendo la Corte la separación de poderes que establece nuestra Constitución, ni desplazando a las demás autoridades en el cumplimiento de sus deberes. Por el contrario, [...] se está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional.⁵⁸

[E]l juez no puede diseñar o ejecutar las políticas públicas, sí puede contribuir a acercar a las partes –autoridades y sociedad civil– para la construcción de estrategias, planes o programas que garanticen la protección efectiva de los derechos humanos. También, en algunos casos se ha ordenado la apropiación de los recursos necesarios para lograr la efectividad de los derechos; la reforma al marco jurídico y/o la eliminación de prácticas o procedimientos contrarios a la Constitución. Además, el juez desde su ámbito de competencia puede realizar una labor de seguimiento y control a la implementación de la decisión adoptada y de las políticas públicas diseñadas para tal fin.⁵⁹

Empero, debemos de tener presente la advertencia de Karl LOEWENSTEIN sobre esta proyección política del juez a través de sus resoluciones, y que hace necesario sintetizar lo hasta aquí avanzado respecto a los parámetros sobre los alcances y límites del activismo judicial, a fin de sortear dos extremos peligrosos, a saber:

La competencia del tribunal se extiende así a materias que en otros lugares están consideradas como “cuestiones políticas” y como *actes de gouvernement* no justiciables. Esta situación es designada diferentemente como la “judicialización de la política” que, así será alegado, conduce casi inevitablemente a la “politización de la justicia”⁶⁰

De lo anteriormente expuesto, en resumen, tenemos lo siguiente:

a) Alcances

⁵⁷ Descargado de <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00019-2013-AI.pdf>>

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-024 de 2004. También se puede citar a la sentencia T-760 de 2008, entre otras en las cuales se ha reiterado el mismo pronunciamiento.

⁵⁹ BARRIGA PÉREZ, Ob. Cit. p. 115.

⁶⁰ LOEWENSTEIN, Karl. Ob. Cit. p. 322

- Activismo dialógico democrático deliberativo para descubrir la verdad de las cosas o hechos inconstitucionales y formular soluciones desde el judicial con los límites que se fijan a continuación.
- Apertura de espacios procesales de deliberación pública donde interactúan los actores, ciudadanos, autoridades públicas, académicos, entre otras personas, en relación al problema y solución de la fuente del conflicto social.
- Aplicar técnicas y mecanismos que generan cambios sociales como son las sentencias estructurales, el ECI, la SHI y la represión de actos homogéneos, entre otros.
- Exhortación o mandato al Ejecutivo u otra agencia o agencias del Estado a cumplir con ciertos criterios de prioridad en el gasto público, crear, modificar o eliminar políticas públicas, estableciendo plazos, pautas mínimas de constitucionalidad y los objetivos por resultados.
- Audiencias de seguimiento y control de las sentencias estructurales que emite.
- La inclusión de los temas tratados en las sentencias estructurales en la agenda política del Estado, generando visibilidad e interés en el tema para ser tratado por los canales formales de deliberación.

b) Límites

- Suplir o superponerse en las funciones de otras autoridades.
- En determinados casos sólo cabe exhortar a la autoridad, por su alto grado de autonomía, por ejemplo, el juez no puede obligar al legislador que expida determinada ley.
- El juez no puede hacer la propuesta técnica o el contenido de la política pública de solución a la problemática, ello debe hacerlo el órgano competente, lo que sí cabe es que ponga el objetivo, indique los criterios constitucionales de observancia vinculante, el resultado esperado y establezca plazos.
- Prohibición de diseñar o ejecutar las políticas públicas, sí puede contribuir a acercar a las partes –autoridades y sociedad civil– para la construcción de estrategias, planes o programas que garanticen la protección efectiva de los derechos humanos y contribuyan a eliminar de raíz, inmediata o progresivamente el ECI o SHI.

3.5.6 Intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos

Como hemos estudiado, uno de los requisitos para declarar el ECI o SHI es que tal problemática cause la afectación masiva, sistemática y generalizada de derechos fundamentales a un grupo importante de ciudadanos e incluso a toda una población vulnerable, y que de recurrir los damnificados a pedir justicia ante los órganos jurisdiccionales, sin que las vías procesales hayan previsto tal fenómeno social, causarían el colapso de los órganos jurisdiccionales, demandando un gasto significativo de recursos y tiempo en su atención según la modalidad de procesos que prevén nuestro ordenamiento procesal, ideado para conflictos individuales, y muy excepcionalmente para demandas transpersonales como los que propone satisfacer las sentencias de declaración de ECI o SHI a fin de refrenar los comportamientos de inconstitucionalidad estructural del Estado.

Por ejemplo, si en el Perú los afectados por un ECI o SHI piden tutela jurisdiccional en el proceso contencioso administrativo, que es la vía idónea para resolver los conflictos entre el administrado y la administración pública, reclamando derechos colectivos e intereses

individuales homogéneos, ello no está previsto en Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo aprobado por el DS N° 11-2019-JUS, pues, su artículo 14 sólo regula la legitimidad para obrar activa en tutela de intereses difusos⁶¹, los cuales son diferentes a los intereses colectivos e individuales homogéneos, como los que podrían representar agrupaciones informales o asociaciones de las personas violentadas en sus derechos fundamentales por prácticas o políticas derivadas de las fallas estructurales del Estado o de una entidad privada, o simplemente estimar los efectos de la sentencia para el conjunto de ciudadanos víctimas de este atropello generalizado, como en su momento así lo dispuso la Corte Constitucional Colombiana: *ii) La expansión de los efectos inter – partes de la sentencia, lo que implica que personas ajenas al proceso puedan acudir al mismo para obtener tutela sin necesidad de un nuevo proceso constitucional con el tiempo y gasto que ello implica (incluyendo los costos de la administración de justicia).*⁶²

Sin embargo, como se puede identificar de normas del ordenamiento jurídico nacional (Código de Protección y Defensa del Consumidor⁶³, Ley del Medio Ambiente⁶⁴ y Nueva Ley Procesal de Trabajo⁶⁵), y desde la jurisprudencia la emblemática STC 04878-

61 Artículo 14.- Legitimidad para obrar activa en tutela de intereses difusos

Cuando la actuación impugnada de la administración pública vulnere o amenace un interés difuso, tendrán legitimidad para iniciar el proceso contencioso administrativo:

1. El Ministerio Público, que en estos casos actúa como parte.
2. El Defensor del Pueblo.
3. Cualquier persona natural o jurídica.

⁶² Numeral 2, fundamento jurídico 31 de su Sentencia SU – 599/97.

⁶³ Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 107.- Postulación del proceso: Los procedimientos sancionadores se inician de oficio, bien por propia iniciativa de la autoridad, por denuncia del consumidor afectado o del que potencialmente pudiera verse afectado, o de una asociación de consumidores en representación de sus asociados o apoderados o en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores. En este último caso, la asociación de consumidores actúa como tercero legitimado sin gozar de las facultades para disponer derechos de los consumidores afectados, salvo de sus asociados o de las personas que le hayan otorgado poder para tal efecto. [...]

⁶⁴ Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, modificada por el D. Leg. 1055

⁶⁵ Artículo 9.- Legitimación especial

[...]

9.2 Cuando se [...] afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, pueden ser demandantes el sindicato, los representantes de los trabajadores, o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito.

Artículo 18.- Demanda de liquidación de derechos individuales

Cuando en una sentencia se declare la existencia de afectación de un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, con contenido patrimonial, los miembros del grupo o categoría o quienes individualmente hubiesen sido afectados pueden iniciar, sobre la base de dicha sentencia, procesos individuales de liquidación del derecho reconocido, siempre y cuando la sentencia declarativa haya sido dictada por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República, y haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

En el proceso individual de liquidación del derecho reconocido es improcedente negar el hecho declarado lesivo en la sentencia del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia de la República. El demandado puede, en todo caso, demostrar que el demandante no se encuentra en el ámbito fáctico recogido en la sentencia.

2008-PA/TC, es posible que la ciudadanía puede acceder a la Justicia mediante demandas colectivas y de intereses individuales homogéneos, en cada vía procesal habilitada. Ahora bien, sepamos distinguir entre intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos, siguiendo el Fundamento de Voto de los Magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz⁶⁶, a saber:

Los **intereses difusos** son aquellos que están referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes. Los miembros de ese conglomerado son indeterminables o de muy difícil determinación pero se encuentran ligados por situaciones de hecho. Por eso, en estos casos la demanda puede ser interpuesta por cualquier persona, pero la sentencia surtirá efectos respecto de todos los demás integrantes de la colectividad que se encuentren en una posición idéntica a la del que ejerció la acción correspondiente. Son ejemplos de esta clase de intereses los casos de contaminación ambiental del aire o del agua derivados de desechos arrojados por una fábrica.

Los **intereses colectivos** atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos, cuyos miembros suelen ser fácilmente determinables. Estos pertenecen a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí, o con la parte contraria, debido a una relación jurídica base. En estos casos, puede interponer la demanda cualquier persona integrante de ese grupo, y la sentencia surtirá efectos respecto de todos los demás integrantes de la colectividad que se encuentren en una posición idéntica a la del que ejerció la acción correspondiente. Un ejemplo podría ser el caso de la falta de higiene o de seguridad en una determinada fábrica o escuela.

Por último, los **intereses individuales homogéneos** aluden a auténticos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo. La tutela colectiva de esos derechos descansa en dos notas básicas: a) su homogeneidad al tener origen común, es decir, al producirse de una misma fuente o causa; y b) su divisibilidad, al representar en realidad derechos personales que pueden ejercerse de manera individual, pero existe la posibilidad y conveniencia de la acción colectiva, teniendo resultados desiguales para cada participante. En este supuesto, cada persona afectada en sus derechos en forma individual puede presentar la demanda respectiva. Los efectos de la sentencia alcanzan únicamente a la persona que presentó la demanda. Con todo, el Tribunal Constitucional ha considerado que en determinados casos los efectos de la decisión sobre un caso particular pueden extenderse a otras personas en similar situación, previa declaración del acto lesivo de un derecho constitucional como un estado de cosas inconstitucional.

En la misma línea, Ferrer Mac-Gregor citado por el TC⁶⁷ sobre los derechos difusos, colectivos y actos individuales homogéneos, señaló que:

(ambos tipos de derechos) comparten los mismos problemas jurídicos y se refieren a bienes indivisibles (aire, paisaje, medio ambiente sano, etc.). Su distinción fundamental consiste en que los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de una conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes; en cambio, los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos. Así, los miembros del conglomerado que tiene un interés difuso, son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo

⁶⁶ Exp. 04611-2007-PA/TC. *Caso Comunidad Nativa Sawawa Hito 40 representada por Juan García Campos*. Fundamento 23.

⁶⁷ STC N° 04878-2008-PA/TC. *Caso Viuda de Mariátegui e Hijos S.A.* Fundamento 30-32.

portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables. Parte de la doctrina y la legislación brasileña [...] los identifican según sus titulares se encuentran ligados por circunstancias hechos (intereses difusos) o bien si pertenecen a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria debido a una relación jurídica base (intereses colectivos).⁶⁸

[...] los derechos individuales homogéneos se distinguen de los intereses supraindividuales (difusos y colectivos), en que aquellos son auténticos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo.

En ese entender, la tutela colectiva de los derechos esencialmente individuales descansa en dos notas básicas: a) su homogeneidad al tener origen común, es decir, al producirse de una misma fuente o causa; y b) su divisibilidad, al representar en realidad derechos personales que pueden ejercerse de manera individual, pero existe la posibilidad y conveniencia de la acción colectiva, teniendo resultados desiguales para cada participante.⁶⁹

Por otro lado, Carlos GLAVE MÁVILA señala que existen tres categorías de derechos de incidencia colectiva, los derechos difusos, los colectivos propiamente dichos y los derechos individuales homogéneos, sobre estos últimos precisa que:

[...] Los derechos individuales homogéneos son, como su nombre lo indica, derechos individuales que tienen la particularidad de tener un origen común. Por ello, en principio, podrían ser tutelados dentro del ámbito del proceso tradicional (no colectivo). Sin embargo, dada las particularidades de ciertos casos —como un elevado número de involucrados y/o un monto pequeño de cada reclamo individual que hacen inviable el inicio del proceso—, se crean mecanismos, desde la tutela colectiva, para proteger estos derechos. Evidentemente, el caso más conocido en el mundo es el de las *class actions for damages* de los Estados Unidos.

Particularmente, en el caso de la tutela de los derechos individuales homogéneos es indispensable que predomine la cuestión grupal por sobre lo individual. Esta es trascendental para que se pueda acceder a la justicia colectiva de este tipo de derechos. Evidentemente, en el caso de la tutela de los derechos difusos o colectivos propiamente dichos, la cuestión grupal es un rasgo inherente toda vez que, por su naturaleza, se trata de derechos cuyo objeto es indivisible. Sin embargo, en el caso de los derechos individuales homogéneos, sucede exactamente lo contrario ya que su objeto es naturalmente divisible. Es en estos casos donde el análisis del predominio de lo grupal sobre lo individual es trascendental porque no es otra cosa que la evaluación de la conveniencia de tutelar los derechos involucrados por medio del proceso colectivo o de un proceso tradicional.⁷⁰

⁶⁸ STC N° 04878-2008-PA/TC , Fj. 30.

⁶⁹ STC N° 04878-2008-PA/TC , Fj. 32.

⁷⁰ GLAVE MAVILA, Carlos. *Apuntes sobre algunos elementos del contenido del derecho al debido proceso colectivo en el Perú*. Revista Derecho PUCP. (78). 2017, p. 48. Descargado de <http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_078.html>

Descrito los rasgos característicos de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, los dañados por un ECI o SHI podrán tocar la puerta de la Justicia constitucional u ordinaria, según corresponda, interponiendo tales acciones de clase⁷¹, correspondiendo que el Juez asuma cierto activismo procesal en el acceso a la tutela jurisdiccional de personas vulnerables, no obstante que la ley procesal no lo contemple, pues, no olvidemos que el juzgador está autorizado a crear derecho en caso de deficiencia o ausencia normativa, y que en el Perú está consagrado en el artículo 139.8 de la Constitución⁷², y ello supone no solamente crear derecho sustantivo sino también derecho procesal, puesto que la norma fundamental no hace distinciones, naturalmente, siempre que se respeten los principios del debido proceso. Dicho activismo procesal en el acceso a la justicia, también, tendrá respaldo en el principio de elasticidad contenido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del Perú, en cuanto establece que *el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales*. De este modo, podemos enfrentar la problemática en cuestión, referido a que, *una situación fáctica que no se puede negar es que existen derechos y conflictos colectivos. Por ello, es necesario que existan garantías de similar naturaleza que posibiliten exigir y discutir colectivamente* (Sucunza, 2016). A pesar de ello, la mayoría de países latinoamericanos no posee una regulación sistemática sobre la tutela de derechos de incidencia colectiva y el Perú no es la excepción.⁷³ Sin embargo, la jurisprudencia puede resolver tales vacíos, inclusive recordemos que tenemos el valioso instrumento normativo del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (Caracas, 2004)⁷⁴.

⁷¹ 1) Que los afectados sean tan numerosos que el litisconsorcio activo resulte imposible de ser llevado a cabo; 2) Que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes de la clase; 3) Que exista homogeneidad fáctica y normativa; 4) Que la pluralidad de demandas genere riesgos de sentencias contradictorias. CARNOTA, Walter F. *Las acciones de clase: Desde los Estados Unidos a la Argentina*. En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 16, Madrid 2012, p. 103. Descargado de <Dialnet-LasAccionesDeClase-4081430.pdf>

⁷² Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

⁷³ GLAVE MAVILA, Ob. Cit. p. 44.

⁷⁴ El Capítulo IV se detiene sobre las acciones colectivas en defensa de intereses o derechos individuales homogéneos y, particularmente, sobre la acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos (la class action for damages norteamericana), promovida por los legitimados sin necesidad de indicación de la identidad de las víctimas. Se da conocimiento del enjuiciamiento de la acción a los posibles interesados, para que puedan intervenir en el proceso, si lo desean, como asistentes o coadyuvantes, siéndoles vedado, por eso, discutir sus pretensiones individuales en el proceso colectivo de conocimiento. Se tomó cuidado especial con las notificaciones. En caso de acogimiento del pedido, la sentencia podrá ser genérica, declarando la existencia del daño general y condenando al vencido a la obligación de indemnizar a todas las víctimas y sus sucesores (aún no identificados). Incumbirá a éstos, individualmente o por los legitimados colectivos, probar en la

Pues, si bien es cierto que la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, según sus artículo 9.2 y 18, es la única que regula un proceso colectivo para la tutela de derechos individuales homogéneos, también lo es que, en la actividad forense, no es de uso común, ya que para no pocos abogados se interesan más en presentar demandas individuales de las personas afectadas por un estado de cosas o hechos inconstitucionales, no obstante que, las demandas colectivas de derecho individuales homogéneos reducen costos y eliminan el peligro de producción de sentencias contradictorias.

3.5.7 La represión de actos lesivos homogéneos en las sentencias estructurales

En cuanto a la declaración del ECI y la utilización por parte del TC de la represión de actos homogéneos que prevé el artículo 60 del Código Procesal Constitucional⁷⁵, esta vez, ampliando sus alcances gracias a una interpretación extensiva (*a pari*) y optimizadora del principio de tutela jurisdiccional, a fin de proteger los derechos fundamentales vulnerados de las víctimas; o, también, de posible aplicación supletoria a los demás ordenamientos procesales que no lo contemplan, a modo de tutela de los derechos difusos, colectivos y de intereses homogéneos. Sobre este particular, cabe citar la STC N° 4878-2008- PA/TC, apreciemos:

17. [...] en el supuesto que la declaratoria del estado de cosas inconstitucional implique que las autoridades no lleven a cabo determinadas acciones, por considerarse contrarias a los derechos fundamentales, si han dejado de realizarse (en cumplimiento de la sentencia) pero luego se vuelven a reiterar respecto a personas que no participaron en el proceso que dio lugar a la declaratoria del estado de cosas, estas se encuentran habilitadas para acudir a la represión de actos lesivos homogéneos.

Entonces, para tutelar derechos colectivos e individuales homogéneos de terceros, en ejecución de sentencia ECI, es necesario como requisito previo que el solicitante pida al juez que identifique que él también sufre del acto lesivo de derechos constitucionales que se

liquidación de la sentencia su daño personal, el nexo causal con el daño global reconocido por la sentencia, y cuantificar el perjuicio individualmente sufrido. Pero el Código también prevé la posibilidad de que el juez, en la sentencia condenatoria, fije las indemnizaciones individuales, cuando esto fuera posible. Se cuida, también, del caso de concurso de créditos y se prescribe que, transcurrido un año sin la comparecencia de interesados en número compatible con la gravedad del daño, habrá ejecución colectiva de la indemnización debida a título de daños causados, cuidando que ellos sean vertidos con destino al Fondo. Aquí el Código adopta la solución de la *fluid recovery* del sistema norteamericano. El Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos tiene reglas específicas sobre la gestión y las actividades, a ser controladas por el juez.

Ver:<http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_Para_Iberoamerica.pdf>

⁷⁵ Artículo 60.- Procedimiento para represión de actos homogéneos

Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución. Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente.

busca reprimir, y luego homologue los efectos de la sentencia a su favor⁷⁶. De este modo procesal, la persona agraviada no tendría que seguir un nuevo juicio (que es justamente lo que busca evitarse con la mencionada declaración) sino acudir a la represión de actos lesivos homogéneos. Esto es lo que recomienda el TC en la citada Sentencia del Exp. N° 04878-2008-PA/TC. *Caso Viuda de Mariátegui e Hijos*, cuyo fundamento destacado alecciona lo siguiente:

15. La característica esencial de la declaración de una determinada situación como un estado de cosas inconstitucional consiste en extender los efectos de una decisión a personas que no fueron demandantes ni participaron en el proceso que dio origen a la declaratoria respectiva, pero que se encuentran en la misma situación que fue identificada como inconstitucional. El Tribunal Constitucional en la STC N° 2579- 2003-HD, ha señalado que la técnica del estado de cosas inconstitucional busca extender los alcances inter partes de las sentencias a todos aquellos casos en que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

17. En el supuesto que la declaratoria del esta de cosas inconstitucional implique que las autoridades no lleven a cabo determinadas acciones, por considerarse contrarias a los derechos fundamentales si han dejado de realizarse (en cumplimiento de la sentencia) pero luego se vuelven a reiterar respecto a personas que no participaron en el proceso que dio lugar a la declaratoria del estado de cosas, éstas se encuentran habilitadas para acudir a la represión de actos lesivos homogéneos.⁷⁷

Vale decir, que para un conjunto de ciudadanos afectados en sus derechos, al constituir una pretensión de similar naturaleza pueden ser atendidos en conjunto, sin la tediosa necesidad de recorrer distintos procesos y por el tránsito de diversas etapas procesales que traen consigo dilaciones y elevados costos no sólo en la protección y disfrute del derecho de los demandantes, sino también en el sistema de justicia, que tendría que soportar una elevada carga procesal, como bien ilustra Edwin FIGUEROA GUTARRA a saber:

Otra segunda característica especial es en definitiva la posibilidad de que el estado de cosas inconstitucional constituya una figura propia de expansión de efectos de la sentencia. Veámoslo a través de un ejemplo muy sencillo. Si tenemos 100 casos concluidos muy similares, es natural, racional y consecuentemente lógico que tengamos 100 demandas, 100 contestaciones, 100 sentencias, 100 apelaciones, 100 fallos de segunda instancia, 100 recursos de casación cuando corresponda, y 100 decisiones distintas de la Corte Suprema.

¿Qué pasa si invertimos la figura, siempre en el supuesto de 100 pretensiones similares, en desarrollo de la figura del estado de cosas inconstitucional, y por el contrario, tenemos solo un caso paradigmático en el cual se definen las condiciones especiales del caso y al mismo

⁷⁶ STC 05287-2008-PA/TC refiere que *el carácter homogéneo del nuevo acto lesivo debe ser manifiesto, es decir, no deben existir dudas sobre las esenciales iguales características entre el acto anterior y el nuevo. Siendo que para la determinación de esta identidad en cada caso concreto el juez constitucional deberá recurrir a un juicio de comparación entre los términos comprendidos.*

⁷⁷ Descargado de <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04878-2008-AA%20Resolucion.pdf>>

concurrir las restantes 99 pretensiones, en ejecución de sentencia, solo para solicitar se haga efectiva su prestación demandada, sin transitar por las demás etapas del proceso?

La justificación de esta posición, desde la perspectiva de la Corte Constitucional de Colombia, ente que generó este concepto procesal constitucional en 1997, obedecía a la idea de que no se produjera un innecesario debate de causas sustantivamente similares y por el contrario, se racionalizara de algún modo el acceso a la justicia.

En el mismo caso en comento, 99 peticiones de ejecución directa de la prestación podrían concurrir al caso paradigmático, y previa valoración del juez constitucional respecto a la naturaleza de la pretensión y sobre todo de su viabilidad por similitud con el caso paradigmático, éste despacharía ejecución sobre la base de que la pretensión es sustantivamente similar a la del caso base. El principio de pluralidad de instancias quedaría plenamente garantizado pues si la parte emplazada considerara que su derecho se ve afectado, puede recurrir vía apelación, sin efecto suspensivo, es decir, sin suspender la marcha del proceso respecto a la nueva pretensión incoada, ante la Sala Superior, para que ésta defina lo que corresponde de acuerdo a ley y derecho.

Por cierto, de darse esta figura, ya podríamos apreciar una reducción considerable de la carga procesal potencialmente alta del actual sistema de justicia no solo constitucional, vía la adopción de mecanismos innovadores, sino también a nivel de la justicia ordinaria.

Salas Superiores y Salas Supremas tendrían la opción de declarar el estado de cosas inconstitucional y vía parámetros trabajados ante los órganos de control y con la necesaria difusión de la figura ante los Colegios de Abogados del país, se darían las condiciones óptimas del caso para pretender una reducción sustantiva de la carga procesal que hoy abruma los órganos jurisdiccionales del país, [...] ⁷⁸.

3.5.8 Vigilancia y seguimiento de las sentencias estructurales

Para evaluar la eficacia de estas sentencias, podemos hacerlos desde la perspectiva neorrealista y desde la constructivista, a saber:

El positivismo epistemológico de los neorrealistas implica prestarles una atención casi exclusiva a las técnicas de investigación cuantitativas que permiten evaluar los efectos materiales directos. Eso se hace evidente en los estudios de impacto inspirados por el análisis económico del derecho, [...] En contraste, el enfoque constructivista amplía la variedad de estrategias de investigación para incluir técnicas cualitativas que permitan apreciar los efectos simbólicos e indirectos de una determinada decisión. Entre esas técnicas estarían las entrevistas en profundidad de funcionarios, activistas y miembros de la población beneficiaria para examinar la consecuencia de la sentencia en su percepción de su situación y las estrategias para solucionarla. A esas técnicas se les concede la misma importancia que a técnicas cuantitativas como el análisis de los indicadores sociales para la población beneficiada o la medición de la cobertura en prensa antes y después de la decisión. ⁷⁹

El segundo componente para analizar, es el efecto indirecto de las sentencias estructurales, entendido como el cambio de percepción social que sufre el problema sistémico analizado

⁷⁸ FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *Jueces Constitucionales*. En: Revista *Ipsa Jure*. Año9 N°35, Chiclayo: PJ, Nov. 2016. p. 10. Descargado de <<https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1d07d4004fa42875b991fb41148c483f/IPSO+JURE+35+noviembre+2016.pdf?>>

⁷⁹ RODRÍGUEZ, César. *Más allá de la jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. En: *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá D.C.: Editorial de la Universidad de Los Andes, 2009, p. 903.

por el Tribunal Constitucional, y con ello el cambio social que obtiene el grupo amparado con la sentencia estructural. En la mayoría de los casos la parte resolutive de la sentencia no emite órdenes directas o explícitas sobre la transformación social de la controversia analizada y, claro está no tendría por qué hacerlo. Sin embargo, la percepción socio-cultural de los propios individuos que componen el grupo y del resto de la sociedad se ve modificada después del pronunciamiento estructural de la Corte, ya que, los actores ven legitimadas sus peticiones, fortaleciendo su reconocimiento por parte del resto del conglomerado social y de las propias autoridades.⁸⁰

La evaluación de la efectividad de las sentencias, es un tema olvidado en la justicia ordinaria, pues, la etapa de ejecución en todo proceso es invisible para las estadísticas de producción del PJ, que sólo miden cantidad de resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales. Es por ello, de necesidad urgente establecer las coordenadas del análisis cuantitativo y cualitativo en el impacto de las decisiones judiciales, más aún, en la sentencia estructural que pretenden influir en la solución de una problemática social e institucional. No olvidemos que todo proceso tiene su fase de retroalimentación, esto es, extraer lecciones de las repercusiones sociales, institucionales, normativas de la jurisprudencia, a fin de realizar las mejoras que correspondan. Entonces, los órganos jurisdiccionales en sede constitucional u ordinaria, deben hacer seguimiento del cumplimiento de sus decisiones y medidas dispuestas con ocasión a la declaración del ECI o SHI, pues, de lo contrario pierde sentido su finalidad y autoridad, ya que los causantes de la falla estructural o de la política inconstitucional seguirán en la impunidad cometiendo tropelías y abusando del poder contra la población vulnerable. En ese sentido, es loable que el Tribunal Constitucional haya emitido la RA N° 065-2020-P/TC⁸¹ creando un sistema y comisión de seguimiento y cumplimiento de sus sentencias, y que al decir de Eloy ESPINOSA-SALDAÑA:

[S]i los pronunciamientos son emitidos, tal como ha reconocido el pleno del Tribunal Constitucional, recogiendo exhortaciones, estados de cosas inconstitucionales o sentencias estructurales, donde garantizar el cumplimiento de lo señalado en los pronunciamientos del Tribunal aparece como una labor de muy especial relevancia. Esas materias resultan sin duda un aspecto central, más no excluyente, si lo que quiere asegurarse es un cabal cumplimiento de las sentencias del Tribunal. [...] Con este grupo de trabajo no se busca una imposición de los criterios del Tribunal Constitucional peruano, sino más bien, reiteramos, en una dinámica de colaboración interinstitucional, generar puentes que permitan hacer comprender mejor, y así materializar más cabalmente, aquellos pronunciamientos que corresponde emitir al Tribunal para así evitar un ejercicio arbitrario del poder y propiciar la plena vigencia de los derechos ciudadanos. Todo ello va de la mano de la posibilidad de otorgar al Tribunal Constitucional insumos para ver si sus líneas jurisprudenciales, o los efectos que generan las

⁸⁰ BARRIGA, Ob. Cit. p. 137.

⁸¹ Ver: <<https://lpderecho.pe/tribunal-constitucional-nuevo-sistema-supervision-cumplimiento-sentencias/>>

mismas, deben mantenerse, o si es oportuno plantear alguna modificación sobre el particular.⁸²

Siguiendo los ejemplos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional Colombiana, el TC peruano ha dado el primer paso en avanzar en este espinoso tema, esperamos que el PJ acompañe en esta vigilancia de la efectividad de las decisiones estructurales.

3.5.9 Contestación a las críticas contra el control político judicial

Hace más de medio siglo, Karl LOEWENSTEIN, nos advirtió de la errada postura que niega al Judicial el control de constitucionalidad de las leyes, con mayor razón de las políticas públicas y estructuras estatales, a saber:

El control judicial de la constitucionalidad de las leyes emitidas conjuntamente por los detentadores del poder establecidos es incompatible, estructuralmente, con el principio de la distribución de funciones entre diferentes detentadores del poder. Un detentador individual del poder, que no ha sido nombrado democráticamente ni está libre de abusar políticamente de su poder, se arroga así mismo el derecho de frustrar y de anular la decisión política de los otros detentadores del poder, elegidos y controlados por el pueblo; él mismo, gracias a su inamovilidad, está libre de cualquier control por parte de los otros detentadores del poder, incluido el electorado.⁸³

Por su parte, Juan Carlos HENAO se encarga de desbaratar esta crítica, a saber:

Una segunda crítica es que la autoridad judicial carece de fundamento democrático para tomar y adoptar tales decisiones, fundamento que sí tendrían el Legislador y el Ejecutivo. Pero, como demostramos antes, la Constitución y otras normas del ordenamiento jurídico otorgan al juez constitucional tal facultad; y ante la renuencia de los demás poderes estatales a cumplir con la materialización de los derechos humanos, él está llamado a intervenir.⁸⁴

Evidentemente, el TC y el PJ están plenamente legitimados para ejercer control político, en aquellos casos clamorosos de violencia estructural de aquel Estado que arrolla los DESCAs, no de modo aislado sino generalizado, en cuyo caso se impone el sistema de pesos y contrapesos del principio de separación de poderes, esto es, que el poder refrene al poder, y a su vez se aplique el principio de colaboración de poderes para restablecer el

⁸² ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *Sobre la Comisión de seguimiento y cumplimiento de sentencias del TC*. En: Portal virtual LP La pasión por el Derecho, Lima Junio, 2018. Descargado de < <https://lpderecho.pe/comision-seguimiento-cumplimiento-sentencias-tribunal-constitucional/>>

⁸³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallegos Anabitarte. Ed. Ariel 2da. Edición 1976 y Reimpresión España 1977, p. 314.

⁸⁴ HENAO, Juan Carlos. El juez constitucional un actor de las políticas públicas. *Revista de Economía Institucional*, Bogotá D.C., Vol. 15, N° 29, segundo semestre, 2013, pp. 75 y 80. Citado por BARRIGA PÉREZ, Ob. Cit. p. 153.

equilibrio armónico de la Constitución en la eficacia de los derechos fundamentales que garantiza su disfrute a la ciudadanía. De la misma opinión son los autores siguientes:

Quinche y Ramírez (2010: 113, 138), por ejemplo, luego de señalar la existencia de una suerte de tendencia mundial en el avance del control de las políticas públicas por parte de los jueces, señalan los dos principales argumentos que se han manejado contra este tipo de pronunciamientos: el primero es que violaría el principio de separación de poderes pues el juez usurparía funciones de los otros poderes; el segundo que los jueces carecen de capacidad institucional para establecer cómo debe ser una política pública. Refutan la primera crítica recurriendo al principio de separación de poderes como sistema de frenos y contrapesos que permite la verificación de la regularidad jurídica de la actuación de otros órganos (las sentencias serían una muestra de la colaboración entre los poderes), y agregan que los jueces no pueden intervenir irrestrictamente, sino que tienen límites por lo que muchas veces optan por encargar a otras autoridades ciertas definiciones. Respecto a la segunda crítica la rechazan señalando que esto pasa frecuentemente en la labor judicial y esto se supera con peritos y otros asesores.⁸⁵

Ahora bien, porque los jueces no son elegidos por votación popular, sino por concurso de méritos por la Junta Nacional de Justicia, asimismo, los magistrados del TC por el Congreso, ello no es óbice para que tengan la suficiente autoridad de encausar a los funcionarios públicos por más que estos hayan sido elegidos por el pueblo, que se desvían en sus prácticas y políticas de los valores y principios constitucionales, ya que magistrados, autoridades, funcionarios y legisladores tienen el imperioso e ineludible deber contemplado en el artículo 38 de la Constitución de *respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación*.

3.5 El rol del magistrado del Siglo XXI

El prestigio del juez en el Perú, no ha sido el mejor por varios factores que explicamos en nuestro artículo *Bases Ideológicas de la Reforma Judicial*⁸⁶, pues, sin embargo, entre luces y sombras, el Juez adquiere nuevos roles en un Estado Constitucional, Social, Democrático de Derecho, de urgente construcción en sociedades en desarrollo como la peruana, ya que la vigencia plena de los DESCAs son precarios, el archipiélago de agencias públicas aun estructurándose, incluso el mercado y las empresas privadas sumergidas en

⁸⁵ RISSO FERRAND, Martín. *Dificultades en la protección judicial de los derechos humanos*. En: Anuario iberoamericano de justicia constitucional, N°. 20, 2016, 20, 335-367. doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.12>, p. 349. Descargado de <Dialnet-DificultadesEnLaProteccionJudicialDeLosDerechosHum-5772791%20(1).pdf>

⁸⁶ Si la sociedad peruana ha gestado y mantenido en su interior durante tanto tiempo, estas brechas y desencuentros profundos y dolorosos; que podemos decir del Estado y, en particular del Poder Judicial, y no cabe otra conclusión que, la de **haber servido como un instrumento de dominación, y de exclusión social y en extensos períodos republicanos haber abdicado de su independencia frente al poder político**. CORRALES MELGAREJO, Ricardo. *Bases Ideológicas de la Reforma Judicial*. En: Revista Virtual "Hechos de la Justicia" de la Asociación de los Jueces por la Justicia y la Democracia del Perú, Lima: Jusdem, 2008. Descargado de <<http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/libro.htm>>

gran parte en la informalidad, hacen que en conjunto nuestro sistema social tenga debilidades estructurales que coadyuvan al autoritarismo, abuso y corrupción de no pocas autoridades públicas, develadas últimamente con los escándalos de los casos “lava jato” y “club de la construcción” en el sistema político, y el de “cuellos blancos” en el sistema de justicia, sin embargo, jueces y fiscales valientes han salido al paso a enfrentarlos, recuperando la dignidad de los peruanos. Son, pues, los desafíos y retos de la Justicia del siglo XXI, en acompañar, vigilar y colaborar en el avance de civilización de la peruanidad, para ello el tránsito de juez “boca de la ley” a juez “boca de los valores, principios y derechos constitucionales” es fundamental en estos tiempos en que la mente del Derecho vivo es la jurisprudencia.

Felizmente, los nuevos ordenamientos procesales en el Perú, también, han dejado de lado al juez pasivo y formalista en el proceso, para asignarle una función activista como el modelo que consagra el artículo III del Título Preliminar de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo: *Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso.*⁸⁷ Como no reconocer a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al Tribunal Constitucional y a los jueces progresistas de todas las instancias y de sede casatoria del Poder Judicial del Perú, que desde los principios constitucionales vienen desarrollando jurisprudencia garantista, optimizadora y protectora de los DESCAs, unificando criterios con los plenos jurisdiccionales supremos y nacionales, desplegando diversas acciones de proyección social en temas de capacitación de derechos, igualdad de género, violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, defensa de la ecología, seguridad ciudadana, entre otros campos de acción institucional.

Es decir, el rol limitado al expediente judicial de aquel juez encerrado en su despacho oscuro y sin ventanas, de espaldas a la realidad, está quedando atrás dando paso al Juez que impulsa una administración de justicia imparcial, transparente, célere, motivada e impartida con igualdad. Asimismo, la función pacificadora de la magistratura contemporánea, ha evolucionado del control de constitucionalidad y convencionalidad de la ley y los reglamentos, al examen de las políticas públicas y estructuras del Estado, cuando se evidencian arbitrariedades e inconstitucionalidades que originan la violación generalizada de derechos fundamentales. Es decir, el juez no sólo realiza juicios de subsunción para resolver el caso concreto, sino también juicios de prevención para erradicar la fuente del

⁸⁷ Lo destacado es nuestro.

conflicto, o de colaborar con las autoridades responsables para de inmediato o gradualmente erradicar las estructuras de la injusticia, el atraso, la pobreza y el subdesarrollo en el país.

Ciertamente, que ello implica un cambio de mentalidad hacia la comprensión de la primacía de la Constitución, agregando a los tradicionales los nuevos métodos de interpretación desde los principios, abrazando un activismo procesal, dialógico, institucional y constitucional que enfrente desde sus sentencias los estados de cosas y situaciones de hechos inconstitucionales, defendiendo la eficacia de los derechos humanos de la ciudadanía que clama justicia. Sin embargo, no es el juez justiciero y temerario el que enarbolamos, sino el juez racional, colaborativo, democrático deliberativo; tampoco, es la figura del “juez Hércules” dworkiniano que postulamos, sino aquel amigable componedor de conflictos, que no sea el sabio que resuelva el caso con soluciones alambicadas, sino que sepa convocar desde los expertos, autoridades implicadas y a las persona comunes que sufren el día a día de la injusticia reclamada, para que le hagan saber al juez de la realidad que conocen y con ellos dialogue en la búsqueda de soluciones dialogadas y no impuestas cual pretor que olvida que la justicia que perdura es fruto de consensos. Al respecto, el TC señalo que:

[L]a labor de interpretación constitucional y control de constitucionalidad implica hoy que un juez constitucional asuma labores de integración social, lo cual a su vez involucra asumir **tareas de cohesión** (búsqueda de identificación de toda la ciudadanía con la dinámica social, económica y política de su sociedad), **inclusión** (asegurar la participación de toda persona en la sociedad en que vive, encontrando en esa sociedad condiciones para el desarrollo de su proyecto de vida), **reconciliación** (resolución de situaciones que han creado graves conflictos en una sociedad determinada) y plasmación de un espacio en que se busca **evitar la generación de nuevos conflictos sociales**.⁸⁸

¡Qué gran honor para el Magistrado de hoy!

3.6 **Propuestas concretas de solución a la problemática**

Como ha quedado demostrado, el control de constitucionalidad y convencionalidad de las políticas públicas y estructuras del Estado y entidades privadas, a cargo de los jueces, es una mega tendencia global en pleno desarrollo, en la que confluyen los más grandes sistemas jurídicos del mundo: el Europeo continental y el Anglosajón, en la defensa, plena vigencia y progresión de los DESCAs. Ello no obstante, la legislación procesal ha quedado rezagada en regular tal creación jurisprudencial, por lo que, la **primera propuesta** es la

⁸⁸ Lo destacado es nuestro, STC N° 00019-2013-AI/TC, F. j. 35 del Fundamento de Voto del Magistrado Eloy ESPINOSA - SALDAÑA. Descargado de <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00019-2013-AI.pdf>>

actualización de las leyes procesales para normar las sentencias estructurales y dialógicas en sus tipos de declaración de estado de cosas y situación de hecho inconstitucionales, la aplicación de la represión lesiva de actos homogéneos por tercero en ejecución de sentencia, las demandas transpersonales colectivas y de intereses individuales homogéneos; asimismo, el seguimiento y supervisión colaborativo del cumplimiento de las sentencias estructurales; y, por último, considerar como parte de toda sentencia el juicio de prevención en la superación de la fuente del conflicto, en caso produzcan violaciones de derechos fundamentales de modo masivo y sistemáticos.

Mientras tanto no se mejoren los ordenamientos procesales y se pongan a tono con los nuevos roles de los jueces del PJ, nuestra **segunda propuesta** es que los jueces supremos y superiores realicen Plenos Jurisdiccionales distritales, superiores y supremos para acordar parámetros sobre las sentencias estructurales y dialógicas que unifiquen criterios sobre lo indicado en el párrafo anterior.

Como **tercera propuesta**, es la de incluir en los programas de capacitación de las Cortes Superiores y en la Academia de la Magistratura, cursos sobre sentencias estructurales y dialógicas, en sus diversas expresiones jurisdiccionales y sistematización de experiencias, así también, adquisición de conocimientos por parte de los jueces en el control de las políticas públicas y estructuras inconstitucionales del Estado y entidades del sector privado.

Finalmente, nuestra **cuarta propuesta** es que la Junta Nacional de Justicia en el reglamento de ratificación de los jueces, se establezca un indicador de valoración de sus sentencias estructurales emitidas con un puntaje adicional al momento de calificar la capacidad de gestión en la impartición de justicia.

4. CONCLUSIONES

4.1 Con el advenimiento de la segunda y tercera generación de los Derechos Humanos: los DESCAs y los Derechos de la Solidaridad, la irrupción de la democracia deliberativa en los procesos sociales, el reconocimiento del principio de colaboración de poderes como parte de la Constitución y, la comprensión de la supremacía de la Carta Magna y la inexistencia de zona exenta de control constitucional, han causado que los jueces desde los tribunales supranacionales, constitucionales y ordinarios nacionales, establezcan desde la jurisprudencia una mejor tutela efectiva mediante innovadores mecanismos, técnicas, procedimientos y electo de medidas correctivas que han enriquecido el debido proceso

tradicional, empero, que ahora espera su incorporación en los textos constitucionales y legales.

4.2 Tal avance de civilización mundial, en la era de los derechos y su tutela diferenciada de moldes tradicionales, ha trastocado también los roles del magistrado del siglo XXI, asumiendo un liderazgo institucional no solo en la pacificación de los micro conflictos sino, también, de los macro conflictos sociales, con una función ordenadora que desde la administración de justicia asume tareas de cohesión, inclusión, reconciliación y prevención en las relaciones de poder entre ciudadanía y Estado.

4.3 Con tal activismo procesal, dialógico e institucional, los jueces contribuirán a hacer visible las deficiencias y carencias de lo público, lo que implica que al idear soluciones ingeniosas y dialogadas con los actores en pugna, también contribuyen a la reforma del Estado peruano, entendido como un proceso de mejora continua, cumpliendo con su deber de agentes de cambio social a fin de evitar la generación de nuevos conflictos sociales.

4.4 Sin embargo, las resistencias inerciales de un positivismo anclado en el siglo pasado, las barreras burocráticas, la cultura autoritaria, la incuria parlamentaria, la falta de vigilancia ciudadana, entre otros escollos, harán que la modernización de la tutela jurisdiccional y el debido proceso en el control constitucional de las políticas públicas y estructuras del Estado y, si fuera el caso, de ciertas entidades privadas, se avizora que será lento con avances y retrocesos transitorios, empero, la tendencia general hacia el futuro es clara y esperanzadora en el paradigma de la construcción de sociedades constitucionales en la que todos sus sistemas, estructuras, vida social y costumbres expresen plenamente los Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

BARRIGA PÉREZ, Mónica L. Sentencias estructurales y protección del derecho a la salud. Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en política jurisdiccional, Lima: PUCP, 2014, pp. 55 - 57. En:<<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5438>>

BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia. Traducción de José F. Fernández Santillán. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

CARNOTA, Walter F. *Las acciones de clase: Desde los Estados Unidos a la Argentina*. En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 16, Madrid 2012, p. 103. Descargado de <[Dialnet-LasAccionesDeClase-4081430.pdf](#)>

CORRALES MELGAREJO, Ricardo. *Bases Ideológicas de la Reforma Judicial*. En: Revista Virtual “Hechos de la Justicia” de la Asociación de los Jueces por la Justicia y la Democracia del Perú, Lima: Jusdem, 2008. Descargado de <<http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/libro.htm>>

DE ALTHAUS GUARDERAS, Jaime. La Revolución Capitalista en el Perú. 2da. Ed. Lima: Punto y Coma Editores SAC, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998.

HENAO, Juan Carlos. *El juez constitucional un actor de las políticas públicas*. En: Revista de Economía Institucional, Vol. 15, N° 29, Bogotá: segundo semestre, 2013.

ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *Sobre la Comisión de seguimiento y cumplimiento de sentencias del TC*. En: Portal virtual LP La pasión por el Derecho, Lima Junio, 2018. Descargado de <<https://lpderecho.pe/comision-seguimiento-cumplimiento-sentencias-tribunal-constitucional/>>

FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *Jueces Constitucionales*. En: Revista Ipso Jure. Año9 N°35, Chiclayo: PJ, Nov. 2016. p. 10. Descargado de <<https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1d07d4004fa42875b991fb41148c483f/IPSO+JURE+35+noviembre+2016.pdf?>>

GIDDENS, Anthony. La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia. Traducción de Pedro Sifuentes Huertas. Editorial Taurus Santillana. Décima reimpresión: México 2010.

GLAVE MAVILA, Carlos. *Apuntes sobre algunos elementos del contenido del derecho al debido proceso colectivo en el Perú*. En: Revista Derecho PUCP. (78). 2017. Descargado de <http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_078.html>

GUZMÁN, Leandro. Derecho a una sentencia motivada. Bs. As.: Astrea, 2013.

HÄBERLE, Peter. El Estado constitucional. Traducción de Héctor Fix-Fierro. Lima – México: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

MONTESQUIEU. Del Espíritu de la Leyes. Traducido por Siro García Del Mazo, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales. Librería general de Victoriano Suarez, Madrid 1906. Descargado de <<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf>>

PORTOCARRERO, Gonzalo. Las Relaciones Estado Sociedad en el Perú, un examen bibliográfico. Modulo Análisis Político Social. Octavo Curso Habilitante para el Desempeño de la Función Jurisdiccional y Fiscal, Segundo Nivel de la Magistratura. Lima: Academia de la Magistratura, Mayo 2003.

RODRÍGUEZ, César. *Más allá de la jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. En: Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá D.C.: Editorial de la Universidad de Los Andes, 2009.

RODRÍGUEZ, César. *El Activismo Dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. En: Revista Argentina de Teoría Jurídica, Universidad Torcuato Di Tella, Vol. 14 (Diciembre de 2013). Descargado de <http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858>

RISSO FERRAND, Martín. *Dificultades en la protección judicial de los derechos humanos*. En: Anuario iberoamericano de justicia constitucional, N°. 20, 2016, 20, 335-367. doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.12>, Descargado de <[Dialnet-DificultadesEnLaProteccionJudicialDeLosDerechosHum-5772791%20\(1\).pdf](#)>

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Traducción de Alfredo Gallegos Anabitarte. España: Ed. Ariel 2da. Edición 1976 y Reimpresión, 1977.

VARGAS, Clara Inés. *La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”*. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 1, N°1, Santiago: Universidad de Talca, 2013. Descargado de <http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_11.pdf>

VERGARA, Alberto. Ciudadanos sin República ¿Cómo sobrevivir en la jungla política peruana? Lima: Ed. Planeta, 2013.