

## LA “AUTONOMÍA PROCESAL” Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: APUNTES SOBRE UNA RELACIÓN INVENTADA

**Juan Monroy Gálvez\* \*\***  
**Miembro del Consejo Consultivo de THEMIS**

*En el presente artículo, el autor critica que el Tribunal Constitucional se haya irrogado la potestad de variar las cuestiones procesales en un proceso en el que se discuten temas de carácter constitucional, a través de lo que el propio Tribunal denomina su “Autonomía Procesal”.*

*Así, tras un recorrido por el origen histórico de esta figura, el autor demuestra el error en que el Tribunal Constitucional peruano ha incurrido al trasladar una figura alemana, muy criticada en su propio país, al nuestro.*

\* Este trabajo pertenece a uno más extenso pendiente de publicar y que tiene como título: “Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional”.

\*\* Socio del Estudio Monroy Abogados.

*“Nuestras vacilaciones llevan la huella de nuestra honradez; nuestras certidumbres la de nuestra impostura. La deshonestidad de un pensador se reconoce en la suma de ideas precisas que tiene”.*  
Ciorán. Silogismos de la amargura, 34.

## LA FALACIA DE PETICIÓN DE PRINCIPIO DE UN TRIBUNAL QUE TODO LO PUEDE

Una falacia es la aplicación incorrecta de un principio lógico o la aplicación de un principio lógico inexistente. Por otro lado, una petición de principio es una falacia que consiste en un error de razonamiento por el cual se toma como punto de partida del argumento, precisamente aquello que se ha de demostrar. Todo esto viene a cuento a propósito de una actuación tendencial del Tribunal Constitucional peruano (en adelante, el “TC”).

Si el lector realiza una microinvestigación de campo con una muestra –una selección aleatoria– de veinte sentencias del TC, en no menos de dieciocho encontrará un fundamento que, con variantes expresivas, es notable por su persistencia: “como ya lo ha dicho este colegiado”. El tema, aunque lo parezca, no es baladí, sobre todo si se tiene en cuenta que el uso de esta frase es selectivo, pues se presenta, precisamente, en aquellas situaciones donde la necesidad de un esclarecimiento o cita doctrinaria parece indispensable<sup>1</sup>.

Esta curiosa “técnica argumental” se ha convertido en superlativa desde que el TC, como lo vamos a demostrar a continuación, ha elevado sus fundamentos jurídicos a la categoría de axiomas (verdades que no necesitan demostración y que, por tanto, deben ser reconocidas como ciertas inexorablemente), cuya simple reminiscencia (“como ya lo ha dicho este colegiado”) hace inútil

cualquier exigencia de fundamento adicional. En otras palabras: el oráculo ha hablado.

Como resulta evidente, detrás de esta falacia no existe únicamente una exacerbada consideración sobre aquello que el TC cree que es y cree que puede. También se encuentra la presencia de un instituto llamado “autonomía procesal”, cuyo origen, estructura y funciones resulta indispensable develar a fin de evitar que continúen los desvaríos.

## APUNTES BREVES SOBRE LA “AUTONOMÍA PROCESAL”

En los libros recientes de derecho comparado suele reconocerse que, desde mediados del siglo pasado, su objeto de estudio ha adquirido una importancia considerable, entre otras razones, porque los medios de comunicación y de transporte de personas y cosas han fragilizado las fronteras como límites a las relaciones internacionales. En cualquier caso, no es desdeñable compartir la enseñanza de Cappelletti en el sentido que el gran cambio producido en la segunda mitad del siglo pasado en el derecho comparado ha consistido en que, si alguna vez el derecho sirvió para que los estados europeos afirmaran su identidad, el nuevo siglo los encuentra buscando fórmulas que los integren más allá de las nacionalidades<sup>2</sup>. Este es el caso de la Unión Europea, que hoy es un ejemplo emblemático de integración continental por todos conocido, pero que fue advertido desde inicios de 1970 por el maestro de Florencia.

En la práctica, las invasiones de literatura jurídica entre los Estados han determinado no sólo que la penetración de las ideas e instituciones de unos afecte a otros Estados, produciendo una alteración importante de su estructura jurídica interna, sino que inclusive determina que se vean afectadas las decisiones tanto de sus tribunales ordinarios

<sup>1</sup> La sentencia recaída en el Expediente 006-2006-PC/TC es, en este extremo, paradigmática. Hay quince (15) autocitas (“como ya lo ha dicho este colegiado”; “Tal como lo ha establecido este colegiado”; “Ya en sentencia anterior, el Tribunal ha señalado”; “tal como se ha señalado anteriormente”; etcétera). Tratándose de una sentencia de treintidós (31) páginas, las autocitas o autoreferencias resultan un número significativo, lo que se agrava cuando se aprecia que la “técnica” suele ser utilizada en las incidencias que, precisamente, reclaman la fundamentación más sólida.

<sup>2</sup> “Por lo demás, los mismos desarrollos históricos más recientes, esto es, los desarrollos que han conducido a las codificaciones del siglo último y especialmente a las de este siglo, y aun cuando sean desarrollos propios de estados singulares, no carecen, sin embargo, de una dirección común y, me atrevería a decir, de una ideología común por la cual, más o menos evidentemente, aparecen inspirados todos ellos; de manera que suele afirmarse que se tiene no sólo una matriz común, sino además una comunidad tendencial en las directrices de desarrollo y de superación de aquella matriz común. Es precisamente éste uno de los más interesantes fenómenos de la historia antigua y moderna de los ordenamientos procesales europeos: éstos, que en los siglos del nacimiento y de la afirmación de los varios Estados nacionales, han manifestado sobre todo una fuerza por decir así *centrífuga* de diferenciación de la matriz originaria –la matriz de la que en seguida hablaremos– están ahora manifestando nuevamente un cambio por decir así una fuerza *centrípeta* de unificación que permite entrever directamente, en embrión, la formación en la Europa Occidental de un unificado ‘derecho procesal europeo’”. CAPPELLETTI, Mauro. “El proceso civil en el Derecho Comparado”. Buenos Aires: EJE. 1973. p. 11.

como constitucionales. Hay que contar con este hecho para realizar un análisis de lo que nos puede estar pasando. La penetrabilidad de las instituciones jurídicas de otros países se ha extendido de manera considerable, con todo lo bueno y malo que tal hecho pueda significar y producir.

Nos encontramos en una situación compleja que no sólo ha remecido los excesos del positivismo clásico, sino que también ha reivindicado la importancia de los órganos jurisdiccionales respecto de la clásica limitación impuesta por las leyes nacionales. Esto ha ocurrido por medio de la interpretación y aplicación de normas foráneas, produciéndose una integración en los sistemas jurídicos nacionales que, sin duda, debe reconocerse provechosa. Y, en esta materia, la jurisdicción constitucional no sólo no se ha mantenido al margen, sino bien podría decirse que se encuentra en la zona más sensible de tal influencia<sup>3</sup>.

La profesora Rodríguez-Patrón distingue dos tipos de reglamentación del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, "TCF"), una interna (*innere Geschäftsordnung*) y otra externa (*ausserer Geschäftsordnung*). Como es evidente, una regula las relaciones al interior del TCF y la otra las de éste con quienes se acercan a realizar actividad jurisdiccional. Sin embargo, la investigadora española observó que la reglamentación externa suele ser identificada con la posibilidad de que el TCF realice actos que van más allá de lo puramente reglamentario "entrando de lleno en el proceso en sentido estricto"<sup>4</sup>. Esta actividad, que realiza el TCF por medio de sus fallos y que importa la formulación de reglas procesales sobre aspectos tales como la legitimación, el objeto del proceso o los efectos de la sentencia, entre otros, tiene la

característica de ser "cuasilegislativa" y recibe el nombre de *Verfahrensautonomie*. Ésta es la categoría que ha pasado a nuestro idioma con el nombre de "Autonomía procesal" (en adelante, "AP"), y a continuación describiremos sus rasgos esenciales para saber qué es realmente y cómo puede ser entendida o, eventualmente, incorporada en sede nacional.

Se afirma que el origen de la "AP" reside en que la ley reguladora de las funciones del TCF (en adelante, "LTCF") es intencionalmente incompleta y que, por otro lado, dado el origen reciente y los fines excepcionales que cumplen los tribunales constitucionales –que se comportan tanto como órganos jurisdiccionales siendo órganos constitucionales, como órganos políticos atendiendo a lo que expresan en sus decisiones–, resulta moneda común que para cumplir sus fines se constate que los métodos de integración tradicionales no sean suficientes para que puedan cubrir los vacíos o lagunas. Conviene ratificar que las reglas procesales son expresadas por el TCF en sus resoluciones y se originan como consecuencia de un vacío o laguna que, entonces, es cubierto jurisdiccionalmente atendiendo a criterios de oportunidad. Estas reglas, expresadas en un caso concreto, se convierten en criterios normativos a ser seguidos cuando se presenten situaciones similares.

Explica también la autora citada que, según otra concepción, la "AP" o "configuración jurisdiccional autónoma del proceso" se presenta, sea producto de una delegación especial de la ley o como consecuencia de la calidad especial del objeto del proceso. En el primer caso suele utilizarse como ejemplo el artículo 35 de la LCTF

<sup>3</sup> "Le frontiere fra gli stati, che all'inizio del XX secolo rappresentavano delle barriere formidabili, tanto per i rapporti giuridici ed economici, quanto per quelli linguistici e culturali, hanno visto ridurre tale loro funzione, sia per l'incremento degli scambi commerciali e culturali, sia per la diretta penetrazione di forme di comunicazione proveniente d'oltre frontiera che gli statati sono risultati incapaci di impedire.  
(...)

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

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

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

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. "La "Autonomía Procesal" del Tribunal Constitucional". Madrid. Thomson-Civitas. 2003. p. 17.

que permite al TCF hacer más eficaz la ejecución de sus decisiones<sup>5</sup>. En el segundo, se dice que puede ser explicado a través de una máxima procesal, la *Offizialmaxime*, surgida de decisiones del TCF; es decir, producto de la "AP" y que, en consecuencia, importa el poder de variar el contenido de la pretensión e inclusive la vía procedimental, afirmando el TCF que su única limitación es la demanda, esto es, el inicio del procedimiento.

A fin de identificar con claridad aquello que estamos llamando "AP", ésta no debe ser confundida con una integración de la costumbre *praeter legem*, en tanto ésta importaría darle la calidad de norma jurídica al *usus fori*, situación severamente cuestionada en la doctrina procesal en cuanto que, mayoritariamente, se recusa que la práctica comúnmente generalizada sea fuente de derecho. Por otro lado y de acuerdo a la descripción hecha en el párrafo anterior, no se trata de una integración sea porque hay "delegación", sea porque se actúa sobre una situación regulada; en cualquier caso el vacío o laguna no está presente.

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

- Un cuestionamiento muy importante se refiere a la concesión hecha por el legislador reduciendo intencionalmente su actuación al mínimo, como presupuesto de la "AP". La objeción obvia es que si hay concesión, entonces no hay autonomía, sino la recepción de una suerte de delegación tácita o algo parecido. Por otro lado, para que esta renuncia intencional del legislador sea reconocida, tendría que ser expresa o, por lo menos, sobreentenderse con alguna claridad. Finalmente, una conducta legislativa intencionalmente omisiva es excepcional, tanto que, sin

una justificación suficiente, devendría en inaceptable. Es lo que también piensa Rodríguez-Patrón cuando considera, apoyándose en Canaris y en la doctrina mayoritaria, que la laguna es un "vacío inconsciente" (*planwidrige Unvollständigkeit*).

- Ésta debe ser la razón por la cual un jurista que siempre está dispuesto a proponer nuevos retos al pensamiento constitucional como Häberle no sea partidario de la "AP", en tanto considera que lo que existe es una mayor libertad de interpretación en el ámbito procesal del TCF como consecuencia de la autonomía del derecho procesal constitucional, cuya trascendencia es explicable por el contenido material de la Ley Fundamental. Sin embargo, le parece adecuado el uso que se hace de las técnicas de interpretación y su flexibilidad, pero en ningún caso considera que exista una "autonomía procesal" en los términos aquí expuestos<sup>6</sup>.

Sin embargo, no se puede dejar de expresar la preocupación por esta autonomía del Derecho procesal constitucional que afirma el profesor Häberle. Aunque no sea su especialidad, el distinguido jurista alemán es heredero de la más extraordinaria expresión del pensamiento procesal universal en su etapa precursora de la ciencia del proceso y también en la científica propiamente dicha. Y aunque sólo fuese por esa tradición, debería haber intuido que no hay manera de construir una especialidad procesal sin tener como referencia obligada los postulados de la Teoría del Proceso. Ni la suprema trascendencia de la norma constitucional, ni tampoco la necesidad de ser más creativos y atrevidos a fin de asegurar la vigencia de la Constitución debilitan la afirmación de que no es posible construir una especialidad procesal a espaldas de su base teórica.

<sup>5</sup> "Artículo 35. El Tribunal Constitucional Federal puede determinar en su resolución quién la ejecuta. También puede regular en el caso concreto la forma de ejecución".

<sup>6</sup> "En general, se obtuvo una impresionante tradición de jurisprudencia del Tribunal Constitucional con respecto a su Derecho procesal en la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional. Desde la teoría constitucional puede resumirse en la fórmula: 'Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado' y cada vez más la Ley del Tribunal Constitucional como 'ley de pluralismo y participación': los órganos constitucionales autorizados para participar deberían hacer uso de sus posibilidades de participación en los procesos constitucionales.

La autonomización del Derecho procesal constitucional ha llegado a tal punto frente a otras normas procesales, que parece imprescindible frente a las tareas de la legislación constitucional, según la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional. El Derecho procesal constitucional no sólo debe ser entendido técnicamente. El Tribunal Constitucional ha desarrollado grandes logros en el refinamiento de los instrumentos de información y de participación: en el sentido de 'información a través del pluralismo'. También es ejemplar el uso de los métodos de interpretación frente a la casuística, la flexibilidad, la falta de desarrollo doctrinario y de su adaptación al 'asunto del Derecho procesal constitucional', sin que ello vaya en desmedro de los 'principios' y los tópicos recurrentes y sin que el costo signifique 'tendencias de ablandamiento'. Lo mismo vale para la interpretación integral 'procesal interna' de las normas particulares de la Ley del Tribunal Constitucional. Cabe destacar especialmente los efectos retroactivos de las normas de la Ley del Tribunal Constitucional sobre la interpretación de la Ley Fundamental". HÄBERLE, Peter. "Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar". Lima. Palestra-Asociación Peruana de Derecho Constitucional. 2004. pp. 49-50.

- Según Rodríguez-Patrón, la crítica más contundente a la "AP" proviene de Schlaich, quien, entre otros argumentos, considera que no existe mayor diferencia entre los métodos convencionales de integración y la "AP". En opinión de Schlaich, lo que hay es una "libertad de decisión discrecional" que es consecuencia de que el TCF cuente con una ley conscientemente incompleta (se refiere a la LTCF). Finalmente, este autor afirma que el TCF jamás ha reivindicado para sí contar con "AP", sino que más bien lo que hace es "configurar libremente, en un amplio margen, su proceso". Y, como colofón, conviene citar a la profesora Rodríguez-Patrón sobre un tema que –comentando la posición de Schlaich– va a tener relevancia cuando nos refiramos al estado de la "AP" en sede nacional: "Considera desafortunada la expresión Herr seiner Verfahren que, pese a haber sido acuñada por el mismo Tribunal, no se ha visto respaldada en la práctica por su actuación. Este autor mantiene además una posición contraria, no sólo respecto a Zembsch, sino también respecto a la doctrina tradicional, en relación con las lagunas de la LTCF. Éstas –opina–, son un defecto de la ley, no una prueba de la existencia de la 'autonomía procesal' del TCF, en sentido parecido, E. Klein"<sup>7</sup>.

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

Si en lugar de normas procesales de origen legal, los jueces van a construir reglas procesales al interior de sus decisiones, las cuales van a ser empleadas como normas en

procesos futuros, toda la actividad procesal puede trasladarse al ámbito de lo relativo y discutible. La aplicación de estas "normas" a tal o a cual tipo de procedimiento o, por otro lado, la discusión sobre su vigencia temporal (¿se aplican a procesos en trámite cuando se expidió la sentencia del TCF?), entre otros, son temas que generarían una complejidad que muy rápidamente conduciría al caos de la actividad procesal. Está clara la enseñanza de Häberle en torno a la calidad especial que tienen las normas procesales que tutelan derechos constitucionales; sin embargo, no puede dejar de ser clara, también, la posibilidad de que, desde el punto más elevado de la garantía jurídica, se afecten precisamente derechos fundamentales.

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

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

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. Op. cit. p. 35.

Lo que sigue es una apreciación personal sobre el tema de la "AP". Sobre la base de la información brindada por la profesora Rodríguez-Patrón, no alcanzo a comprender por qué ella ha elegido traducir *Verfahrensaautonomie* como "Autonomía procesal". Sin afirmar que hay unanimidad sobre la materia, suele aceptarse en teoría del proceso que procedimiento es el conjunto de normas o reglas de conducta que regulan la actividad, participación y las facultades y deberes de los sujetos que actúan en la búsqueda de un objetivo determinado. Por extensión, también se denomina así a la forma que toman los actos con sujeción a las reglas previstas. Siendo así, puede haber un procedimiento administrativo, judicial o de cualquier otra naturaleza, en tanto consista en un conjunto de reglas previstas anteladamente para lograr el objetivo deseado. El proceso, en cambio, es el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos realizados durante la actuación jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con el propósito de lograr la eficacia del ordenamiento jurídico.

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

Por lo demás, partiendo de categorías precisas, podría admitirse que fuera de aquellos casos en donde hay facultad legislativa expresa (como en la ejecución de las sentencias) o en aquellos otros donde no se presentan lagunas (porque para ellas hubiera bastado el uso de las técnicas de integración), la actuación del TCF podría ser calificada como *Prozessaautonomie*, esto es, Autonomía procesal. Nos referimos a aquellos casos excep-

cionales en donde se modifica el objeto del proceso, por ejemplo. Con ello, no sólo se hubiera dado el nombre pertinente a los actos que se realizan, sino que además de limitar clara y pedagógicamente el contenido de cada categoría, este discernimiento habría permitido que el título de *Herr seiner Verfahren* (Señor de su procedimiento) hubiese sido menos embriagador para ciertos espíritus nativos a quienes les sobreexcitan las ideas foráneas, como lo apreciaremos a continuación.

Finalmente, es bueno recordar, con la ayuda de la profesora Rodríguez-Patrón, que la actuación del Tribunal Constitucional español en materia de "AP" está directamente ligada a los procesos de inconstitucionalidad y a los efectos de las sentencias que en estos recaen. Ésta es una situación que va a ser ilustrativa para cuando apreciemos la original incorporación de la "AP" en el Perú.

Hay una frase de la profesora española citada que, con agudeza, compendia lo que queda luego de haber analizado la categoría estudiada: "Aunque no ignoramos que –según lo expuesto– la expresión 'autonomía procesal' puede resultar problemática, no renunciamos a su utilización para definir ese fenómeno. Ello nos ahorrará tener que describirlo cada vez que nos refiramos a él. Lo usaremos, pues, no por su exactitud desde un punto de vista técnico-jurídico sino, fundamentalmente, porque resulta –sin duda– gráfico"<sup>8</sup>.

## LA "AUTONOMÍA PROCESAL" EN SEDE NACIONAL

En mayo de 2007 se realizó en Huancayo el II Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional "Héctor Fix Zamudio". En él se reunieron los constitucionalistas peruanos que tienen interés por –e incluso enseñan– los estudios procesales. Allí el doctor Mijail Mendoza –asesor del Tribunal Constitucional– presentó una ponencia que intituló: LA AUTONOMÍA PROCESAL CONSTITUCIONAL.

Tratándose de un trabajo de reciente data (sólo lo separa un mes de la publicación de la sentencia comentada) y realizado por alguien que conforma el equipo de asesoría del TC, resulta de especial interés conocer qué se piensa desde dentro del TC sobre la "AP". Como se comprobará a continuación, no sólo el TC ha hecho suya la "AP",

sino que resulta evidente que ésta se ha convertido en el instrumento principal a través del cual se han alterado los cimientos del ordenamiento jurídico peruano, aunque es bastante probable que ello haya ocurrido sin que siquiera se tenga conciencia de lo que se ha producido.

Ni en su país de origen, ni tampoco en España, desde donde se nutren de información los asesores del TC, la "AP" ha adquirido reconocimiento y mucho menos título de exportación.

Por eso nos queda la duda razonable en torno a si los jueces del TC saben que han asumido una peligrosa doctrina que donde se engendró no sólo es discutida y relegada sino que, además, se sostiene en una profunda desinformación y desdén sobre una ciencia jurídica: la procesal. Analicemos el trabajo.

- El autor define la autonomía procesal constitucional (en adelante APC, porque para el profesor Mendoza es sin comillas) como un principio que "establece una potestad del juez constitucional para la interpretación e integración de las normas constitucionales" (p.1). Sin embargo, más adelante el autor varía su definición sustancialmente y afirma: "la autonomía procesal constitucional viene a ser la potestad de creación judicial de derecho procesal constitucional por el Tribunal Constitucional" (p.5).

Si el autor se quedara con la primera definición, ésta sería 'el parto de los montes', es decir, mucho ruido para nada. Si la APC se caracteriza porque el juez interpreta e integra normas constitucionales, ¿acaso no es exactamente lo que hacen todos los jueces ordinarios con las normas del ordenamiento jurídico? ¿Dónde está la singularidad? Por lo demás, no olvidemos que la "AP" se presenta en el TCF cuando las técnicas de integración tradicionales son insuficientes. Nótese que ya ni siquiera nos referimos a las técnicas de interpretación, en tanto el presupuesto de la "AP", no lo olvidemos, es la existencia de una laguna deliberada.

Si el autor se quedara con la segunda definición, significaría que el tribunal peruano ha pasado a ser legislador, en tanto que por medio de sus decisiones, o fundamentos de decisiones –por potestad no explicada pero sobreentendida–, a crear derecho procesal constitucional; ni siquiera normas procesales específicas, sino iderecho procesal constitucional! Ahora, no deja de ser misteriosa la segunda definición, en tanto no dice

en qué circunstancias el TC puede ejercer esta potestad o, tal vez, lo ha dicho el profesor Mendoza y no lo hemos advertido, es decir, ¿pensará que en cualquier circunstancia el TC puede crear normas procesales?, ¿inclusive puede derogar las vigentes?

En cualquier caso, habrá que esperar que en un próximo trabajo el profesor Mendoza elija con qué definición se queda a fin de refutarlo sin ambigüedades, categóricamente.

- Estamos seguros que el profesor Mendoza sabe que en Derecho 'reivindicar' significa recuperar algo que estuvo en nuestro dominio. A pesar de ello, éste afirma que las respuestas del TCF "se han sustentado en premisas relativas a su reivindicación de su condición de 'Señor del proceso' (*Herr des Verfahrens*)".

El TCF está al borde de los sesenta años de existencia, ¿alguna vez fue "Señor del proceso", o "Señor del procedimiento" para ser respetuoso de la traducción?, ¿a qué reivindicación se refiere? Lo que el TCF hizo en la sentencia (DTCF 13, 54 [94]), donde acuñó el título comentado, fue variar la vía procedimental de un proceso constitucional, a fin de permitir un pronunciamiento sobre el fondo. Para evitar excesos en la interpretación del título, el TCF precisó que lo hizo sólo porque si le ordenaba al demandante que inicie un nuevo proceso, su pretensión habría prescrito. Así lo dejó establecido el "Señor del procedimiento", precisamente para hacer saber que no se trataba de una arbitrariedad, sino de una decisión originada en privilegiar la tutela del derecho fundamental afectado. Se trata de una decisión que, por lo demás, compartimos totalmente y que, en ningún caso, importa el ejercicio vertical de un dominio que alguna vez se haya hecho, como parece sugerir el uso del título. Lamentablemente, la prudencia del TCF no fue advertida en el Perú.

Transcribamos ahora al profesor Mendoza para ser fieles a su dicho:

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

- 1) La interpretación de normas procesales constitucionales (creación por interpretación).
- 2) La integración de lagunas en normas procesales constitucionales (creación por integración).

- 3) La discrecionalidad judicial habilitada por las normas procesales constitucionales (creación por habilitación legal).
- 4) La creación de normas procesales constitucionales (creación directa)" (p. 3).

Ahora comentemos cada una de las opciones por separado.

- 1) Tarello enseña a distinguir el documento normativo de la norma<sup>9</sup>, lo cual, para no complicarnos, equivale a distinguir el signo del significado. Así, un artículo de un código es un documento normativo del cual se puede extraer uno o más significados. Cuando ese acto lo hace un juez en un proceso, por medio de la interpretación, se afirma que ha creado una norma jurídica para resolver un caso concreto. Y ello es considerablemente correcto.

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

El profesor Mendoza dice que la interpretación se emplea cuando las normas presentan indeterminaciones (p.4). Sin embargo, la doctrina es pacífica y unánime en sentido contrario: el juez, cuando resuelve un caso y emplea un documento

o enunciado normativo, siempre interpreta. Y esto es obvio dado que, como el enunciado no es norma, resulta necesaria una operación racional-justificatoria que extraiga de aquél el contenido (norma jurídica) que corresponda para resolver el caso concreto. Inclusive en aquellos supuestos, aparentemente "simples", en donde el juez establece una identidad entre el enunciado con la norma que extrae, se produce interpretación. La llamada interpretación literal es una opción normativa decidida por el juez. Todo esto sin perjuicio de dejar sentada la compleja problemática que se presenta en otras disciplinas (Semiótica y Lingüística) cuando se trata de determinar los alcances de la llamada interpretación literal.

- 2) Las técnicas de integración sirven para eliminar las lagunas, que son los vacíos producidos por un sistema normativo incompleto, por lo menos en su versión más simple<sup>10</sup>. Esto significa, en consecuencia, que de manera evidente el uso de alguna técnica de integración implica un acto de creación normativa. Sin embargo, seguimos insistiendo en que el uso de tales técnicas es patrimonio común del TC y de cualquier juez ordinario con prescindencia de su grado.

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

<sup>9</sup> "Nelle organizzazioni giuridiche moderne, le norme sono i significati che si attribuiscono ai documenti delle leggi e degli altri atti normativi giuridici. A questa attribuzione di significato si dà il nome di interpretazione. L'interpretazione riguarda anzitutto ciascun singolo documento, e successivamente le combinazioni di documenti e le combinazioni di significati, nonchè, tendenzialmente, la combinazione di tutti i documenti normativi che fanno parte di un sistema giuridico e di tutti i loro significati. Quando le combinazioni sono molto articolate, sembra talvolta che l'interpretazione non consista, propriamente, in una attribuzione di significato ai documenti normativi, bensì in una ricerca di norme oltre i documenti: in questi casi talvolta si parla di 'ricerca del diritto'; talvolta invece sembra che l'interpretazione consista nello scegliere, tra i documenti normativi, quello (o quel suo segmento rappresentato da un enunciato) cui attribuire un significato, traslasciando gli altri; in questo caso si parla di 'individuazione della norma'. Ma, anche in questi casi, l'interpretazione prende le mosse da un documento, o da più documenti, che si presume esprimano norme, e il primo passo consiste nell'attribuzione di significato a un documento normativo e agli enunciati in cui esso si suddivide." TARELLO, Giovanni. "L'interpretazione della legge". Milán. Giuffrè Editore. 1980. pp. 102-103.

<sup>10</sup> "Los teóricos que recientemente se han ocupado del problema de las 'lagunas' en el derecho admiten, en general, que su elucidación requiere que se tome en cuenta la noción de 'sistema de normas'. De esta forma, pareciera que el problema en cuestión puede ser referido al análisis de la completitud, en tanto propiedad formal de los sistemas normativos. Lo que supone que la idea de sistema puede constituir el punto de partida de un modelo teórico viable para la comprensión del conjunto normativo denominado 'derecho'. Así, en un conocido artículo, Norberto Bobbio afirma que la categoría de la 'laguna' no es más que el reverso de la noción de completitud referida a un sistema de normas jurídicas. Esto es así, justamente, porque la afirmación de que el derecho tiene lagunas equivale a decir que es incompleto". CARACCILO, Ricardo. "La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho". México DF: Distribuciones Fontamara. 1999. p. 25.

El Código Procesal Constitucional<sup>11</sup> regula la integración y establece un orden de prelación en donde la analogía ocupa el primer lugar. Según el profesor Mendoza, dado que la analogía tiene “un grado de creación de mínima magnitud” (p.4) y que además la norma nacional exige que lo obtenido por ésta no sea “contrario” a los fines de los procesos constitucionales y, asimismo, contribuya “a su mejor desarrollo”, son los modos de integración regulados en la norma, luego de la analogía, aquellos en donde “tiene lugar una significativa creación de una norma”.

El profesor Mendoza reserva las razones por las que no cree en la analogía. Son los otros modos integrativos los favoritos del citado profesor, en tanto afirma que dan lugar “a la creación directa de una norma procesal constitucional”. Por eso concluye con una frase que bien puede explicarlo todo sobre la APC o nada: “En consecuencia, la creación de normas procesales constitucionales se da cuando un vacío legislativo es integrado a través de la creación de una norma procesal ad hoc, valiéndose al efecto de cualquier recurso diferente a la aplicación analógica de normas procesales ordinarias. Es aquí donde tiene lugar la creación normativa en mérito al principio de autonomía procesal”.

Lo expresado significa que la APC se concreta en el Perú por medio del uso de la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina. Si es así, entonces –sólo para empezar a entenderla– no tiene nada que ver con la “AP” del TCF alemán y tampoco con lo que se hace en España bajo ese rubro. En cualquier caso, los serios problemas que en los países europeos ha tenido la fundamentación y justificación de la “AP” han desaparecido en sede nacional de un plumazo. En realidad, sólo ha sido necesario prescindir de su fundamento y justificación. Como resulta obvio, más que una categoría jurídica la APC resulta una entelequia.

Para obtener tal resultado, el profesor Mendoza sólo ha hecho uso nominal de la AP alemana para convertirla en APC y darle por “sustento”: TODAS

LAS FUENTES DE INTEGRACIÓN CONOCIDAS CON PRESCINDENCIA DE LA ANALOGÍA. Ahora, algunas preguntas malvadas:

- a) Dado que hay una norma procesal nacional (Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) que provee el uso de técnicas de integración en los procesos constitucionales y dado que la APC –creación del profesor Mendoza y, como hemos comprobado, absolutamente ajena a la AP– consiste en el uso de ellas salvo la analogía, ¿en qué consiste la creación del señor Mendoza?
- b) Dado que el señor Mendoza ha reducido al mínimo el poder de creación de la analogía, ¿sabrá que un autorizado sector de la doctrina<sup>12</sup> afirma la imposibilidad de distinguir el uso de la analogía del uso de los principios generales del derecho? Lo que ocurre es que cuando se usa el recurso analógico se realiza un procedimiento lógico de generalización y cuando se usa un principio general del derecho a un caso concreto se deconstruye el mismo procedimiento lógico. Todo lo que hay es una inversión de lo que es materia y lo que es método, nada más.
- 3) El caso de la existencia de una norma autoritativa no tiene nada que ver con el tema de la “AP”, para ello nos remitimos al ejemplo del artículo 35 de la LTCF descrito en la cita 5. Entonces, ¿para qué tratar un tema que no sólo es ajeno al estudiado sino también a la actuación del TC en sede nacional, en tanto no hay norma que permita tal actuación?
- 4) Y, finalmente, llegamos al tema de estudio. El profesor Mendoza llama a la APC, lacónicamente, “creación directa”, lo que significa según sus palabras, “la simple y llana creación de normas procesales constitucionales, donde ésta tiene lugar plenamente y por antonomasia” (p.3).

Buena parte de lo que se debería decir en este segmento ya se hizo a propósito del punto 2

<sup>11</sup> “Artículo IX. Aplicación Supletoria e Integración. En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina”.

<sup>12</sup> “18. No es posible tampoco establecer una distinción neta entre el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho, pues el uso de la analogía implica siempre la *generalización* a partir de una o varias normas del ordenamiento jurídico, es decir, presupone la creación (o, si se quiere, el reconocimiento) de un principio general. Sí podría hablarse, sin embargo, de un uso más o menos amplio de los principios o, mejor, de principios normativos extraídos de una norma (*analogía legis*), de un grupo de normas, por ejemplo, las que se refieren a una determinada institución (*analogía iuris imperfecta*), o de las normas del ordenamiento jurídico en su conjunto (*analogía iuris*). En todo caso, en los supuestos anteriores, la analogía sería el procedimiento discursivo y los principios un material necesario del mismo. Ciertamente, los principios no se utilizan únicamente para integrar lagunas, sino también para interpretar el Derecho, dictar nuevas normas, etc. Sin embargo, en todos estos supuestos la utilización de los principios exige argumentaciones de tipo analógico”. ATIENZA, Manuel. “Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico”. Madrid. Civitas. 1986. pp. 184-185.

cuando el profesor Mendoza identificó la APC con las técnicas de integración con excepción de la analogía. La pregunta que ahora aparece urgente y que se va a quedar sin responder es: ¿cuáles son los presupuestos y los fundamentos de la institución que, según parece, ha sido creada por el profesor Mendoza?

Una vez leída la ponencia se advierte que, lamentablemente, los temas aludidos en la pregunta anterior no han sido tratados. De hecho ni siquiera explica el autor por qué la APC es una potestad. Un comentario al anacronismo de la teoría de la separación de poderes, por ejemplo, hubiera sido un comienzo auspicioso. Por otro lado, tampoco desarrolla la legitimidad del TC para ejercer esa potestad. Si lo expresado no parece grave, podríamos ejemplificarlo: ¿qué es un oficial de policía armado pero que jamás estuvo en la escuela de policía y tampoco tiene nombramiento? Un peligro público. Aún cuando al profesor Mendoza no le interesa mayormente la analogía, éste podría ser un caso clásico por la identidad que guardan el “oficial de policía” y la “APC” (esta vez con comillas).

- Continúa su ponencia el profesor Mendoza explicando algunos casos donde el TC ha aplicado la APC. Cabía pues la posibilidad que sea el TC, por medio de sus resoluciones, quien explicara los fundamentos jurídicos y la legitimidad que lo titula para emplear la institución estudiada. En el caso Arellano Serquén (Expediente 2579-2003-HD/TC) el TC dice: “dado que este Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del ‘estado de cosas inconstitucionales’”. Luego agrega que: “es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales”. Aquí no hay fundamento ni legitimación para hacer nada. Una lástima, el primer caso en donde aparece la APC no dice cuál es su sustento y tampoco su justificación. Veamos otro.

- En el caso Anicama (Expediente 1417-2004-AA/TC) ya aparece expresamente la APC que comenta el profesor Mendoza. Él afirma que el TC parte de un principio “conforme al cual, dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (...)”. Una vez más, la frase no ayuda a llenar los vacíos y ni siquiera es posible determinar

cuál es el principio al que se hace referencia. Lo que sería lamentable es que éste consista en la concepción decimonónica del proceso según la cual las normas procesales sólo son las que regulan las “formas” de los actos materiales, razón por la cual se puede “flexibilizar” su empleo.

- En la página 29 de la ponencia se afirma: “La diferencia sobre el *petitum* se da cuando se consigna un *petitorio* erróneamente (...)”. Sin duda el profesor Mendoza tiene derecho a desinteresarse por el derecho procesal pero, si decide referirse a él, surge el imperativo moral ante sus lectores de leer (y entender) siquiera un manual sobre la materia. No voy a explicar en este trabajo qué es *petitum* y qué es *petitorio*, sin embargo, no puedo negar que lo descrito produce un grave desencanto respecto a la calidad de los estudios jurídicos comentados y, aun cuando no se puede generalizar, una incertidumbre sobre el grado de seriedad de lo que se esté haciendo en el TC.

- Y lo que sigue es la cereza de la torta. La bibliografía utilizada por el profesor Mendoza tiene dos títulos en nuestro idioma, ambos pertenecen a la profesora Patricia Rodríguez-Patrón. El primero es su trabajo en borrador, por así decirlo, publicado en una revista en el 2001 y luego su libro –con información corregida– sobre el mismo tema que data de 2003 y que hemos citado en este trabajo.

A lo largo de su primer trabajo la autora ha empleado la frase autonomía procesal empleando comillas, dando razones sobradas para hacerlo (que es una categoría discutible, que en estricto no es autonomía, que su legitimidad es precaria, entre otras). Y en su obra definitiva, la doctora Rodríguez-Patrón la denomina: La “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional, es decir, tal como se ha explicado en este trabajo, la autora ratifica su posición sobre la precariedad de la institución.

Sin embargo, aunque parezca increíble, el profesor Mendoza ¡le ha quitado las comillas al título del libro!, es decir, ha variado sustancialmente el contenido y la opinión de la autora con el simple expediente de alterar el nombre de su obra en la bibliografía y a lo largo de su trabajo. ¿Qué pensaría el doctor Mendoza si en este trabajo empiezo a llamarlo “doctor” Mendoza? Sería un agravio que descalifica severamente al que lo hace y no al que lo soporta.

En cualquier caso, el propósito de este apartado no es otro que develar el uso de la Autonomía Procesal Constitucional como fundamento para los estropicios causados en muchas de las sentencias que viene expidiendo el TC. Éstos se vienen cometiendo tomando a la AP como fundamento cuando, en realidad, se trata de una vulgar coartada multiuso.