

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/331669839>

El “estado de cosas inconstitucional” y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana

Chapter · December 2016

CITATIONS

4

READS

1,295

1 author:



[Beatriz Ramírez Huaroto](#)

Pontifical Catholic University of Peru

23 PUBLICATIONS 9 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

ANUARIO DE INVESTIGACIÓN DEL CICAJ 2015

AUTORES

Noemí Ancí Paredes

Mónica Barriga Pérez

Frank Espinoza Laureano

Carlos Glave Mávila

Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero

Álvaro Ocampo Grey

Richard O'diana Rocca

Beatriz Ramírez Huaroto

José Miguel Rojas Bernal

Pablo Rosales Zamora

Abraham Siles Vallejos

José Enrique Sotomayor Trelles

Natalia Torres Zúñiga

Alejandra Zegarra Blanco

DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE

DERECHO

**CENTRO DE INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)**



PUCP

**Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del
Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)**

Jefe del DAD

Guillermo Boza Pró

Directora del CICAJ-DAD

Patricia Urteaga Crovetto

Comité Asesor del CICAJ

*César Landa Arroyo
David Lovatón Palacios
Rómulo Morales Hervias
Elizabeth Salmón Gárate
Abraham Siles Vallejos
Eduardo Sotelo Castañeda*

Equipo de Trabajo del CICAJ

*Frida Segura Urrunaga
Carlos Carbonell Rodríguez
Jackeline Fegale Polo
Mayra Sánchez Hinojosa
Enzo Dunayevich Morales
Teresa López Espejo*

*Anuario de Investigación del CICAJ 2015
CICAJ - DAD | editor*

*Primera edición: diciembre 2016
Tiraje: 500 ejemplares*

© *Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
Departamento Académico de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Teléfono: (51 1) 626-2000, anexos 4930 y 4901
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>*

*Corrección de estilo: Claudia Arbaiza Varela, Valeria Cáceres Bravo, Takeshi Kihara Falcón,
María Gracia Minaya Chávez, Carlos Ramos Lozano*

Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso del editor.

*Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-18218
ISSN: 2414-0872*

Impreso en el Perú - Printed in Peru

**EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL
Y SUS POSIBILIDADES COMO HERRAMIENTA PARA EL LITIGIO
ESTRATÉGICO DE DERECHO PÚBLICO.
UNA MIRADA A LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA Y PERUANA**

Beatriz Ramírez Huaroto
Maestría en Derecho Constitucional, PUCP

Categoría egresados

El trabajo analiza el uso que se ha dado a la categoría del estado de cosas inconstitucional (ECI) en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y del Tribunal Constitucional peruano, y compara las similitudes y diferencias en la aplicación de la figura en ambos casos. Complementariamente, analiza si el ECI puede ser un instrumento idóneo para el litigio estratégico, definido como el reclamo judicial en la forma de acciones individuales o colectivas que buscan la transformación estructural de instituciones del Estado en pos del respeto de derechos y valores democráticos consagrados en la Constitución.

La investigación concluye que el Tribunal Constitucional peruano ha empleado de forma errática y restringida la figura del ECI en sus sentencias. Asimismo, plantea que estas en los casos de declaración de ECI deberían, dentro del marco teórico del litigio estratégico, implementar el denominado modelo de reforma estructural para responder frente a situaciones de lesión de los derechos fundamentales, los cuales tienen bases estructurales vinculadas con el funcionamiento, gestión y organización de las distintas entidades que conforman el Estado. A la fecha, las sentencias de ECI del Tribunal peruano no se ajustan a este modelo.

I. Introducción

La figura del estado de cosas inconstitucional (ECI) es uno de los aportes del constitucionalismo colombiano a la jurisprudencia internacional protectora de derechos fundamentales (Rodríguez 2009, p. 435). A través de ella, la Corte Constitucional ha abordado situaciones en las que «concurren la violación masiva de derechos fundamentales, las deficiencias estructurales para su atención y la falta de voluntad de las autoridades estatales en todo o en parte del territorio nacional, de forma tal que, ante esa situación, se puede generar una gran proliferación de tutelas, con graves consecuencias para la congestión de los despachos judiciales» (Plazas, 2009, p. 244). Además del dictado de órdenes para cautelar los derechos de los/as accionantes, la Corte declara una situación estructural que lesiona derechos de un número amplio y hasta indeterminado de personas que no son parte del proceso, de forma que el fallo tiene un efecto preventivo general que transforma un desperfecto estructural (Vargas, 2003, p. 214).

Esta innovación jurisprudencial se inserta en el marco de una corriente más amplia de activismo judicial que, en sus raíces estadounidenses, se ha denominado como Litigio de Derecho Público, modelo que propicia la transformación de fallas estructurales en entidades gubernamentales que se han hecho resistentes a otras formas de control político; no obstante, la persistencia de la falta de un adecuado desempeño en las mismas, además de otras formas de control, no han logrado el objetivo de reformarlas para cesar la violación de derechos que producen (Sabel y Simon, 2004, p. 1062). De fondo, el ECI se inserta en el debate sobre los roles que debe perseguir la justicia, con énfasis en lo constitucional, en un estado democrático: implica un modelo que se abre a la participación activa –aunque residual– de la judicatura en la construcción de la democracia.

En la medida en que la figura del ECI ha sido acogida en la jurisprudencia peruana por parte del Tribunal Constitucional con referencia explícita a sus raíces originarias (Naupari, 2009, p. 340 - 355), es relevante analizar los términos en que esta incorporación se ha dado para tener un claro balance de sus limitaciones y posibilidades. En un país como el Perú, en que la falla de las instituciones públicas en sus obligaciones de garantizar los derechos de ciudadanas y ciudadanos es recurrente, una figura como el ECI cobra mayor interés como herramienta para posibilitar cambios en un *statu quo* injusto, un cambio que sería posible desde una demanda individual ante la jurisdicción constitucional que podría transformar el escenario de balance de poderes para que las entidades públicas sean puestas bajo el examen de modo que cumplan con las reformas necesarias para asegurar derechos.

Al estudio de la forma en que se ha delineado el ECI en la jurisprudencia constitucional colombiana, a cómo se ha incorporado en la jurisprudencia peruana, a una revisión sobre el marco teórico que le servirá de sustento, y a la reflexión sobre sus limitaciones y posibilidades en nuestro país, se ha enfocado este trabajo de investigación¹. No se pretende realizar una contribución doctrinal a la figura, ni profundizar en el debate sobre el rol de la justicia en el Estado de derecho que le sirve de marco, aunque sobre esto último se hace una breve referencia. El objetivo del trabajo es analizar si en el Perú se han aprovechado los recursos de transformación social que ofrece, realizando un juicio crítico sobre el uso realizado por el Tribunal Constitucional peruano.

2. El estado de cosas inconstitucional en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia²

Clara Inés Vargas, integrante de la Corte Constitucional de Colombia entre 2001 y 2009, reflexionaba en un artículo (2003) que este órgano había creado algunas reglas y subreglas

1 El trabajo parte de la revisión de las sentencias sobre el Estado de Cosas Inconstitucional tanto en Colombia como en el Perú hasta diciembre de 2015, selección que se realizó con la ayuda de buscadores electrónicos en las páginas web de la Corte Constitucional de Colombia y del Tribunal Constitucional peruano. El análisis desde la jurisprudencia se ha complementado con la revisión doctrinal pertinente. En el caso colombiano existe abundante literatura, mucha disponible en la web, de modo que se ha priorizado la revisión de los estudios que plantean una mirada general de la figura, dejando en un segundo plano aquellos que comentan alguna de las sentencias en particular. En el caso peruano, la posición ha sido contraria: ante la falta de doctrina sobre el tema de estudio se han citado artículos de opinión publicados en revistas jurídicas nacionales. Para la información acerca del litigio de derecho público se ha revisado las versiones originales de los trabajos emblemáticos en el área, los que fueron identificados por las referencias a los mismos en otros trabajos de investigación revisados.

2 Para la selección de las sentencias se recurrió a los trabajos de Clara Inés Vargas (2003), Mauricio Plazas (2006), Juan Felipe Aguilar, Viviana Bohórquez y Claudia Santamaría (2006), Julián Tolé (2009) y César Rodríguez (2009). Además, se han considerado los trabajos de investigación de Leonardo García Jaramillo (2011), Lois Alicia Rojas Camacho (2012), Sonia Patricia Cortés Zambrano (2012), Juan Camilo Rivera Rugeles (2012), Luis Ricardo Gómez Pinto (2012), Daniel Bonilla Maldonado (2013) y Libardo José Ariza (2013).

constitucionales para solucionar casos concretos que pueden o no ajustarse del todo a los esquemas dogmáticos manejados por autores del derecho constitucional contemporáneo, pero que «responden a un compromiso ético del juez constitucional por no permanecer indiferente e inmóvil frente a diversas situaciones estructurales, que se interrelacionan entre sí lesionando de manera grave, permanente y continua numerosos derechos inherentes al ser humanos» (p. 206). En esta línea se inscribe el estado de cosas inconstitucional (ECI), «pequeña» línea jurisprudencial de la Corte Constitucional por la que esta instancia ha fundamentado fallos «en justicia» en razón del mandato que le confiere la Constitución (Gómez, 2012, p. 40).

La figura de la ECI es una creación jurisprudencial que no tiene asidero normativo en la Carta Constitucional colombiana ni en legislación de desarrollo (Plazas, 2009, p. 255; Rojas, 2012, p. 27). Por tanto, el análisis de esta figura se ciñe exclusivamente a lo que sobre ella la jurisprudencia colombiana ha delineado y a lo que la doctrina ha analizado a partir de las sentencias emitidas.

El ECI ha sido abordado desde sus implicancias procesales, como parte de los fallos modulados de tutela, definidos como aquellos casos en los que los «efectos *no* son los que por regla general se les concede a las decisiones de la Corte Constitucional, sino que, por el contrario, constituyen excepciones frente a esta» (Rivera, 2012, p. 31). Desde el análisis de sus implicancias materiales, se señala que ha sido un instrumento de «injerencia y participación en las políticas públicas económicas» desde la que se ha reelaborado los postulados tradicionalistas de la política económica colombiana (Gómez, 2012, p. 40, p. 83).

Esta figura se inserta en el debate del constitucionalismo moderno acerca de los límites de las decisiones judiciales en el marco de la separación de poderes, debate en el que las cortes como la colombiana y otras del Sur Global marcan una pauta que presenta peculiaridades respecto de las cortes tradicionalmente consideradas como referentes, las del Norte (Bonilla, 2013, p. 3, p. 21-23). Construcciones como el ECI trascienden las barreras del formalismo jurídico característico de los ordenamientos latinoamericanos (Bonilla, 2013, p. 9). Se afirma que forma parte de una tendencia incipiente neoconstitucionalista en Latinoamérica y otras regiones del Sur Global, un constitucionalismo progresista (Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 24). Uno de los puntos que la ubican en el llamado «neoconstitucionalismo» o «constitucionalismo basado en derechos» es la apuesta por una constitución material en lugar de una constitución formal, una constitución que incluye mecanismos para asegurar que los derechos no sean retóricos sino mandatos regulatorios con eficiencia real (García, 2011, p. 90; Uprimny 2011, p. 1601).

El ECI implica un quiebre respecto de la concepción tradicional de la separación de poderes, que defiende una actitud pasiva de parte de los órganos judiciales cuando aplican la Constitución. Está amparado en una actitud política de la Corte frente a la necesidad de que el Derecho sirva al propósito de mejorar las condiciones de vida de las poblaciones más desventajadas del país, lo que implica que la judicatura constitucional lidere una voz institucional frente a la desatención legislativa (Ariza, 2013, p. 131). Gargarella (2013) sostiene que la concepción «estricta» de la separación de poderes que rechaza cualquier clase de interferencia entre una y otra rama del poder fue abandonada hace mucho para ser reemplazada por un sistema de pesos y contrapesos. Por ello, anota que el debate debe centrarse en las modalidades, alcance y los límites de la intervención (p. 280-281).

Durante muchos años los derechos, principalmente sociales, no fueron implementados por los gobiernos, y la judicatura mostró oposición a su judicialización (Gargarella, 2011, p. 1539); así es posible constatar que han existido «cláusulas inactivas» en la Constitución (Gargarella,

2011, p. 1551). No obstante, en las últimas décadas se ha dado un fortalecimiento de la judicatura con miras a la protección y garantía de los derechos humanos y para el control de los posibles actos arbitrarios del poder político, que es parte del proceso contemporáneo del constitucionalismo colombiano y de la región. Este proceso ha rediseñado el sistema político para lograr un mejor balance entre las instituciones de gobierno (Uprimny, 2011, pp. 1596 - 1597).

El ECI se ancla en una concepción de democracia basada en la deliberación pública y el control horizontal entre los órganos del poder público. En ese modelo, por lo tanto, el ECI no erosiona la democracia, sino que la fortalece (Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 38). De igual modo, pueden identificarse tres concepciones de democracia: una vinculada a la idea rousseauiana que exige la no intervención judicial, pues se requiere un «gobierno por el pueblo y para el pueblo» y no el gobierno de una élite judicial; otra de raíz hamiltoniana o pluralista que decanta que la misión de la judicatura es salvaguardar la Constitución sin reemplazar la voluntad del pueblo; y una concepción de la democracia deliberativa que sostiene que las decisiones públicas deben adoptarse en un marco de debate colectivo con la intervención de todas las partes potencialmente afectadas (Gargarella, 2013, pp. 282 - 285). En este último concepto, el ECI tiene plena cabida.

Se parte de que una situación de bloqueo institucional que compromete derechos constitucionales por la ausencia de políticas públicas o la deficiencia en las mismas no es propia de una democracia que se precie de ser tal, por lo que la judicatura puede intervenir para coadyuvar a un funcionamiento apropiado del Estado que proteja derechos (Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 38). Esto se enmarca en un constitucionalismo aspiracional y transformador con una importante matriz igualitaria, con el reto de profundizar la democracia en un contexto de exclusión de índole diversa (Uprimny, 2011, p. 1600).

Las críticas contra la intervención judicial activa que está en la base del ECI se concentran en su origen no democrático, que menoscabaría la legitimidad derivada de la voluntad popular al no tener sujeción a control alguno de la ciudadanía. A esto se suma una alegada afectación del proceso de debate público y de la movilización social como los canales para la toma de decisiones públicas (Gargarella, 2013, pp. 279 - 280; Rodríguez y Rodríguez, 2010, p. 17, pp. 34 - 35, pp. 37 - 39; 2015, 227 - 228). Sobre esto se contraargumenta que «la transparencia y la responsabilidad gubernamentales no pueden garantizarse solo mediante mecanismos electorales»; en este sentido, la rendición de cuentas democrática no solo consiste en el control electoral, de los medios de comunicación y otros actores/as de la sociedad civil (rendición vertical), sino que debe considerarse un control entre instituciones estatales (rendición horizontal) en la que la judicatura es un agente principal respecto de los poderes ejecutivo y legislativo (Rodríguez y Rodríguez, 2010, pp. 35 - 37; 2015, pp. 229 - 230).

Asimismo, se ha señalado que la judicatura no cuenta con herramientas para desarrollar e implementar políticas apropiadas de reformas sociales debido a su falta de visión para la planificación a largo plazo, información técnica y poder coercitivo (Gargarella, 2013, p. 279; Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 228). Sobre esto se contraargumenta que en el modelo dialógico —que, como se verá, plantea el ECI— la capacidad necesaria no es la de diseñar y/o ejecutar políticas públicas, sino de moderar y dar impulso al proceso de solución reforzando una actitud colaborativa de las partes y creando un espacio público de comunicación para facilitar el flujo de la información y potenciar la intervención amplia de actores/as (Rodríguez y Rodríguez, 2010, pp. 52 - 57; 2015, pp. 233 - 234). Céspedes (2011) precisa en esa línea que la Corte Constitucional de Colombia, en los casos estructurales como los de estado de cosas inconstitucional, ejerce un «activismo prudente» porque la Corte no trata de resolver el problema, sino que

facilita que las entidades competentes asuman su responsabilidad respetando competencias asignadas y las restricciones presupuestarias (p. 1704). Gargarella (2013) señala que el ECI se enmarca en una concepción de «justicia dialógica» (pp. 291 - 292).

2.1. Un balance de la jurisprudencia constitucional colombiana.

En una primera fase de la jurisprudencia, la Corte Constitucional delineó los requisitos para la declaración de existencia y superación de un ECI, pero esta tarea solo se completó con claridad con la sentencia T-025/2004, la última de su género (Rodríguez, 2009, p. 442). El ECI es una figura, por tanto, que ha tenido un desarrollo jurisprudencial gradual, no exento de inconsistencias: no todos los casos de ECI en Colombia cumplen las características esbozadas por la jurisprudencia y revisados por la doctrina y, además, existen casos en que a pesar de cumplirlas la Corte no ha declarado ECI (Rodríguez, 2009, pp. 437 - 447).

Dos son las sentencias especialmente relevantes para la definición de la figura. En la SU-090/2000 la Corte agrupó en dos los requisitos básicos del estado de cosas inconstitucional: (1) que se presente una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas –que pueden recurrir a la tutela para defender sus derechos, congestionando consecuentemente los despachos judiciales– y (2) que la causa de la vulneración de derechos no sea imputable solo a una entidad demandada, sino que hayan detrás factores estructurales. Ambas características pueden ser identificadas como condiciones de resultado y de proceso, respectivamente. En la T-025/2004, la Corte tomó como punto de partida ambos criterios y los dividió en cinco situaciones indicativas presentes en la jurisprudencia previa (Rodríguez, 2009, pp. 444 - 446). Se puede entender el conjunto de requisitos conforme la siguiente tabla:

Tabla I

Condiciones de proceso y resultado para la declaratoria de ECI

Condición de proceso: fallas estructurales	Condición de resultado: violación masiva y reiterada de derechos	SU-090 de 2000
Prolongada omisión de autoridades competentes	Presentación masiva de tutelas	T-025 de 2004
Adopción de prácticas inconstitucionales		
Ausencia de medidas legislativas, administrativas o presupuestales		
Necesidad de intervención de varias entidades en acciones conjuntas y coordinadas que demandan un esfuerzo presupuestal importante		

Nota: Adaptado de “Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional”, por C. Rodríguez Garavito (Ed.), 2009, Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia, pp. 434 - 492.

En la medida en que se defiende la excepcionalidad de la declaración de estado de cosas inconstitucional, ambas condiciones y todos los indicadores esbozados deben estar presentes en el caso bajo análisis. Como contraparte, si en un caso se encuentran presentes las condiciones e indicadores entonces debería darse una declaración de ECI para conservar la coherencia argumentativa (Rodríguez, 2009, pp. 446 - 447)³.

Una nota adicional es desarrollada en la jurisprudencia como parte de la fundamentación de la figura. Para aquellos casos en que las vulneraciones de derechos obedecían a un conjunto amplio de personas, como se mencionó en la primera sentencia de ECI, la SU-559 de 1997, la Corte Constitucional recurrió previamente a dos instituciones procesales en el trámite de las acciones de tutela: la *acumulación de procesos* (lo que permite abordar en una misma sentencia varias acciones de tutela que presentan supuestos fácticos similares) y la *reiteración de jurisprudencia* (por la que se aplica a un caso la regla establecida en uno precedente en el que ya se había estudiado el problema jurídico planteado), pero ambas figuras implican la presentación de demandas, y solo permitían estudiar los hechos particulares expuestos por las partes del proceso; además, no justificaban la ampliación de los efectos del fallo a otras personas que no hubieran presentado demandas, ni permitían emitir órdenes complejas (Tolé, 2006, p. 302; Rivera, 2012, pp. 66 - 67). Frente a eso se creó la figura del estado de cosas inconstitucional para situaciones de vulneración de derechos fundamentales con carácter general (en tanto afectan a una multitud/pluralidad de personas), pero en la que las causas de los problemas son de naturaleza estructural (porque la vulneración no se origina de manera exclusiva en la autoridad demandada, sino que la solución exige la acción mancomunada de distintas entidades estatales) (Tolé, 2006, pp. 302 - 303; Rivera, 2012, p. 66).

A la luz de las sentencias revisadas y de la doctrina especializada, se anotan algunos rasgos del estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia colombiana:

2.1.1. La vulneración masiva, generalizada y grave de derechos constitucionales.

La vulneración masiva y generalizada de derechos son rasgos esenciales del ECI a lo largo de todo su desarrollo jurisprudencial. Vulneración *masiva* en tanto se afecta a una multitud de personas. Vulneración *generalizada* no solo porque afecta a un número significativo de personas, sino porque se trata de acciones u omisiones que se repiten^{4 5}, lo que concurre con la *gravedad* de la

3 Rodríguez defiende la excepcionalidad de la figura por tres razones. La primera es que la figura implica una alta intervención de la Corte en procesos de políticas públicas que involucran al Ejecutivo y al Congreso, con lo que conviene tener presente los argumentos de separación de poderes. La segunda razón es que la Corte Constitucional tiene capacidades limitadas para hacer de forma paralela un seguimiento adecuado de las declaraciones de ECI, y esta labor es indispensable para asegurar su efectividad. La última razón es que cada ECI tiene un costo político para la Corte que merma su capital y lo desgasta en la medida de que no se logre la superación del ECI: se instalaría razonablemente la imagen de la Corte como una institución también ineficaz (2009: 438-439).

4 Los indicadores de prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos, adopción de prácticas inconstitucionales, y no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos, criterios esbozados en la sentencia T-025/2004, tienen como correlato la reiteración en la violación de los derechos.

5 Sobre la violación generalizada de derechos Naupari señala, siguiendo las reflexiones del colombiano Luis Carlos Alzate Ríos, que «no basta que el acto lesivo se concrete en un solo acto, sino que se requiere para la configuración de un conjunto de hechos, acciones u omisiones» y que la declaración de ECI «se produce ante una vulneración constata de derechos fundamentales por parte de la autoridad o por una deficiencia o inactividad de políticas públicas que resulta lesiva de derechos fundamentales» (2009: 341-342). Analizando los requisitos enumerados por la Corte en la sentencia T-025 de

vulneración de derechos, característica a la que se hace referencia dispersa en la jurisprudencia. Aquí se enfatiza en la dimensión y extensión del daño a los derechos (Ariza, 2013, p. 142).

2.1.2. Protección de todos los derechos.

El ECI protege todos los derechos, tanto los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) como los clásicos civiles y políticos. Ha sido declarado para proteger DESC como la protección de los derechos de los/as pensionistas, la salud de la población carcelaria, o los derechos básicos de la población desplazada. También se ha declarado para proteger derechos civiles y políticos, como la vida de los/as defensores/as de derechos humanos o la tutela del derecho a la igualdad de los aspirantes a la carrera notarial. No obstante, un sector de la doctrina asocia la figura únicamente con la protección de los DESC (Ariza, 2013, p. 130, pp. 135 - 144).

2.1.3. Existe una falencia estructural de modo que la resolución del problema 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.

Este es en la jurisprudencia, junto con la vulneración de derechos de múltiples personas, el otro rasgo esencial en las declaraciones de ECI: se presupone una problemática estructural estatal, un bloqueo institucional frente al que la Corte toma funciones de creación de política pública, colocación de recursos e implementación de derechos que en un modelo convencional de poderes pertenece al Poder Legislativo (Ariza, 2013, p. 129). El bloqueo puede surgir de la falta de coordinaciones burocráticas generales, incapacidad de los organismos estatales entendida como recursos y experiencia técnica, o puede provenir también de la presión de grupos de poder que dirigen el proceso público en perjuicio de los intereses de ciertos sectores de la sociedad (Rodríguez y Rodríguez, 2015, pp. 230 - 231). Se trata de barreras institucionales o ineficiencia estatal (Ariza, 2013, p. 144).

No se trata de la violación de derechos fundamentales como producto de acciones individuales, sino del mal funcionamiento del Estado en su conjunto, el mismo que es estructural e histórico de forma que requiere medidas de envergadura estructural (Ariza, 2013, p. 142).

No obstante, como se indicó previamente, existen fallos de tutela que no son de ECI y que, sin embargo, ordenan «la adopción de políticas públicas, planes o políticas que están llamados a beneficiar a un número plural de personas diferentes» de quienes accionan. En estos casos «se trata de fallos en los que se ordena adoptar, diseñar y ejecutar una política pública, programa o plan de acción», «las órdenes que se emiten se dirigen a autoridades privadas o públicas», se «otorga un plazo a la autoridad a la que le corresponda acatar lo ordenado» y «la Corte establece cuál es la finalidad que debe satisfacer la política, plan o programa que se ordena diseñar, sin señalar específicamente los medios que se deban seguir para alcanzarla», pues esa elección se suele dejar a las autoridades encargadas de cumplir dicha orden (Rivera, 2012, pp., 57 - 65). Por ejemplo, respecto de la sentencia T-760/2008 sobre política pública de atención en salud por fallas de regulación y de funcionamiento del sistema, en la que la Corte dictó órdenes y estableció un proceso de seguimiento, considera que debió ser declarado un estado de cosas Inconstitucional. Las fallas estructurales del sistema de salud pública ocasionaron la «presentación de cien mil acciones de tutela anuales» en las que las personas solicitaban que se ordenase a los prestadores públicos y privados la entrega de servicios o medicamentos

2004, Naupari destaca también que el acto lesivo no es único y que, además, debe ser evidente y prolongado (2009: 345).

que les habían sido negados (Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 22). La sentencia T-760 de 2008 es considerada como un caso de litigio estructural en salud (Cano, 2015, pp. 114 - 115; Parra y Yamín, 2013, pp. 2591 - 2595, pp. 2645 - 2649; Gargarella, 2013, pp. 290 - 291).

Autores como Plazas señalan que debió ser una declaratoria de ECI; en el mismo sentido se pronuncia Rodríguez (2009) (p. 437, p. 447) y García (2011) (p. 94). Rivera (2012) destaca en extenso la relevancia de la sentencia comparándola con la importancia de la declaración de ECI en materia de desplazamiento forzado (pp. 93 - 104)⁶, lo mismo que Vargas (2011) que señala que ambos casos «se constituyen en una nueva modalidad de sentencias para proteger derechos fundamentales, y se han denominado “estructurales”, en cuanto el juez constitucional interviene de manera directa para la solución de problemas sociales que son de orden estructural» (p. 32). Cépeda (2011) subraya que en la sentencia se hizo énfasis no en un aspecto, sino en el sistema de salud en su conjunto; en esa medida la califica como una «decisión sectorial sistémica», en oposición a una «decisión intersectorial sistémica» como la de desplazamiento forzado (p. 1702). Tratándose de un problema estructural, puede concluirse con los autores citados que los hechos materia de análisis ameritaban bien una declaración de ECI que no se produjo, lo que revela una falla en la coherencia argumentativa de la Corte^{7 8}.

Tanto en las sentencias de ECI como en otras que sin serlo inciden en políticas públicas a partir de ciertas situaciones concretas que se demandan en tutelas, la Corte Constitucional ahonda para establecer las causas que generan la vulneración masiva de derechos. Una vez identificadas las fallas estructurales, la Corte dicta órdenes mediante las que se pretende que las autoridades estatales responsables adopten medidas para dar cumplimiento a las normas existentes o diseñar e implementar un programa que sirva para hacer frente a los problemas y que tengan un impacto presupuestal. Además, la Corte acompaña el proceso de cumplimiento de las órdenes impartidas (Rivera, 2012, pp. 104 - 106), al menos esa característica se ha consagrado en la última declaración.

2.1.4. La ECI presupone reiteración de un problema previamente diagnosticado y que hubiera sido materia de varias tutelas.

Este elemento está en relación con la generalización de la violación de derechos. Bonilla (2013) señala que se declara ECI cuando la Corte recibe un considerable número de tutelas sobre un tema que afecta a un considerable número de personas. El uso amplio de las tutelas es un indicador de que un sector estatal está violando derechos y, en atención a la eficiencia, la Corte acumula casos similares para resolver en una sola decisión (pp. 141 - 142). Por ello, se destaca también que la declaratoria del ECI no es inmediata, sino que se analiza el impacto de anteriores sentencias de tutela hasta que detecta un problema estructural. Este requisito se cumplió en todas las sentencias de ECI menos en la T-590/1998.

6 Juan Camilo Rivera cuenta con otro trabajo en el que analiza el control judicial de las políticas tomando como ejemplo empírico la sentencia T-760/2008 (Quinche y Rivera 2010).

7 Rodrigo Uprimny (2007) analiza varias sentencias constitucionales colombianas que considera ejemplos de cómo la Corte Constitucional ha intervenido en políticas a favor de poblaciones estigmatizadas y en políticas económicas para la protección de derechos sociales; no todas las sentencias son declaratorias de ECI, lo que refuerza la conclusión de que la Corte se ha pronunciado en casos estructurales, con las repercusiones asociadas a esto, sin declarar necesariamente Estado de Cosas Inconstitucional.

8 Sobre la incidencia de la acción de tutela en la implementación de políticas públicas: Castillo (2009).

2.1.5. La impartición de órdenes con cronogramas para el cumplimiento.

Para Aguilar, Bohorquez y Santamaría «en el estado de cosas inconstitucional la Corte, aprovechándose de la revisión de fallos de tutela, se arroga *nuevas facultades* que no están expresamente en el ordenamiento jurídico, con el ánimo de proteger los derechos fundamentales. Estos poderes se refieren especialmente a las órdenes impartidas a todas las autoridades estatales y a prevenir a todas las personas que habitan en Colombia para que se protejan los derechos vulnerados y en algunos casos a vigilar por sí misma el cumplimiento de tales mandatos» [cursivas nuestras] (2006)⁹.

En las sentencias de ECI, la Corte imparte:

[...] órdenes perentorias a las autoridades, con plazos precisos para su acatamiento, que complementa y/o desarrolla con autos para delimitar el alcance de sus mandatos y de las obligaciones de sus destinatarios. Órdenes que, bueno es advertirlo, si bien nominalmente son de una u otra índole, difieren en alto grado de las que usualmente caracterizan a las sentencias de tutela y a las llamadas sentencias unificadoras, porque no tienen un alcance individual sino que suelen ser de muy amplio contenido, hasta el punto de adquirir características propias de los actos que definen y orientan las políticas públicas (Plazas 2009, p. 245).

Este es uno de los aspectos de mayor debate en la figura. Por ejemplo, Plazas enfatiza a lo largo de su trabajo las suspicacias que suscitan las declaraciones del ECI y, aunque apoyando el desarrollo jurisprudencial, hace hincapié en la necesidad de «reparar en que esa función [la de velar por la eficacia de los derechos] no se puede traducir en el desplazamiento, así sea temporal o parcial, de otras ramas de poder público, porque se desquician sus alcances y se pierde su horizonte» (Plazas, 2009, p. 266). Para Ariza (2013), el contenido y la extensión de los remedios corresponden al Poder Legislativo en un sistema tradicional de separación de poderes, ya que implican el diseño de políticas públicas, reformas institucionales y disposición de recursos (p. 142). Cépeda (2011) señala que si bien la judicatura no puede reemplazar a la autoridad competente en diseño e implementación de políticas públicas, la Corte ordena que quien tenga dicha responsabilidad defina objetivos, desarrolle políticas y regulaciones y construya capacidad institucional, y lo hace apoyándose en una racionalidad basada en derechos (p. 1703).

Las órdenes dictadas por la Corte han evolucionado con el desarrollo de la figura. Cabe anotar que en la primera sentencia de ECI, la Corte se limitó a comunicar la sentencia a algunas autoridades concretas del Poder Ejecutivo para que un «tiempo razonable» adoptaran medidas. A partir de la tercera sentencia de ECI, y las siguientes referidas a tema carcelario, la Corte ha precisado sus órdenes y ha definido mejor el tiempo de ejecución de las mismas. No obstante, existe un quiebre en la sentencia T-025/2004 sobre desplazamiento forzado porque las órdenes dejaron de ser precisas para ser más bien generales con cargo a que fueran, efectivamente, precisadas durante el proceso de seguimiento de la sentencia. Cépeda (2011) destaca que las órdenes con regulación precisa han resultado obstáculos y por eso es preferible un régimen abierto en tanto la Corte no cuente con evidencia suficiente (p. 1704).

⁹ Sobre la función creadora de la Corte Constitucional puede revisarse el texto Clara Inés Vargas (2011); la autora da cuenta de que las sentencias innovadoras de esta instancia jurisdiccional también se dan en el marco del control de constitucionalidad.

2.1.6. El seguimiento de la sentencias.

La Corte, desde las primeras formulaciones del ECI, ha dispuesto de actuaciones de seguimiento con el objetivo de asegurar la efectividad de sus fallos (Rivera, 2012, p. 69). Si bien desde la primera sentencia de ECI se comunicó la misma a algunos órganos de control con fines de seguimiento, este aspecto ha sido perfeccionado gradualmente: en la segunda sentencia de ECI, la T-068 de 1998, se encargó el seguimiento a la Defensoría del Pueblo para que rindiera informe ante la Corte sobre la materia. Además, en la T-439/1998, como parte del seguimiento de la T-068 de 1998, pues se trataba del mismo tema, se pidió a la Procuraduría que investigara la conducta de quienes dieron lugar a una repetida violación de derechos. En la sentencia T-606, también de 1998, se explicitó por primera vez instancias precisas de vigilancia que incluían al juzgado de primera instancia, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, y se emitió una orden para los casos de desacato de la sentencia.

No obstante, no fue hasta la sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento forzado que la Corte dio un cambio jurisprudencial al asumir por sí misma la competencia posprovidencia con lo que se generó un proceso de seguimiento más integral que el de las sentencias anteriores que ha sido de carácter público y participativo: «la Corte parece haber pasado por un proceso de aprendizaje interno sobre cómo diseñar remedios y formas de seguimiento» (Rodríguez, 2009, p. 445). Rivera (2012) resalta que la facultad de seguimiento desde la propia Corte sigue el ejemplo de órganos de justicia de países como los Estados Unidos de Norteamérica, la India y Canadá que también se involucraron en la supervisión del cumplimiento de sus sentencias en tanto la ejecución de las mismas es gradual (p. 88).

En la sentencia T-025 de 2004, la Corte empleó tres mecanismos de supervisión: la *remisión periódica de informes* por parte de diferentes autoridades públicas, *los autos de seguimiento* que consisten en nuevos pronunciamientos judiciales por los que la Corte valora la información que recibe acerca del cumplimiento, y las *audiencias públicas* en las que funcionarios/as estatales rinden cuentas a la Corte de las gestiones realizadas y en las que participan organizaciones de sociedad civil, así como organismos internacionales y de cooperación internacional (Rivera, 2012, pp. 88 - 93). En este tipo de mecanismos de seguimiento se abre un diálogo entre los tribunales (que dictan la sentencia), los/as responsables competentes (encargados/as de cumplir las órdenes emitidas) y las personas afectadas (beneficiarias de las órdenes emitidas), diálogo que se produce incluso desde antes de la emisión de la sentencia y continúa durante su ejecución (Rivera, 2012, p. 70). Como se verá en el último apartado, existe evidencia de que el monitoreo es uno de los elementos centrales en la efectividad de las sentencias de ECI en Colombia y, por ello, la sentencia sobre desplazamiento forzado muestra mayor impacto.

2.1.7. Los fundamentos de la figura

La Corte ha formulado tres argumentos distintos para respaldar sus declaratorias de ECI. El primero, expresado desde la primera sentencia de ECI en 1997, ha sido el cumplimiento de un mandato constitucional de colaboración armónica entre los poderes públicos que se desprende del artículo 113 de la Constitución Colombiana¹⁰, lo que le autoriza a notificar a las autoridades competentes de la existencia de un estado de cosas violatorio de la misma. El segundo argumen-

10 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991. «Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines».

to, también presente en la primera sentencia de ECI de 1997, ha sido racionalizar el uso de la acción de tutela de forma que se eviten múltiples pronunciamientos sobre un mismo asunto que congestionan el sistema de justicia y para que se minimice la posibilidad de fallos contradictorios. Por último, el tercer argumento, esbozado por primera vez en la sentencia de ECI de 1998 sobre cárceles, ha sido el de proteger a minorías olvidadas que difícilmente tienen acceso a organismos políticos y respecto de las cuales se requiere una protección especial (Rivera, 2012, pp. 67-68).

3. El estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano¹¹

La figura del ECI tiene acogida en el Perú a imitación de la labor de la Corte Constitucional colombiana, también sin asidero normativo, como creación jurisprudencial (Naupari, 2009, pp. 340- 355). Al estudio del estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano se dedica este apartado.

3.1. Mirada comparativa entre el estado de cosas inconstitucional de la jurisprudencia peruana respecto de la jurisprudencia colombiana

El Tribunal Constitucional peruano ha declarado ECI a propósito de seis sentencias. Como se aprecia en el cuadro adjunto, a diferencia de las declaraciones de ECI por parte de la Corte Constitucional de Colombia, las declaraciones del Tribunal Constitucional no siguen en la mayor parte de los casos las mismas características:

A continuación, se detalla la información que se sintetiza en el cuadro precedente respecto de los mismos rasgos delineados para comentar la figura colombiana:

¹¹ Para la selección de las sentencias que se analizan en este apartado se ha hecho una búsqueda avanzada en los contenidos de la página web del Tribunal Constitucional peruano con los términos Estado de Cosas Inconstitucional y Estado de Cosas Inconstitucionales.

Tabla 2

Análisis de las sentencias declaratorias de ECI del Tribunal Constitucional peruano a la luz de los requisitos de la jurisprudencia colombiana

Casos / Características	Arellano Serquén	Yarlequé Torres	Express Cars S.C.R.L. e Importadora y Exportadora A.S.S.C.R.L.
1. La vulneración masiva, generalizada y grave de derechos constitucionales	±	☑	±
2. Protección de todos los derechos	☑	☑	☑
3. La resolución del problema 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	×	☑	×
4. El ECI presupone reiteración de un problema previamente diagnosticado y que hubiera sido materia de varias tutelas	☑	☑	×
5. La impartición de órdenes con cronogramas para el cumplimiento	☑	±	±
6. El seguimiento de las sentencias	☑	×	×
7. Los fundamentos de la figura	Procesal (superar efectos interpartes y reducir demandas) Material (reforzar la dimensión objetiva de los ddf)	Procesal (superar efectos interpartes y reducir demandas) Material (reforzar la dimensión objetiva de los ddf)	Procesal (superar efectos interpartes y corregir la inconstitucionalidad de una norma)

Nota: Tabla elaborada con información de las sentencias del Tribunal Constitucional

ONP	Ley Universitaria ¹²	Marroquín Soto
☑	☑	±
☑	☑	☑
☑	☑	☑
☑	×	☑
☑	±	±
☑	×	☑
Procesal (superar efectos interpartes y reducir demandas) Material (resolver un problema complejo y reforzar la dimensión objetiva de los dfff)	Material (resolver un problema complejo)	Procesal (superar efectos interpartes y reducir demandas) Material (resolver un problema complejo y reforzar la dimensión objetiva de los dfff)

¹² En la sentencia sobre la Ley Universitaria en los Expedientes N° 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC, de 10 de noviembre de 2015, se hizo referencia al Estado de Cosas Inconstitucional declarado previamente sin desarrollo de la figura.

3.1.1. La vulneración masiva, generalizada y grave de varios derechos constitucionales.

Como se ha señalado, en el caso colombiano, la vulneración masiva alude a una afectación a una multitud de personas y es un elemento central en las declaraciones de ECI por parte de la Corte Constitucional. En los casos relativos a pagos de beneficios a docentes (Arellano Serquén), determinación de pensiones (Yarlequé Torres) y el de la mala calidad en la educación universitaria (Ley Universitaria), este rasgo se aprecia de forma clara, pues se trata de afectaciones a grupos amplios de personas. No obstante, puede cuestionarse si en los otros casos, como los de los participantes en procesos de selección ante el CNM, las empresas afectadas por el régimen de percepciones y las personas con enfermedades mentales reclusas en penales, se trata de vulneraciones masivas en estricto.

Cavalié (2010), sin referirse a una violación masiva, sostiene que en el ECI peruano se requiere como presupuesto objetivo que se afecte uno o varios derechos en un universo determinado o determinable de personas, y señala que el requisito se cumple tanto en los casos Arellano Serquén como Yarlequé Torres, pues «si bien [el Tribunal] no enumeraba exactamente quienes eran los afectados, los elementos objetivos del caso permitían concluir que dicha situación podía afectar o afectaba a un grupo de personas» (p. 69).

Respecto al elemento de violación generalizada, que más allá de la multiplicidad de afectadas/os se entiende en Colombia como de acciones u omisiones que se repiten, que son constantes, en la primera sentencia de ECI —como se ha señalado— el Tribunal Constitucional peruano señaló que este podía declararse ante actos individuales en los que mediara una interpretación inadmisibles en términos constitucionales por parte de un órgano público de una norma, sea ley o reglamento (sentencia en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, numeral 19). Naupari (2009) señala por eso que «en el Perú existe una mayor apertura para su establecimiento [el del ECI], ello por dos motivos: (i) es plausible que un único acto —y no así un conjunto de ello[s]— determine la existencia de un estado de cosas inconstitucionales; (ii) no es necesario que se produzca una vulneración “masiva” de derechos fundamentales, y que basta que la lesión del derecho fundamental de una persona individual se produzca en virtud de una interpretación errónea e inconstitucionalmente inadmisibles, para que se puede declarar legítimamente el estado de cosas inconstitucional» (pp. 350 - 351). Esto abonaría a señalar que el requisito de afectación masiva y repetida de los derechos, presente en la jurisprudencia colombiana, no se sigue necesariamente en nuestro país.

La gravedad de la violación de derechos no es un elemento al que se haya hecho especial mención en la jurisprudencia peruana.

3.1.2. Protección de todos los derechos.

En el Perú se han garantizado por medio del ECI tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos sociales y culturales: los derechos de acceso a la información, el derecho a la seguridad social, el derecho a la educación universitaria de calidad y el derecho a la integridad personal y a la salud mental.

También se ha hecho referencia a la vigencia y defensa del sistema de fuentes en relación a los procesos de cumplimiento en que se declaró estado de cosas inconstitucional y, asimismo, al principio de reserva de ley en materia tributaria por el ECI relacionado a la inconstitucionalidad por vicios formales de una norma. Esto es una diferencia respecto de la jurisprudencia colombiana dado que allí el ECI está ligado íntimamente a la defensa de derechos considerados fundamentales.

3.1.3. Existe una falencia estructural de modo que la resolución del problema 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.

Este, como se ha señalado, es el segundo elemento central en la declaratoria de ECI en la jurisprudencia colombiana, pero en el Perú no se ha cumplido en todos los casos. En el caso Arellano Serquén y en el de las empresas Express Cars S.C.R.L. e Importadora y Exportadora A.S. S.C.R.L., se requería la intervención de una sola instancia pública y el problema se resolvía con una aplicación distinta de la ley y la emisión de una nueva norma legal sin los vicios de la precedente, respectivamente. No existiría la complejidad asociada al ECI del caso colombiano. Solo en los otros cuatro casos existiría un problema que puede calificarse de carácter estructural, puesto que la solución exigiría la acción mancomunada y coordinada de distintas entidades estatales, con un desembolso presupuestal asociado.

3.1.4. El ECI presupone reiteración de un problema previamente diagnosticado y que hubiera sido materia de varias tutelas.

Esta característica no se cumple, sino solo en las declaratorias de ECI de los casos Arellano Serquén, Yarlequé Torres, ONP y Marroquín Soto, cuatro de las seis circunstancias en las que se ha declarado un ECI en el Perú. Los otros dos casos, ligados a la inconstitucionalidad de normas, no tenían pronunciamientos previos. En Colombia, como se anotó en el capítulo previo, solo en el caso de los/as defensores/as de derechos humanos (sentencia T-590/1998) se declaró ECI sin que hubieran tutelas previas sobre la materia.

Asimismo, se ha señalado que en Colombia es un rasgo del ECI la omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos. No obstante, mientras que en ese país se trata de negligencia y omisión de los entes estatales en el cumplimiento de sus funciones establecidas, en el Perú también se ha incluido los supuestos de incorrecta interpretación de las normas para casos individuales.

3.1.5. La impartición de órdenes.

Solo en dos sentencias peruanas declaratorias de ECI se han dictado órdenes precisas (casos ONP y Ley Universitaria). En los demás casos se han dado órdenes de carácter general, tanto para el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial y los órganos constitucionales autónomos, sin plazos exactos. No solo se han emitido órdenes sino exhortaciones, que tienen el carácter de recomendaciones también generales y no inquisitivas.

Naupari (2009), comentando la sentencia en el caso Arellano Serquén, hace énfasis en la mención a un «plazo razonable» que se anota para que los órganos públicos realicen o dejen de realizar la acción u omisión violatoria de derechos. En su opinión, el propio TC debe establecer «un plazo específico para que los poderes públicos corrijan su accionar considerado como inconstitucional y no deje al juez [o jueza] de ejecución del caso en que se produjo la declaratoria de estado de cosas inconstitucional, la labor de interpretar qué debe entenderse [...], ya que ello generaría una situación de incertidumbre jurídica respecto de los derechos fundamentales tanto del demandante como de aquellos que se encuentran en una situación análoga» (p. 351). Esto en atención de que «si bien el "estado de cosas inconstitucional" pretende atender fundamentalmente a la dimensión objetiva del derecho

constitucional lesionado, ello no puede suponer en modo alguno un desconocimiento de que el amparo tiene por finalidad tutelar la dimensión subjetiva del mismo» (p. 352).

3.1.6. El seguimiento de la sentencia.

Solo en tres casos –Arellano Serquén, ONP y Marroquín Soto– se ha mencionado expresamente instancias de seguimiento: en la primera fue el juzgado de primera instancia y, en las otras dos, la Defensoría del Pueblo quienes debían rendir informes ante el Tribunal. No existe en la página web de la Defensoría del Pueblo información que dé cuenta de que se hayan elaborado los informes solicitados por el Tribunal¹². El seguimiento del cumplimiento de las órdenes es uno de los aspectos que está pendiente de perfeccionamiento en la jurisprudencia nacional (Vásquez 2010: 147).

3.1.7. Los fundamentos de la figura.

Como puede apreciarse de las sentencias reseñadas, el Tribunal Constitucional peruano ha declarado el ECI en base a tres principales justificaciones:

- a) Trascender los alcances *inter partes* de las sentencias en los procesos constitucionales. En cinco de las seis sentencias analizadas (todas menos el caso ONP), la justificación de la declaración del estado de cosas inconstitucional estuvo ligada a la modulación de los efectos de la sentencias y a la necesidad de evitar nuevas demandas semejantes.
- b) Reforzar el *reconocimiento y la vigencia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales*. En cuatro de las sentencias, se ha mencionado la importancia de este aspecto (Arellano Serquén, Yarlequé Torres, ONP y Marroquín Soto).
- c) Resolver *problemas complejos*. Solo en los tres últimos casos (ONP, Ley Universitaria y Marroquín Soto) se ha mencionado la complejidad de los problemas que se abordan, rasgo que es esencial en el ECI de la jurisprudencia colombiana.

3.2. Un balance sobre el estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia constitucional peruana.

Una mirada comparada entre el caso colombiano y el peruano es posible gracias a que el Tribunal del Perú ha decidido adoptar esta construcción. Nuestros países comparten en lo sustancial un contexto semejante: son democracias en proceso de consolidación, con importantes niveles de desigualdad, con historias marcadas por violencia y con alta diversidad cultural. No obstante, es evidente que la Corte de Colombia ha tenido un significativo rol para hacer realidad los derechos reconocidos en su Constitución, un papel que la Corte peruana aún no ha tenido en la misma medida (Bonilla, 2013, pp. 26 - 29).

El empleo de la declaración de ECI por el Tribunal Constitucional peruano tiene características particulares. Como nota inicial se anota que no en todos los casos en que se ha mencionado la categoría se ha hecho una declaración de la misma en realidad: nuestro Tribunal ha hecho uso de la expresión «estado de cosas inconstitucional» en ocasiones exclusivamente para nombrar situaciones de incumplimiento de sentencias constitucionales¹³,

12 Los informes elaborados por la Defensoría del Pueblo están disponibles en su página web <<http://www.defensoria.gob.pe/informes-publicaciones.php>>. Consulta: 29 de abril de 2013.

13 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Resolución en el Expediente N° 00710-2004-AC/TC, de fecha 19 de agosto de 2004, fundamento 5; y Resolución en el Expediente N° 02376-2003-AC/TC, de fecha 13 de julio de

la vigencia de una norma legal inconstitucional¹⁴ y la omisión del cumplimiento de normas legales¹⁵, con ocasión de la modulación de estos *inter partes*¹⁶, como una herramienta para la ejecución de sentencias constitucionales y la represión de actos homogéneos¹⁷, y a propósito de la procedencia de las demandas¹⁸. En última instancia, se ha declarado estado de cosas inconstitucional ante resoluciones judiciales que contradicen una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹.

Entrando al análisis de fondo, mientras que en Colombia dos son las condiciones esenciales de la figura –a saber, que la vulneración de derechos fundamentales sea de carácter general (en tanto afecta a una multitud de personas) y el que las causas de los problemas sean de naturaleza estructural (porque la vulneración no se origina de manera exclusiva en la autoridad demandada, sino que la solución exige la acción mancomunada de distintas entidades estatales)– en el Perú la utilidad de la figura del ECI se ha enfocado en la modulación de los efectos de sentencia, lo que se aprecia no solo en las sentencias en que se ha declarado la misma, sino en las otras en las que se han precisado sus alcances²⁰. Este recorte de la dimensión de la figura implica una restricción de sus potencialidades, pues el acento no se pone en la posibilidad de intervención judicial en la solución de problemas sociales estructurales, sino en la persecución de la descongestión de la carga de la jurisdicción constitucional que se diagnostica como un problema²¹.

2004, fundamento 4.

- 14 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 08353-2006-HC/TC, de fecha 9 de abril de 2007, fundamento 5
- 15 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 00033-2010-PI/TC, de fecha 10 de abril de 2012
- 16 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 04878-2008-PA/TC, de fecha 20 de marzo de 2009, fundamentos 15-16 y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 05287-2008-PA/TC, de fecha 4 de septiembre de 2009, fundamento 12. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Resolución de aclaración en el Expediente N° 00006-2008-PI/TC, de fecha 25 de septiembre de 2008. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Resolución de aclaración en el Expediente N° 00006-2008-PI/TC, de fecha 25 de septiembre de 2008, fundamento 4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Resolución de aclaración en el Expediente N° 00006-2008-PI/TC, de fecha 25 de septiembre de 2008. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Resolución de aclaración en el Expediente N° 05761-2009-PHC/TC, de fecha 2 de junio de 2010.
- 17 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 04119-2005-PA/TC, de fecha 29 de agosto de 2005. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 04878-2008-PA/TC, de fecha 20 de marzo de 2009, fundamentos 17, 25, 34 y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 05287-2008-PA/TC, de fecha 4 de septiembre de 2009, fundamentos 19 y 21.
- 18 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 03116-2009-PA/TC, de fecha 10 de agosto de 2009.
- 19 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 01722-2011-PA/TC, de fecha 11 de julio de 2013.
- 20 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 04878-2008-PA/TC, de fecha 20 de marzo de 2009, fundamentos 15-17; sentencia en el Expediente N° 05287-2008-PA/TC, de fecha 4 de septiembre de 2009, fundamento 12; y sentencia en el Expediente N° 04611-2007-PA/TC, de fecha 9 de abril de 2010, fundamento 23. En ninguna de estas se declaró ECI, pero el Tribunal desarrolla el alcance de la figura.
- 21 Esto se menciona expresamente en las sentencias de los casos Arellano Serquén (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, de fecha 6 de abril de 2004, fundamento 18) y Yarlequé Torres (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 03149-2004-AC/TC, de fecha 20 de enero de 2005, fundamento 6). Inciden en la importancia de evitar la reiteración de demandas la Resolución de aclaración en el Expediente N° 00006-2008-PI/TC, de fecha 25 de septiembre de 2008, fundamento 5; la Sentencia en el Expediente N° 04878-2008-PA/TC, de fecha 20 de marzo de 2009, fundamento 25; y la Sentencia en el Expediente N° 05287-2008-PA/TC, de fecha 4 de septiembre de 2009, fundamento 19.

El Tribunal Constitucional peruano solo reconoce dos tipos de efectos en la sentencias: *inter partes* y *erga omnes*²² y en esa dicotomía el ECI se delinea como única alternativa para hacer una excepción a los efectos *inter partes* propios de los procesos constitucionales de libertad. No obstante, existe diversidad de supuestos cuya atención trasciende a lo individual, y que van más allá de bienes de carácter colectivo. Hay causas de titularidad individual cuyo ejercicio implica aspectos colectivos, u omisiones o actos que tienen alcance individual y colectivo, y que requieren remedios de este último tipo. Para casos como estos se requiere de instrumentos procesales e intervenciones judiciales acordes con la titularidad de los derechos, los alcances de la afectación o los alcances del remedio (CELS 2008, pp. 33 - 34).

En la jurisprudencia colombiana se reconocen por lo menos tres clases de fallos modulados de tutela (Rivera, 2012, p. 40; Botero, 2009, pp. 149 - 151). Se hace mención a las sentencias con efectos *inter pares*, en las que la Corte Constitucional dirige una orden a jueces y juezas, de primera y segunda instancia en las acciones de tutela, para que apliquen la misma solución decretada por esta instancia cuando se esté ante casos semejantes. Se han emitido estas sentencias para que no se aplique una norma considerada inconstitucional y para que se dé cumplimiento a un precedente, declarando la nulidad de los actos ejecutados sin seguir sus preceptos (Rivera, 2012, pp. 41-43; Botero, 2009, p. 149; Amado, 2009, p. 125). Además, la Corte Constitucional ha delineado sentencias con efectos *inter comunis* que «abarcan a personas que no han sido parte en el proceso pero que se encuentran en una situación fáctica análoga a la de quienes sí ejercieron este mecanismo» (Rivera, 2012, p. 45); al grupo se le ha vulnerado el mismo derecho, en condiciones similares, como consecuencia de un mismo hecho generador; ocasionado por la misma parte demandada respecto de la cual se tienen las mismas pretensiones (Rivera 2012, p. 46; Botero, 2009, pp. 149-150; Amado, 2009, p. 126). Existen casos en que los efectos se han extendido a grupos de personas, pero la sentencia no ha explicitado los alcances *inter comunis* (Rivera, 2012, pp. 47 - 50). En ninguno de estos casos —sentencias *inter pares* e *inter comunis*— es un elemento la complejidad de las órdenes dirigidas a distintas autoridades que distingue al estado de cosas inconstitucional, el tercer tipo de sentencias que se reconocen en Colombia, empleadas más bien para casos difíciles en los que se enfrentan problemas complejos. Por eso, la Corte Constitucional, a diferencia del Tribunal Constitucional peruano, no declara ECI solo en función de la modulación de los efectos de la sentencia, sino que la pertinencia de la figura se evalúa en la calificación estructural del problema que lo motiva, pues para la sola extensión de efectos a otras personas no intervinientes en el proceso existen otras alternativas.

Aspecto importante en la justificación del ECI en el Perú es la determinación de su relación con la doctrina constitucional (artículo VI del Código Procesal Constitucional), y el precedente constitucional (artículo VII del Código Procesal Constitucional).

En las sentencias de los casos Yarlequé Torres²³, ONP²⁴ y Marroquín Soto²⁵ se relacionó la expansión de los efectos con la vinculatoriedad de las interpretaciones del Tribunal según

22 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Resolución de aclaración en el Expediente N° 05761-2009-PHC/TC, de fecha 2 de junio de 2010, fundamento 11.

23 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 03149-2004-AC/TC, de fecha 20 de enero de 2005, fundamento 14.

24 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 05561-2007-PA/TC, de fecha 24 de marzo de 2010, fundamento 37.

25 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 03426-2008-PHC/TC, de fecha 26 de agosto de 2010, fundamento 32.

lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional²⁶. Este artículo recoge lo que se ha denominado doctrina o jurisprudencia constitucional (Abad, 2008, p. 655) que incluye las interpretaciones de la Constitución realizadas por el Tribunal en todos los procesos, las interpretaciones de las leyes en el marco de los procesos de control de constitucionalidad y las proscripciones interpretativas de las leyes²⁷.

No obstante, en otra oportunidad el Tribunal ha relacionado el ECI con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional²⁸. Así ha señalado:

b) El estado de cosas inconstitucional

59. El Tribunal Constitucional ha recurrido a esta directiva para dejar sentada una decisión con alcances generales cuando se ha verificado una práctica de renuencia sistemática y reiterada, que constituye una situación o comportamiento contrario a la Constitución (STC N.º 3149-2004-AC/TC), y que debe ser erradicado a fin de evitar una sistemática vulneración de los derechos fundamentales de un sector de la población. *Para ello, el Tribunal Constitucional debe establecer, además, que el sustento del precitado estado, así como los fundamentos que permiten su superación, constituyan precedente vinculante, conforme lo dispone el artículo VII del Título Preliminar del CPC [las cursivas son nuestras]*²⁹.

Úrsula Indacochea (2010) pone el acento en la necesidad de evaluar la conveniencia de adoptar el ECI en el Perú «como una forma distinta de extender los límites subjetivos de la sentencia constitucional, frente a otras técnicas alternativas que se encuentran reguladas y más desarrolladas en nuestro medio, como es el caso del precedente vinculante recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional» y señala que se debiera «establecer claramente en qué casos debiera proceder uno u otro mecanismo» (p. 85). Un precedente se emite en una sentencia con autoridad de cosa juzgada en la que el propio Tribunal indica de forma expresa y precisa la regla jurídica que, además de ser necesaria para resolver el caso concreto, tendrá efectos generales y que será parámetro normativo para resolver procesos futuros homólogos (Abad, 2008, pp. 658 - 660)³⁰.

En la sentencia referida, el Tribunal indica que para definir los alcances generales de la decisión se debe establecer que el sustento y los mandatos para la superación de la declaración de ECI son precedentes vinculantes; aspecto que, por demás, no se ha cumplido en ninguna de las seis declaratorias de ECI dictadas a la fecha en el Perú. En otra oportunidad posterior;

26 CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Artículo VI. Control Difuso e Interpretación Constitucional. "[...] Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional".

27 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 04853-2004-PA/TC, de fecha 19 de abril de 2007, fundamento 15. César Landa cita también como jurisprudencia en relación a la doctrina constitucional la Sentencia en el Expediente N° 0041-2004-PI/TC, fundamentos 33-34, pp. 95-96).

28 CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Artículo VII.- Precedente. «Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente».

29 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 04119-2005-PA/TC, de fecha 29 de agosto de 2005, fundamento 59.

30 Sobre el precedente constitucional vinculante, César Landa cita las Sentencias en el Expediente N° 3741-2004-PA/TC, fundamento 49 y en el Expediente N°0024-2003-PI/TC (2010: 86-90).

empero, ha señalado que tanto las sentencias que contienen precedentes vinculantes como las sentencias que declaran el estado de cosas inconstitucionales tienen efectos *erga omnes* equiparándolas:

11. Así, las sentencias constitucionales pueden tener los siguientes efectos personales: a) *El efecto general o erga omnes*: Que son en torno a los fallos del control abstracto de las normas sometidas a un proceso de inconstitucionalidad; o proceso competencial; esto es, se trata de aquellas sentencias que giran en torno a lo que, por razones pedagógicas se pueden calificar de sentencias que defienden la *parte orgánica de la Constitución*; aquí caben, aunque de suyo excepcionales, ubicar a las sentencias que contienen *precedentes vinculantes* y las sentencias que declaran el estado de cosas inconstitucionales [...]³¹.

En relación a la adjudicación de efectos *erga omnes* a la sentencia de ECI, el Tribunal ha precisado que solo puede tener lugar en los procesos de tutela de derechos y no en los procesos de inconstitucionalidad³². Pese a ello, en la sentencia en el Expediente N° 00017-2008-PI/TC de junio de 2010, el Tribunal Constitucional declaró estado de cosas inconstitucional de carácter estructural en el sistema educativo universitario, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad; para ello se basó tanto en la inconstitucionalidad de normas legales, que regulaban el sistema universitario, como en la situación de hecho referida a la calidad de la enseñanza (fundamentos 210 - 217).

En la jurisprudencia se ha asociado el ECI con la represión de los actos homogéneos, figura contemplada en artículo 60 del Código Procesal Constitucional³³. Esta es una nueva institución introducida por el Código que procede en los casos en que la parte vencedora en un proceso de amparo se ve nuevamente afectada en sus derechos fundamentales por actos similares a los que ya fueron objeto de pronunciamiento y siempre que los derechos afectados sean sustancialmente los mismos (Abad, 2008, pp. 247 - 249)³⁴. Naupari (2009), al preguntarse por el sustento del ECI, acogido con anterioridad a la vigencia del Código, señala que en el ámbito procesal el Tribunal parece haberlo asimilado parcialmente a la represión de actos homogéneos, posición con la que concuerda (pp. 352 - 354). Conforme a la jurisprudencia constitucional³⁵, pueden demandar la represión de actos lesivos homogéneos aquellas personas que, sin haber participado en el proceso, se encuentre en una situación igual a la considerada como

31 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Resolución de aclaración en el Expediente N° 05761-2009-PHC/TC, de fecha 2 de junio de 2010, fundamento 11.

32 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Resolución de aclaración en el Expediente N° 00006-2008-PI/TC, de fecha 25 de septiembre de 2008, fundamentos 4-6.

33 CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. 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».

34 César Landa cita la sentencia en el Expediente N° 05287-2008-PA/TC, fundamentos 2-29, como referente en materia de represión de actos homogéneos (2010: 263-283).

35 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 04878-2008-PA/TC, de fecha 20 de marzo de 2009, fundamentos 17, 25, 34 y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 05287-2008-PA/TC, de fecha 4 de septiembre de 2009, fundamentos 19 y 21.

un estado de cosas inconstitucional y que, por tanto, estén afectadas porque la situación vuelve a repetirse. Recuérdese que un presupuesto de la represión de los actos lesivos homogéneos es que la sentencia original se haya cumplido, pues de no haberse producido esto, entonces, la figura no procede, sino que deben aplicarse los mecanismos coercitivos previstos en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, como multas fijas o acumulativas e, incluso, disponer la destitución del responsable. El mismo Tribunal ha hecho en tres de las declaraciones de ECI (Arellano Serquén³⁶, Yarlequé Torres³⁷ y ONP³⁸) una mención explícita a que se disponga la apertura de un proceso penal por desacato si es que llegase a cualquier órgano de jurisdicción constitucional un caso análogo posterior a la declaratoria de estado de cosas inconstitucional.

La represión de actos homogéneos es una herramienta procesal para garantizar la obligatoriedad de las sentencias constitucionales y, en ese extremo, se le vincula con el ECI en la jurisprudencia. Se ha sostenido que «el trasfondo del estado de cosas inconstitucional es garantizar la ejecución correcta y oportuna de las sentencias constitucionales, esto es garantizar el derecho a la ejecución de sentencias, el mismo que es parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva» (Naupari, 2009, pp. 252-253). En dos de las seis sentencias en que se ha declarado ECI en el Perú a la fecha (Yarlequé Torres³⁹ y ONP⁴⁰), se ha hecho mención a la relación del ECI como medio o herramienta para reforzar el cumplimiento de las sentencias constitucionales, y esta relación se ha repetido en una de las sentencias accesorias en las que se desarrolla la figura⁴¹. Este uso de la técnica, también de índole procesal, refleja una problemática extendida en la jurisdicción constitucional peruana, para lo cual se acude instrumentalmente a la declaración de estado de cosas inconstitucional. Este uso de la figura presupone, además, que, contrario a la prédica de la jurisprudencia que relaciona la figura del ECI con la descongestión procesal, se entablará una nueva demanda.

Por último, cabe mencionar que el Tribunal ha hecho referencia al ECI en relación a los supuestos para ingresar al análisis de fondo de demandas que han sido rechazadas liminarmente de forma indebida⁴². Este extremo está en relación nuevamente con el cumplimiento de las sentencias constitucionales, pues se refiere a aquellos casos en los que se haya declarado previamente estado de cosas inconstitucional y, pese a esto, ante la presencia de una nueva demanda, el juez o jueza constitucional de instancia hubiera rechazado la demanda. Aquí también el Tribunal analiza la situación en la que, de forma posterior a la declaración de un ECI, pueda presentarse una demanda sobre la misma acción u omisión cuestionada previamente, lo que —como se ha mencionado— entra en conflicto con el objetivo de la declaración de estado de cosas inconstitucional destacado por el TC de que no

36 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, de fecha 6 de abril de 2004, fundamento 21.

37 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 03149-2004-AC/TC, de fecha 20 de enero de 2005, fundamento 15.

38 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 05561-2007-PA/TC, de fecha 24 de marzo de 2010, fundamento 38.

39 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 03149-2004-AC/TC, de fecha 20 de enero de 2005, fundamento 9.

40 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 05561-2007-PA/TC, de fecha 24 de marzo de 2010, mandato resolutorio 2.

41 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 04119-2005-PA/TC, de fecha 29 de agosto de 2005, fundamentos 58-59.

42 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 03116-2009-PA/TC, de fecha 10 de agosto de 2009, fundamento 3.

se interpongan nuevas demandas sobre las mismas violaciones de derechos para evitar la congestión judicial. El último caso de ECI en el Perú está íntimamente vinculado, ya que se declaró con ocasión del incumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por medio de resoluciones judiciales. El Tribunal señaló que el ECI ha permitido «procurar una mejor tutela en la restitución de [...] derechos» y que en el caso bajo análisis era necesaria su declaración «dada la connotación de las obligaciones internacionales que mantiene el Perú como país firmante de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos». Por ello, ordenó «anular los efectos de las resoluciones cuestionadas y ordenar al juez de ejecución que emita nueva resolución»⁴³.

4. El litigio estratégico de derecho público y el estado de cosas inconstitucional

4.1. Definición de litigio estratégico de derecho público.

El litigio estratégico de derecho público puede ser definido como «el reclamo judicial en la forma de acciones individuales o colectivas que buscan la transformación estructural de instituciones del Estado en pos del respeto de derechos y valores democráticos consagrados en la Constitución» (Bergallo, 2005, p. 1). Con esta forma de litigio se recurre a los tribunales «en búsqueda de nuevos espacios de participación de cambios sociales» (Bergallo, 2005, p. 1).

Tiene sus antecedentes en los Estados Unidos de Norteamérica. Concretamente sus antecedentes están en el litigio desarrollado por el movimiento por los derechos civiles que «revalorizó los remedios al estilo de las *injunctions* y dio forma a lo que se dio en llamar *structural injunctions* o la *civil rights injunction*» (Bergallo 2005, p. 5). «Como género del litigio constitucional, la reforma estructural tuvo su origen en la era de la Corte Warren de los años cincuenta y sesenta y en el extraordinario esfuerzo de llevar a la práctica la regla central del fallo *Brown v. Board of Education*», lo que «requirió que las cortes transformaran radicalmente el *statu quo* y emprendieran la reconstrucción de la realidad social» (Fiss, 2007, p. 23). No obstante que la práctica del litigio estructural tiene sus antecedentes en el derecho estadounidense, tiene plena vigencia en otros tribunales del *common law* como la Corte Suprema de India y la Corte Constitucional de Sudáfrica (Rodríguez, 2011, p. 1671; 2009, p. 436). Además, en América Latina se ha seguido la «tendencia internacional hacia el protagonismo de [la justicia constitucional] en la realización de derechos en casos estructurales», con un «neoconstitucionalismo progresista» que se ha acogido en países como Brasil, Costa Rica, Colombia y Argentina⁴⁴ (Rodríguez, 2011, pp. 1672-1673; 2009, p. 436).

Owen Fiss (2007) denomina esta forma de adjudicación como «modelo de reforma estructural», «forma de adjudicación caracterizada por la naturaleza constitucional de los valores públicos y [...] por el hecho de implicar un encuentro entre la judicatura y las burocracias estatales. El juez intenta que nuestros valores constitucionales cobren significado en el funcionamiento de estas organizaciones. Así, la reforma estructural confirma el carácter burocrático del Estado Moderno, mediante la adaptación de formas procedimentales a la nueva realidad social» (p. 23)⁴⁵.

43 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 01722-2011-PA/TC, de fecha 11 de julio de 2013, fundamento 33.

44 Un análisis detallado de la jurisprudencia argentina se encuentra en el trabajo de Paola Bergallo (2005: 10-20).

45 La adjudicación es para Owen Fiss (2007) el proceso judicial, «la actividad mediante la cual los valores contenidos en un texto jurídico dota de autoridad, tal como la Constitución, son provistos de significado concreto y expresión» (p. 78).

Este modelo de adjudicación se fundamenta en que el funcionamiento de las organizaciones a gran escala, y no solo los/as particulares, afectan de manera importante la calidad de la vida social, y presupone que los valores constitucionales no pueden ser asegurados a menos que se reforme la estructura de esas organizaciones (Fiss, 2007, p. 78). Por ello, en el juicio estructural, el juez o jueza «asume la tarea de reorganizar una organización pública a fin de eliminar la amenaza que los arreglos institucionales vigentes implican para valores de dimensión constitucional» (Fiss, 2007, p. 23, pp. 37-38).

La *reforma estructural*, acorde con el concepto de litigio estratégico, se define en oposición de un modelo que Fiss (2007) denomina como de *resolución de conflictos*, que representa el esquema tradicional de litigio. Para la evolución del modelo tradicional al nuevo se «requirió la revisión de conceptos procesales tradicionales relativos a la estructura de las partes, la expedición de nuevas normas para la regulación del comportamiento judicial y formas renovadas de enfocar la relación entre derechos y remedios» (p. 24). Las «innovaciones procedimentales» tuvieron la misión de responder a la necesidad de «enfrentar una nueva unidad del derecho constitucional: la burocracia estatal» (p. 25). Este autor describe la transformación atendiendo a varias variables (pp. 38 - 49) que se resumen a continuación:

Tabla 3

Caracterización de Owen Fiss de las diferencias entre modelos de adjudicación

	Modelo de resolución de conflictos	Modelo de reforma estructural
Centro del proceso	Daño individual	Condición social
Parte demandante	Víctima es individual Beneficiario/a = Víctima: individual	Víctima es grupo de personas que existen con independencia del proceso y comparten una situación de vulnerabilidad. Beneficiario/a no siempre es igual a la víctima y es grupal.
Parte demandada	Quien es demandado/a es quien causó el daño	En tanto el centro de la discusión son condiciones sociales y las dinámicas burocráticas que las ocasionan, desaparece la lógica del daño que presupone intención o voluntad.
Posición del órgano judicial	Declarar qué parte tiene razón Función pasiva	Resolver un problema complejo Función activa
Remedios	Etapas cortas El remedio está diseñado para corregir o prevenir un evento directo y la función judicial se agota con el fallo.	Etapas central y larga Implica una relación continua entre la justicia y la(s) institución(es) demandada(s) para la creación y diseño del remedio. La jurisdicción del tribunal dura tanto persista el problema. Ciclos sucesivos de remedios suplementarios en relación de supervisión de largo plazo.

Nota: Adaptado de *El derecho como razón pública*, por O. Fiss, 2007.

Para Fiss (2007), el modelo de resolución de conflictos se denomina tal porque los tribunales son concebidos como la institucionalización de una parte extraña que resuelve el litigio. En eso consiste, pues, la función judicial (p. 80). Él señala que este modelo presupone «un universo sociológicamente empobrecido que no da cuenta de los grupos sociales y de las instituciones burocráticas» (Fiss, 2007, p. 80). La estructura de las partes de este esquema refleja también «un sesgo individualista» (Fiss, 2007, p. 80): una visión triangular en la que el/la juez/a tiene una función pasiva. Implica, además, una unidad de funciones en las partes tanto demandantes como demandadas: «el demandante es, al mismo tiempo, víctima, beneficiario del remedio y portavoz. De manera similar, el demandado opera como causante del daño, soporta los gastos y las cargas derivadas del remedio y, también, es portador de sus propios intereses» (Fiss, 2007, p. 80). El modelo tradicional de adjudicación «privatiza los valores» que, en realidad, son públicos y presupone «que sin la intervención de los tribunales u otras agencias estatales la sociedad se encuentra en un estado de armonía natural» (Fiss, 2007, pp. 81 - 82). El objetivo del modelo consiste en «retornar a un estado de normalidad; por ello, el remedio es aislado y tiene corta duración, en tanto solo persigue el restablecimiento del mundo que existía previamente al conflicto» (Fiss, 2007, p. 83). Fiss agrega que este modelo «produce un aislamiento institucional de la judicatura porque los tribunales no son concebidos como parte integral del Estado» (Fiss, 2007, p. 83). Finalmente, la forma de adjudicación propia del modelo de resolución de conflictos sería coherente con la teoría del contrato social en la que el objetivo principal del Estado era la seguridad, el desarrollo de condiciones para que las/os individuos/as realicen transacciones comerciales y satisfagan necesidades: un Estado mínimo en el que el Poder Judicial tiene una posición minimalista también (Fiss, 2007, p. 87).

Por su parte, el modelo de la reforma estructural «desafía [la] forma triangular; toda vez que involucra una multiplicidad de partes y es probable que los grupos u organizaciones que participan en el proceso estén internamente divididos en torno a las cuestiones en discusión. El antagonismo no es binario; en lugar de ello, el juicio estructural comporta un conjunto de perspectivas e intereses en competencias organizados en torno a un cierto número de cuestiones y a una única institución con capacidad de decidir: el juez» (Fiss, 2007, p. 80). Respecto a la composición de las partes, Fiss (2007) señala que resultan fragmentadas, en oposición al modelo de contraste. El rol de la judicatura es distinto también: no pasivo, sino activo en razón de que la tarea de reestructurar una organización es compleja y difícil (p. 81). En la reforma estructural, la Constitución se define como un «conjunto de valores», «el núcleo de [la] moralidad pública» que fundamenta esta forma de litigio enfocada en «dar significado concreto a esa moralidad en el contexto del Estado burocrático» (Fiss, 2007, p. 82). A diferencia de la presunción de un estado de armonía extraproceso, «el litigio estructural niega esa afirmación y cuestiona la justicia del *statu quo*» (2007: 82). Además, en esta forma de litigio el objetivo es «crear un nuevo *statu quo*, más acorde con [los] ideales constitucionales» (Fiss, 2007, p. 83). A diferencia del aislamiento institucional de la judicatura que produce el modelo de resolución de conflictos, en el modelo de reforma estructural los tribunales son entendidos «como una fuente coordinada de poder estatal y como parte integral del sistema político en toda su extensión» (Fiss, 2007, p. 83). Por último, el modelo estructural tiene su correlato con un modelo de Estado posterior al *New Deal* estadounidense y la Segunda Guerra Mundial, un Estado que es «participante activo de nuestra vida social mediante la provisión de servicios esenciales y la estructuración de los términos mismos de nuestra existencia», se trata de «un Estado comprometido con el mejoramiento del bienestar de la ciudadanía» (Fiss, 2007, p. 87).

Un teórico del litigio de público es Abram Chayes. En su trabajo «The Role of the Judge in Public Law Litigation», fue el primero en sistematizar las características del modelo que entiende al litigio como un «vehículo para resolver disputas entre partes privadas acerca de

derechos privados» (Chayes, 1976, p. 1282). «Las características del litigio de derecho público, en oposición, son bien distintas al modelo tradicional. Las partes de estos reclamos son plurales y amorfas, sujetas a cambios en el curso del proceso. La tradicional relación de adversarios es reemplazada por procesos de negociación en cada punto. El juez es la figura dominante en la organización y el guía del caso, pero entre una amplia variedad de actores. Jueces y juezas son creadores/as y administradores de complejas formas de remedios que despliegan efectos en personas que no son parte del proceso y el proceso requiere que el juez/a continúe envuelto en la administración y la implementación» (Chayes, 1976, p. 1284)⁴⁶.

Chayes caracteriza el contraste entre los dos modelos de litigio de la siguiente forma:

Tabla 4

Caracterización de Abram Chayes de las diferencias entre modelos de litigio

Modelo de resolución de conflictos	Modelo de reforma estructural
La demanda en bipolar: las partes	El rango de la controversia es delineado por la Corte y las partes. La estructura de las partes no es rígidamente bilateral, sino amplia, difusa y amorfa.
Litigio es retrospectivo: la controversia es sobre eventos producidos.	Litigio es predictivo y legislativo: la controversia es sobre hechos continuados.
El derecho y el remedio son interdependientes. El remedio está en relación con el daño causado por la parte demandada.	El remedio no es concebido como una compensación por un hecho pasado en una forma derivada de una responsabilidad por el daño causado. El remedio es para el futuro, diseñado <i>ad hoc</i> , flexible y amplio. El remedio no es impuesto, sino negociado.
El impacto de la sentencia es entre las partes.	El impacto de la sentencia es para muchas personas que no participan en el proceso.
El proceso es iniciado por las partes y controlado por las partes. El/la juez/a es un árbitro neutral a sus interacciones.	La sentencia no termina la intervención judicial: la implementación requiere de la continuación de la intervención de la Corte. El/la juez/a no es pasivo/a, es activo/a con responsabilidad no solo por la evaluación de los hechos, sino por la organización e influencia del litigio para asegurar un resultado viable.

Nota: Adaptado de *The Role of The Judge in Public Law Litigation* por A. Chayes, 2010, pp. 1282-1283, 1302

46 Paola Bergallo (2005), citando a Chayes, señala lo siguiente: «A diferencia del litigio bipolar tradicional, las partes de estos reclamos son plurales y amorfas e incluyen combinaciones de particulares, defensores públicos y una variedad de organizaciones de la sociedad civil con distintos grados de representatividad del universo de los "los afectados". Además, los casos involucran la interferencia judicial en cuestiones de organización y operación de la administración pública [...]. Desde la perspectiva remedial a implementarse, la nueva modalidad de litigio no supone la compensación de daños pasados y acotables a las partes, sino la transformación hacia el futuro de prácticas institucionales a través del diseño ad hoc de soluciones cuyas consecuencias excederán, en la mayoría de situaciones, el impacto en las partes presentes ante el juez. La preeminencia de las intervenciones remediales en la forma de órdenes de hacer u omitir hacer en lugar de la compensación por daños, y la multiplicidad de formas que esas intervenciones de los jueces parecen adoptar constituyen una de las características específicas de esta nueva modalidad en el control judicial del accionar del Estado» (p. 18).

De forma complementaria, Charles F. Sabel y William H. Simon (2004) ponen el énfasis en los remedios del litigio de derecho público y plantean que se ha dado una transformación desde un modelo remedial de intervención en la administración pública del estilo *comando y control*, modelo estereotipado que consiste en un régimen de reglas fijas y específicas dadas por una autoridad central que prescribe los procedimientos de la entidad regulada, a un modelo que denominan como *experimental* y que enfatiza (i) la continua participación de otras/os agentes, (ii) continua revisión de los remedios que son estándares generales que expresan metas que las partes esperan alcanzar; remedios que son acordados con un amplio margen de discrecionalidad y que son provisionales y sujetos a constante revisión y ajuste, (iii) y transparencia (pp. 1016, 1019). Estos autores señalan que, en el modelo actual, la judicatura está a la vez, más y menos envuelta en la transformación de las entidades públicas que cuando Chayes escribió, casi tres décadas atrás. Así, Sabel y Simon (2004) afirman que está más involucrada porque los remedios experimentales contemplan un proceso permanente de ramificación, participación y revisión; menos involucrada porque las reglas establecidas lo son por las/os involucradas/os (pp. 1019 - 1020).

Las órdenes o mandamientos judiciales (*injunctions*) son el instrumento por el cual jueces y juezas emiten sus directivas en el litigio estructural (Fiss, 2007, p. 23), son «el mecanismo formal a través del cual el juez dirige la reconstrucción de una organización burocrática» (Fiss, 2007, p. 78). Las *structural injunctions* u órdenes estructurales del derecho estadounidense «persiguen concretar la reorganización de una institución social» y reparar a través de dicha reforma organizacional el daño que la propia estructura de las agencias públicas puede producir al violar ciertos derechos constitucionales (Bergallo, 2005, pp. 18 - 19). Paola Bergallo señala que en los Estados Unidos, la evolución de las órdenes estructurales en los últimos cuarenta años ha atravesado diversas etapas. Siguiendo a Fiss, precisa que «en la primera década del litigio del movimiento por los derechos civiles (1954-1964) las órdenes estructurales constaban de dos partes: una prohibición amplia («no discriminar por raza,» «no mantener un sistema educativo dual/segregado») y un requerimiento a las autoridades educativas para que presentaran un plan para la transformación del sistema [...]». Luego, en las décadas siguientes a 1964, se desarrolló un modelo de intervención remedial con un grado un poco mayor de especificidad en el que desde una autoridad central se daban instrucciones de acción más delimitadas (Bergallo, 2005, pp. 19 - 20). En concordancia con los planteamientos de Sabel y Simon, Bergallo (2005) reitera que en las últimas décadas del litigio norteamericano «se ha observado un viraje de esta última modalidad remedial hacia soluciones experimentales que combinan formas más flexibles y provisionales de regulación en las que las partes tienen mayor discreción y colaboran en un proceso de aprendizaje y reconstrucción» (p. 20).

Charles Sabel y William Simon caracterizan así las diferencias entre los estilos de *comando-control* y el *experimental*, cuya evolución no es lineal, pues algunos remedios contemporáneos tienen aún el estilo *comando-control*, aunque la dirección general de evolución está delineada:

Tabla 5

Caracterización de Sabel y Simon de los modelos de remedios en el litigio estructural de derecho público

Modelo de <i>comando-control</i>	Modelo <i>experimental</i>
Un esfuerzo por anticipar y expresar todas las directivas necesarias para inducir el cumplimiento en una sentencia única, comprensiva y difícil de cambiar.	La sentencia ofrece descripciones generales de las metas, prescripciones para medir sus progresos y compromisos para poner información a disposición.
Evaluación del cumplimiento en términos del ajuste de la parte demanda a las prescripciones detalladas de conducta de la sentencia, que son normas de procesos que determinan la conducta como un medio	Evaluación del cumplimiento en términos del ajuste de la parte demanda a las prescripciones detalladas de conducta de la sentencia, que son normas de procesos que determinan la conducta como un medio para el logro de los objetivos.
Un rol directivo fuerte de la judicatura en la formulación de los remedios.	Un rol directivo de la judicatura en la formulación de los remedios, pero una presencia menos directiva que en el pasado.

Nota: Tabla elaborada con información tomada de Sabel y Simon, 2004, pp. 1021 - 1022, 1071.

Como se ha mencionado, la definición de los remedios en la tendencia experimental tiene tres rasgos centrales:

- (a) La negociación de los *stakeholders*. La negociación entre las partes y otros/as actores interesados es un aspecto central de este nuevo modelo. La deliberación de las partes busca alcanzar un consenso que redunde en beneficio general. Incluso cuando no se alcance consenso, el diálogo constituye su aporte fundamental.
- (b) El carácter provisional y fluido de la intervención remedial. La flexibilidad y provisionalidad de las decisiones remediales son herramientas para lidiar con las restricciones de información disponible en la etapa de diseño y con los problemas posteriores de articulación del accionar estatal al momento de la implementación de las decisiones remediales.
- (c) Transparencia. Las políticas y normas operativas propuestas por las partes deben ser explícitas y públicas e, idealmente, deben estar acompañadas por un acuerdo sobre las medidas y procedimientos para evaluar su cumplimiento. Los resultados, asimismo, deben ser públicos (Sabel y Simon, 2004, pp. 1067-1073; Bergallo, 2005, pp. 21 - 22).

Esta forma de litigio estratégico tiene la pretensión de desestabilizar y exponer a las organizaciones públicas que de forma permanente fallan en cumplir con sus obligaciones y se aíslan de los procesos regulares políticos de rendición de cuentas (Sabel y Simon, 2004, p. 1020, 1062). Así se crean oportunidades de un aprendizaje colaborativo y de rendición democrática de cuentas (Sabel y Simon, 2004, p. 1101).

Owen Fiss (2007) da cuenta de un retroceso en el litigio de derecho público desde mediados de los años setenta, retroceso asociado a una nueva posición de la Corte Suprema encabezada por Warren Burger; tiempo desde el que se puso en debate el modelo de adjudicación del litigio estructural. Esa puesta en debate –anota, sin embargo– ha sido la oportunidad

para esbozar respuestas de defensa de la estrategia (pp. 25 - 26). En relación con las críticas al modelo de litigio estructural, este autor señala que los derechos que conforman su núcleo «contienen valores públicos que deben ser provistos de significado concreto y armonizados con la estructura general de la Constitución» (Fiss, 2007, p. 31) y, para ello, la labor judicial goza de dos características que la cualifican. Lo primero sería que los jueces y juezas intervengan en un entorno de diálogo en el que la agenda les es puesta por las/os litigantes, en el que no controlan por completo a quienes deben escuchar, en el que tienen que dar una respuesta justificada por la que son responsables (Fiss, 2007, pp. 33 - 34). Lo segundo sería la independencia judicial frente a las partes del proceso, pero también de la política, «entendida esta como el proceso mediante el cual las personas expresan sus preferencias» (Fiss, 2007, p. 34). No obstante, también reconoce lo que denomina «amenaza obvia para la integridad del proceso judicial» que sería la «burocratización de la judicatura» que alude a la tendencia creciente de las instancias judiciales de rodearse de instituciones adjuntas para el seguimiento de los remedios que conforman una burocracia auspiciada desde la función judicial, con lo que cabe el riesgo de que la judicatura llegue a tener los mismos problemas de las instituciones que pretenden regular (2007: 85). Además, el autor reconoce que este modelo es «una amenaza para la independencia judicial», lo que viene dado por la relación que se desarrolla entre la judicatura y la institución a reformar, así como las «maniobras políticas que, de modo inevitable, derivan de las ambiciones propias del proceso de diseño del remedio en la reforma estructural» de modo que «no sería sorprendente que la judicatura se viera sujeta a las mismas fuerzas que afectan al poder estatal en general» (Fiss, 2007, p. 86).

Sabel y Simon (2004) señalan que, pese a las críticas, las Cortes han seguido jugando un rol crucial en la reforma estructural, y señalan que no hay evidencia de que la actividad judicial de litigio público se haya reducido, aunque sí destacan que sus formas particulares de actividad han evolucionado, sobre todo en el cambio de los remedios (pp. 1018 - 1019). Estos autores consideran que el modelo experimental responde mejor a las críticas al litigio de derecho público que el modelo remedial previo. Se atenúa la crítica a la discreción de los remedios que pueden ser inefectivos dado que el modelo remedial enfatiza en el diálogo colaborativo, la provisionalidad y la transparencia. Se atenúa la crítica desde la separación de poderes, pues el modelo remedial experimental sugiere un rol de la judicatura que puede ser denominado como de refuerzo de la responsabilidad de los órganos públicos: la intervención judicial se da en escenarios no favorables al cambio, en los que la judicatura es propicia; y en la implementación de los remedios se favorece la labor legislativa y no se usurpan responsabilidades ejecutivas. Con eso se superan, además, tanto las críticas a la falta de capacidades gerenciales judiciales como a la falta de legitimidad política de la judicatura.

Indican Sabel y Simon (2004) que este modelo remedial supera los problemas de atribución de responsabilidades institucionales porque se centra en una variable objetiva —las fallas de funcionamiento de la institución— y porque, siguiendo los mecanismos de gestión corporativa privada, propone procesos de monitoreo, con participación y comparación en lugar de mecanismos de sanción, lo que genera menos resistencias. Por último, los autores enfatizan que el modelo experimental contribuye a superar el problema de la representación de los intereses en tanto la participación es una característica central del remedio mismo y las/os actores relevantes no tienen que estar definitivamente identificados/as en el principio, sino que, en tanto que en el curso de la implementación los remedios pueden variar, nuevas/os actores pueden intervenir: Al cuestionar el *statu quo*, los tribunales intervienen abriendo las institucio-

nes a la participación de actores previamente marginados y clarifican el camino para redefinir relaciones con los actores más consolidados (pp. 1082 - 1101). En suma, en su opinión, el litigio de derecho público, con su nueva modalidad remedial, ha pasado el examen crítico generando respuestas a las preguntas que sus defensores no pudieron responder y que sus detractores no imaginaban como superables (p. 1021)⁴⁷.

Paola Bergallo (2005) sistematiza en tres rubros las críticas al litigio de derecho público. Una de las vetas de discusión del litigio de derecho público es la de la legitimidad del activismo judicial, crítica ligada a la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad por un supuesto carácter antidemocrático de su intervención y que tiene su base argumentativa en la violación de principios como la separación de poderes o de valores como el autogobierno (p. 6). Otro ámbito de debate ha girado en torno a la interpretación judicial del principio igualitario y de los derechos sociales, económicos y culturales, en lo referente a su exigibilidad judicial asociada a su constitucionalización (p. 6 - 7). Por último, otra veta de discusión, que la autora centra en Argentina, es la falta de idoneidad de las herramientas procesales para estimular la acción judicial como agente de transformación social (p. 7). Para Bergallo los tres ejes argumentativos planteados asumen tres tipos de separaciones inviables que empobrecen y constriñen las implicancias prácticas del debate sobre el rol del poder judicial. Las posturas identificadas en primer lugar «asumen una atribución rígida de funciones constitucionales a los tres poderes y presentan al poder judicial como interfiriendo con las potestades claramente atribuidas a las otras ramas, en lugar de reconocer la complejidad de las relaciones inter-poderes presente en la operación cotidiana de los mismos y las ventajas de un modelo dialógico de interacción [...]». El segundo tipo de argumentos, olvida que «[s]i los derechos han sido diseñados para funcionar en el mundo real, su contenido está inextricablemente vinculado a consideraciones pragmáticas respecto de su exigibilidad y operación». Por último, la tercera vertiente de reflexiones se centra en «diseñar procedimientos judiciales complejos -y alejados del modelo tradicional del litigio como espacio de resolución de controversias bipolares- sin evaluar los remedios judiciales que se podrían requerir en el marco de nuevas formas procedimentales». La autora justifica la necesidad de «re-enfocar los debates sobre el rol del poder judicial en el litigio de derecho público hacia los aspectos remediales de la función judicial frente al mismo» (Bergallo, 2005, 8 - 10).

En concordancia con Sabel y Simon, Bergallo (2005) señala que el nuevo modelo de litigio de derecho público, y el tipo de práctica remedial que éste supone, pueden resultar más efectivos en la inducción del cumplimiento de obligaciones jurídicas por parte del Estado por varias razones (p. 22). En primer lugar, el modelo brinda mejores elementos para el cuestionamiento de la legitimidad de la interferencia judicial con espacios reservados a la política y el juego de principios mayoritarios pues propone:

(U)n modelo deliberativo en el que el demandante y los funcionarios de la administración pública negocian la mejor solución posible en condiciones de provisionalidad y transparencia bajo el arbitraje del juez o sus funcionarios delegados. De esta forma, los jueces no tienen por qué tener la última palabra en el diseño de la figura remedial [...]. En la medida en que esta deliberación es posible, el modelo experimental reconoce además la compleja interacción entre los poderes y los

47 Chayes (1976) hace también referencia en su trabajo a las críticas sobre la adecuación de las resoluciones judiciales para las funciones del litigio público, sobre el problema de la representación y el problema de la legitimidad judicial (pp. 1304-1316).

maticos de su legitimidad, características que los objetores de la legitimidad de la interferencia judicial suelen soslayar (Bergallo, 2005, p. 23).

Complementariamente, la transparencia que es propia del modelo da insumos para la generación del *accountability*. «[S]e incorpora al ámbito del litigio judicial un componente clave de la legitimidad democrática de las otras ramas del gobierno que frecuentemente no existe en la acción de los jueces y los demandantes: el fenómeno de rendición de cuentas al público, o al menos, la potencialidad de tal rendición» (Bergallo, 2005, p. 24).

Adicionalmente, frente a los cuestionamientos a la capacidad institucional del Poder Judicial el modelo experimental ofrece ventajas. Siguiendo a Schuck, Bergallo señala que entre los obstáculos básicos enfrentados por jueces y juezas al momento de diseñar e imponer eficazmente remedios estructurales, están «los problemas de información, poder de comunicación, incentivos y la dificultad para lograr apoyo político y público a las medidas propuestas» (Bergallo, 2005, p. 26). Frente a ello, Bergallo señala (2005) que la propuesta experimental puede ser una opción frente a la precariedad del marco institucional en el que se diseñan e implementan políticas públicas en la administración, pues operaría como un incentivo para su cambio (p. 27). Además, remonta restricciones comunicacionales en la medida que presupone un involucramiento de la administración en la negociación del mejor remedio judicial (p. 28). El estilo remedial podría favorecer un mejor cumplimiento del resultado del litigio por parte de la administración en la medida que involucra a los agentes de la administración en la etapa de diseño de las órdenes generadas en el marco del litigio; en esa medida es más eficaz que las tradicionales medidas como el desacato o la imposición de multas pecuniarias a los funcionarios públicos cuyo cumplimiento también es precario. Igualmente, del diálogo generado entre las partes y los/as funcionarios/as públicos podría producirse un «mayor apoyo político y movilización social para las causas que el litigio de derecho público intenta promover» (Bergallo, 2005, pp. 28 - 29).

4.2. El litigio estratégico de derecho público y la ECI: puntos de conexión.

El ECI colombiano es entendido como una forma de litigio en casos estructurales (Rodríguez, 2011, p. 1671) de modo que es evidente la vinculación de esta figura con el marco teórico presentado. Un caso estructural es aquel en que se afecta a un gran número de personas por sí mismas o mediante organizaciones que las representan, que involucran a varios órganos públicos responsables de fallas persistentes de la política pública que contribuyen a violaciones de derechos, y que implican requerimientos judiciales de carácter estructural (Rodríguez y Rodríguez, 2010, p. 16; 2015, p. 25).

Como se ha desarrollado, el litigio estructural de derecho público se plantea cuando el Estado está fallando en satisfacer estándares mínimos de adecuado desempeño afectando los derechos de las personas y cuando esta irregularidad es inmune a los mecanismos convencionales de control político para corregirlo (Sabel y Simon, 2004, p. 1062).

Así se ha destacado que tanto en la doctrina del ECI como en la discusión comparada, los casos estructurales están marcados por un fracaso generalizado de política pública que causa una masiva y reiterada violación de derechos y por un bloqueo del proceso político o institucional que se muestra resistente a mecanismos de ajuste y corrección convencionales de las políticas. El primer rasgo se asocia con falta de resultados aceptables y el segundo implica fallas en el proceso de las políticas públicas (Rodríguez y Rodríguez, 2010, p. 40).

A la luz de las consideraciones revisadas en los apartados anteriores sobre el ECI y el litigio de derecho público en su modalidad de reforma estructural, puede establecerse la siguiente comparación:

Tabla 6

Tabla comparativa de las conexiones entre el litigio de derecho público y el ECI

Litigio de derecho público	Figura del Estado de cosas inconstitucional
La estructura de las partes no es rígidamente bilateral, sino amplia, difusa y amorfa.	Existe una vulneración masiva, generalizada y grave de derechos constitucionales.
El remedio es para el futuro, diseñado <i>ad hoc</i> , complejo. El remedio no es impuesto, sino negociado.	La resolución del problema compromete la intervención futura 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. En la sentencia se emiten órdenes para las autoridades públicas: en algunos casos se han incluido cronogramas para el cumplimiento.
El impacto de la sentencia es para muchas personas que no participan en el proceso.	Se superan los efectos inter-partes de una sentencia tradicional.
La sentencia no termina la intervención judicial: la implementación requiere de la continuación de la intervención de la Corte. El/la juez/a no es pasivo, es activo/a con responsabilidad no solo por la evaluación de los hechos, sino por la organización e influencia del litigio para asegurar un resultado viable.	El seguimiento de las sentencias de ECI ha evolucionado gradualmente con el desarrollo de la figura

Nota: Elaboración propia.

4.3. Apuntes sobre los remedios judiciales apropiados para propiciar reformas estructurales en los casos identificados de ECI en Colombia.

Como se ha apuntado, los remedios derivados de una declaración de estado de cosas inconstitucional son la herramienta más poderosa de la figura. Por eso es relevante el estudio de sus efectos para medir su real valor:

En una aproximación al litigio público de derecho público se impone la necesidad de generar investigación empírica cuantitativa y cualitativa sobre los remedios empleados y su eficacia (Bergallo, 2005, p. 30). El objetivo de un ECI es práctico: debe servir para «resolver un problema concreto», para «impulsar al aparato estatal para que diseñe, implemente, financie y evalúe las políticas públicas necesarias para cesar la violación masiva de derechos que dio lugar a dicha declaratoria», debe «promover las condiciones que lo hagan innecesario» (Rodríguez, 2009, p. 438, 439).

César Rodríguez Garavito señala que hay cuatro tipos de efectos que una sentencia puede producir (Rodríguez, 2011, pp. 1679 - 1680; Rodríguez y Rodríguez, 2010, pp 24 - 25; 2015, p. 41):

- (a) Los *efectos directos* son aquellos que incluyen los mandatos judiciales que afectan a las/os participantes del caso: litigantes, beneficiarias/os y las agencias estatales involucradas.
- (b) Los *efectos indirectos* son aquellos que incluyen toda clase de consecuencias que, sin ser establecidas en la sentencia, se derivan de la decisión y no solo afectan a las partes, sino a otros/as actores sociales.
- (c) Los *efectos materiales* son aquellos palpables, los cambios tangibles en la conducta de los grupos y personas involucradas.
- (d) Los *efectos simbólicos* consisten en el cambio de ideas, percepciones y construcciones sociales acerca de la materia de litigio en discusión; implican cambios culturales o ideológicos en el imaginario social.

Tabla 7

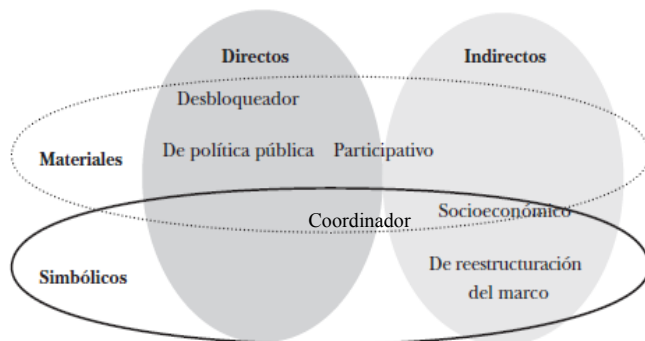
Tipos y ejemplos de los efectos de una decisión judicial

	Directo	Indirecto
Material	Diseño de una política pública.	Formación de nuevos actores/as en el debate para influenciar en el problema puesto a debate.
Simbólica	Redefinición y percepción del problema como una violación de derechos humanos.	Transformación de la opinión pública acerca de la urgencia del problema y su gravedad.

Nota: La tabla fue elaborada con los datos de Rodríguez, 2010, p.24, 2011, p.1679 y 2015, p.41.

Así se pueden identificar siete efectos de las sentencias: de desbloqueo (directo y material), social/socioeconómico (indirecto y material/simbólico), deliberativo o participativo (directo y material /simbólico), de políticas públicas (directo y material), coordinador (directo/indirecto y material) y creador o de reestructuración del marco (indirecto y material/simbólico). (Rodríguez y Rodríguez 2010, pp. 64 - 65; 2015, pp. 44 - 48).

En general, el autor señala que no existen muchas investigaciones que enfatizen en la eficacia de los remedios dispuestos por las decisiones judiciales progresistas luego de su emisión (Rodríguez, 2011, p. 1674; Rodríguez y Rodríguez, 2010, p. 20; 2015, pp. 40 - 42). No obstante, los enfoques existentes son de dos tipos. Algunos estudios se concentran en los efectos directos y materiales de las decisiones judiciales. Desde una perspectiva neorrealista que ve al Derecho como un conjunto de normas que regulan la conducta humana, aplican un test estricto para medir el impacto de las decisiones judiciales: una sentencia es efectiva solo si ha producido un cambio observable en la conducta de las partes directamente identificadas (Rodríguez, 2011, p. 1677, 1681; Rodríguez y Rodríguez, 2010, pp. 22, 26; 2015, pp. 40 - 42).



Fuente: Rodríguez y Rodríguez 2015: 438. Adaptación propia.

Figura 1. Distribución de los efectos en la tipología directa-indirecta, material-simbólico

Otros estudios en cambio, que se inspiran desde una concepción constructivista en la relación entre el Derecho y la sociedad, critican la posición neorrealista pues señalan que las decisiones judiciales generan transformaciones sociales no solo cuando inducen cambios en la conducta de los grupos e individuos directamente involucrados en el caso, sino también cuando producen transformaciones indirectas en las relaciones sociales o cuando cambian las percepciones y legitimidad acerca de la legitimidad de las pretensiones demandadas; contemplan entonces los cuatro tipos de efectos presentados (Rodríguez, 2011, pp. 1678, 1681; Rodríguez y Rodríguez, 2010, pp. 22 - 23, 26; 2015, pp. 40 - 42).

La primera aproximación privilegia investigación cualitativa; la segunda aproximación privilegia técnicas tanto cuantitativas como cualitativas que incluyen el análisis de indicadores sociales, la medición de la cobertura de prensa antes y después de la sentencia, y entrevistas en profundidad con diversidad de actores: funcionarios/as públicos, activistas e integrantes de la población beneficiaria (Rodríguez, 2011, p. 1679; Rodríguez y Rodríguez, 2015, pp. 40 - 41).

Las diferencias conceptuales son relevantes pues de un examen a través de una visión neorrealista se puede concluir que una sentencia tuvo ningún o poco impacto y fue, por tanto, inefectiva, mientras que desde una perspectiva constructivista se miden impactos a niveles más amplios y se puede concluir que una sentencia fue efectiva (Rodríguez, 2011, p. 1681).

Para su análisis Rodríguez (2011) retoma las diferencias en el litigio público con relación de los remedios: presenta el modelo experimental –que él denomina como dialógico-, abierto a la deliberación democrática para la determinación de los remedios, frente a un modelo de intervención judicial fuerte, al estilo comando-control de Sabel y Simon – y que él califica como «monológico»-, originado en el activismo judicial norteamericano entre 1950 y 1980, de una intervención judicial más cerrada (pp. 1688 - 1691).

En una concepción «dialógica» de las decisiones judiciales en el litigio estratégico, este autor identifica tres rasgos: (i) el contenido sustantivo, (ii) los remedios y (iii) los mecanismos de monitoreo. Lo primero se refiere a la declaración de derechos violados, lo que es crucial sobretodo en los DESC pues se suele dudar de su justiciabilidad, aunque anota que el activis-

mo judicial no incurre en este recorte ni siquiera en su modalidad «monológica». En donde se encuentran las principales diferencias entre ambos modelos es en el segundo componente, el de los remedios, pues mientras que la versión «monológica» involucra órdenes precisas, orientadas a resultados, la versión dialógica define marcos y metas amplias y, en línea con el principio de separación de poderes, coloca la carga de diseñar e implementar políticas en los órganos públicos. En el componente tercero, el del monitoreo, los tribunales en ambas tendencias retienen la competencia para supervisar la implementación de las decisiones; no obstante, la tendencia «dialógica» abre el proceso a la discusión abierta y, a diferencia de su contraparte, asume que el detalle de las soluciones se alcanza progresivamente en el proceso de monitoreo, y no en la decisión misma. Conforme a esta clasificación, el modelo de decisiones dialógicas en casos estructurales debería afirmar con claridad la justiciabilidad de los derechos (*derechos fuertes*), dejar las decisiones políticas a los órganos públicos con un mapa claro de medición de los progresos (*remedios moderados*) y poner gran énfasis en el monitoreo de las órdenes con mecanismos amplios de participación (*monitoreo fuerte*) (Rodríguez, 2011, pp. 1691 - 1692). Los dos primeros rasgos son trabajados por Mark Tushnet para medir el activismo judicial en su obra *Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in Comparative Constitutional Law* de 2009; el elemento de seguimiento no es considerado por este autor (Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 30).

Con esta clasificación, el autor hace un análisis de tres sentencias emblemáticas de Colombia: la tercera declaración de ECI respecto a la problemática carcelaria (T-153 de 1998), la última declaración de ECI sobre desplazamiento forzado (T-025 de 2004) y la sentencia de reforma estructural del sistema de salud (T-760 de 2008) que no fue declarada ECI pero que, como se ha indicado, según los criterios que delinean la figura y según la doctrina colombiana citada, debió serlo. Del análisis de las variables de contenido sustantivo, remedios y monitoreo, el autor concluye que el mayor impacto ha sido el conseguido por la sentencia T-025 de 2004 que tiene una combinación de fuerte declaración de derechos, una formulación moderada de remedios y un monitoreo fuerte; con un impacto moderado le sigue la sentencia T-760 de 2008 con una declaración de derechos fuerte, una formulación moderada de remedios, pero un proceso de seguimiento débil⁴⁸; en último lugar queda la sentencia T-153 de 1998 con una declaración de derechos fuerte, una declaración de remedios fuerte y un monitoreo débil (Rodríguez, 2011, p. 1693 - 1695; Rodríguez y Rodríguez, 2015, pp. 215 - 219).

De este análisis se desprende que una apuesta por remedios de corte del tipo experimental tiene mejores resultados que una formulación del modelo *comando-control* (modelo «dialógico» versus modelo «monológico» en los términos de Rodríguez). El autor esboza dos posibles razones para ello. La primera es que se neutraliza la resistencia política pues los efectos indirectos del fallo en los medios y en la población en general operan como un mecanismo de presión y porque en el diálogo se forman coaliciones de soporte de la decisión de la Corte que trabajan por el cumplimiento. La segunda es que se fortalece la capacidad institucional para el cumplimiento en tanto que las agencias estatales involucradas participan en el proceso remedial

48 Los registros de seguimiento de la sentencia están disponibles en una web especial diseñada para tal efecto: <http://seguimientot760.corteconstitucional.gov.co/>. Consulta: 31 de mayo de 2015. César Rodríguez y Diana Rodríguez (2015) sostienen que si bien en la T-360 de 2008 se dispuso un proceso de seguimiento ambicioso semejante al de la sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento forzado, el mismo "perdió fuerza con rapidez" porque, a seis años de la decisión, si bien el proceso continúa se trata de "una serie de informes puramente formales de los organismos públicos a la Corte" (pp. 215-216).

y porque una serie de actores organizados contribuyen con su conocimiento especializado (Rodríguez, 2011, pp. 1695 - 1697; Rodríguez y Rodríguez, 2015, pp. 224 - 226). Además, conforme a las sentencias analizadas por el autor, indica que de forma complementaria a la formulación de los remedios, el énfasis en el proceso de monitoreo parece ser la diferencia crucial entre un impacto moderado y uno de alto nivel (Rodríguez, 2009, p. 438; Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 218). En una posición diferente, Ariza (2013) sostiene que debe reconsiderarse que la falta de un sistema de monitoreo posterior es la causa de un impacto bajo; sostiene, a propósito de la evaluación de la T-153 de 1998, que la fase de elaboración de la sentencia es crucial porque allí se define el tipo de remedios, su ámbito de aplicación y su posterior evaluación (p. 134).

Una nota sobre la metodología para el seguimiento de las sentencias de ECI. Una labor de monitoreo requiere de indicadores de proceso y de resultado que sean medibles, válidos y confiables, suficientemente desagregados, precisos y empíricamente verificables, y también requiere de la información para hacer la medición de los indicadores que, en caso de que no existir, debe ser producida (Rodríguez, 2009, p. 449; Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 226). La Corte Constitucional ha perfilado algunos indicadores con ocasión del seguimiento de la sentencia T-025 de 2004; ha sido el proceso dialógico propio del modelo remedial experimental el que ha permitido que a lo largo de los autos dictados con posterioridad a la sentencia se identifiquen indicadores pertinentes (Rodríguez, 2009, pp. 449 - 475; Rodríguez y Rodríguez, 2015, pp. 136 - 140). Sobre este trabajo, Rodríguez ha propuesto un test de superación del estado de cosas inconstitucional, planteamiento vital pues el ECI debiera tener naturaleza finita: dado que su objetivo es promover las condiciones para que no se violen derechos, el horizonte está en lograr medir cuándo esto se produce. El test deberá fijar indicadores de proceso y de resultado a los que se asigna un peso y criterios de calificación para alcanzar los valores propuestos. Con estos datos se fija «el umbral de superación del ECI» con el cual se analiza el avance con miras a declarar que ha cesado la vulneración de derechos en un porcentaje significativo que respalda la decisión de cese o, caso contrario, continuidad del ECI (Rodríguez, 2009, pp. 475 - 488).

Tabla 8

Esquema de la propuesta de indicadores de un test de superación de ECI

Indicadores de proceso	Indicadores de resultado
Indicadores de diseño de política	Indicadores de goce efectivo
Indicadores de seguimiento y evaluación de política	Indicadores complementarios
Indicadores de asignación o ejecución presupuestal	Indicadores sectoriales

Nota: Adaptado de “Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional”, por C. Rodríguez Garavito (Ed.), 2009, Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia, pp. 475 - 488.

Como conclusiones del análisis del cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004 se señala que el seguimiento puede realizarse a través de dos alternativas para evitar que un tribunal con considerable carga de trabajo caiga en la misma incapacidad institucional que busca revertir. Una opción, empleada desde 2014 en la Corte Constitucional de Colombia es la creación de una sala especializada dedicada al seguimiento del caso, compuesta con personal especializado para la tarea. Otra opción es el nombramiento de un/a comisionado/a o relator/a independiente semejante a los cargos existentes en el Sistema de Naciones Unidas. Esto puede complementarse con la coalición con sociedad civil para la provisión de información y para fortalecer el seguimiento y con la priorización de los problemas más graves y/o urgentes en el proceso (Rodríguez y Rodríguez, 2015, pp. 233 - 235).

4.4. Las posibilidades del ECI como herramienta para el litigio estratégico de derecho público en el Perú

La figura de ECI ofrece posibilidades para el litigio estratégico de derecho público en el Perú dadas las restricciones de legitimación activa para interponer el proceso constitucional de amparo, proceso nacional de naturaleza equivalente a la acción de tutela colombiana de donde se desprende el estado de cosas inconstitucional. El artículo 40 del Código Procesal Constitucional se señala que solo en casos de derechos difusos cualquier persona o una entidad sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos puede presentar una demanda⁴⁹. Aunque autores como Abad (2008) señalan que a nivel jurisprudencial pudiera desarrollarse un tipo de amparo que tutele derechos colectivos o individuales homogéneos, esto no se ha plasmado en la práctica a la fecha (p. 171).

El ECI puede ser valorado como «en un aporte del constitucionalismo colombiano a los procesos de aplicación del derecho en contextos marcados por la injusticia, la desigualdad y el déficit crónico en la protección de derechos» (García, 2011, p. 109). Ante ello, planteo que el ECI es una herramienta que permite, a partir de un caso concreto, pedir al Tribunal Constitucional de nuestro país extender los efectos protectores de lo individual a lo social mediante un pronunciamiento en situaciones de complejidad estructural que ameritan intervención judicial en tanto se ha demostrado la incapacidad estatal para revertir un *statu quo* violatorio de derechos.

En el caso colombiano, la mayor parte de declaraciones de estado de cosas inconstitucional han surgido del proceso de tutela, figura cercana al amparo existente en nuestro país. El ex magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, Manuel José Céspedes (2011), destaca la flexibilidad de la tutela comentando cómo los casos estructurales, como la sentencia en materia desplazamiento forzado y la de reforma de salud, no fueron litigados desde una aproximación colectiva, sino individual, en tanto que los/as litigantes no solicitaron remedios estructurales. No obstante, en atención a la flexibilidad de la tutela fue la Corte construyó el caso ampliando su espectro (p. 1700).

En el entendido de que el Tribunal de oficio puede no proceder a la calificación de un caso como ECI si no cuenta con el material argumentativo y probatorio que para ello se re-

49 CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Artículo 40.- Representación Procesal.

«[...] Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos.

La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales».

quiere, la posibilidad de que, a través del acompañamiento legal de una víctima, las organizaciones de derechos humanos o corporaciones de abogadas/os que patrocinan litigios estratégicos puedan acreditar la violación estructural y persuadir al Tribunal de proceder a una declaración de ECI, convierte a la figura en una posibilidad para el perfil del litigio estratégico de derecho público^{50 51}. Para ese resultado esbozado se requiere, no obstante, que el Tribunal Constitucional reforme su actual concepción de la figura, que se ha anotado en segundo apartado, de modo que el ECI en el Perú deje de ser valorado exclusivamente por la modulación de los efectos del fallo que ofrece y, se aproveche más bien, como en su versión original colombiana, su potencial para abordar problemas complejos de ineficiencia estatal que afectan derechos fundamentales de muchas personas.

A la luz de las consideraciones sobre la pertinencia de un esquema remedial de corte experimental o «dialógico» en los términos de la doctrina precitada, un reto adicional en el Perú es ampliar el seguimiento de las sentencias de modo que se construyan tanto remedios moderados, que den pie al «despertar a la acción» de los órganos públicos en diálogo con las organizaciones especializadas y la representación de las/os beneficiarias/os, como mecanismos de monitoreo fuertes que permitan ajustes reales que, al final del proceso, conduzcan efectivamente a la superación de la situación que dio origen a la vulneración de derechos. Cépeda (2011) destaca que en el caso colombiano la regulación de la tutela tampoco contempla una fase de seguimiento, pero que la Corte ha interpretado el proceso para tener jurisdicción en la ejecución de sus decisiones (p. 1700).

Lamentablemente, en este aspecto también hay carencias en nuestra jurisprudencia constitucional sobre ECI. Conforme a la revisión de los tres elementos presentados para la medición del impacto de las sentencias constitucionales (el contenido sustantivo, los remedios y los mecanismos de monitoreo) los resultados del escrutinio a la jurisprudencia peruana sobre ECI no son los mejores.

Como puede apreciarse en el cuadro siguiente, el problema no está en la primera variable, la de reconocimiento del carácter normativo de las normas que positivizan derechos en nuestra Constitución, sino en los otros dos aspectos de interés central para la eficacia de las sentencias. Los remedios ordenados en las declaraciones de ECI han variado desde indi-

50 A modo de ejemplo, en la experiencia del CLADEM, una organización feminista internacional interamericana que cuenta con experiencia de litigio estratégico tanto en ámbitos nacionales como internacional, se selecciona un caso como emblemático para darle patrocinio jurídico en tanto se hayan verificado algunos criterios: (i) claridad en la violación de derechos fundamentales, (ii) relevancia del tema para los derechos de las mujeres en general, (iii) evidencia de que no se trata de un caso aislado, sino de un patrón general de violación de derechos, (iv) necesidad de que haya un desarrollo jurisprudencial en la materia del caso, (v) trascendencia colectiva del resultado para muchas más mujeres, lo que incluye la posibilidad de que se ordenen reformas estructurales, (vi) situación de indefensión de la(s) víctima(s), y (vii) posibilidades de éxito (CLADEM, 2011, pp. 21-22).

51 Otro ejemplo es la experiencia de litigio estratégico del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), entidad que litiga en los tribunales argentinos y ante organismos internacionales de derechos humanos a través de casos paradigmáticos (leading cases) con los que se busca «develar y exponer patrones de conductas ilegales y/o estructuras desde las que sistemáticamente se violan derechos humanos; [...] promover derechos no garantizados, tanto por las propias insuficiencias del Estado, como porque su protección efectiva sólo se cativa a partir del reclamo de los grupos afectados; [...] [o cuestionar] el contenido, orientación o forma de implementación de una política estatal a la luz de estándares constitucionales o legales» (2008: 17). Con esto se busca insertar en la discusión pública, dar visibilidad, a temas que están ausentes en la agenda de los poderes políticos y se busca interpelar a la judicatura sobre los márgenes habilitados «para la satisfacción de mejores estándares de protección de derechos y cumplimiento de las reglas institucionales de la democracia» (2008: 18).

caciones laxas hasta órdenes sumamente detalladas⁵², lo que no se coincide con la variable moderada que la experiencia comparada aconseja. Además, de forma complementaria y vital, en ningún caso se han establecido mecanismos en los que el Tribunal Constitucional conserve el seguimiento de la sentencia y conduzca un proceso participativo de monitoreo de la implementación de sus órdenes⁵³.

El ex magistrado del Tribunal Constitucional peruano, Gerardo Eto (2012), señala que frente a las sentencias que presuponen una protección colectiva que implica control de políticas públicas –como las sentencias de ECI- (p. 119), existen tres posibilidades (p. 120). Una alternativa es una sentencia declarativa, aquella que declara obligaciones sin órdenes específicas y ningún sistema de seguimiento del cumplimiento de la obligación que fue identificada (p. 120).

Otra alternativa son las sentencias con órdenes específicas sin establecer formas de seguimiento a su cumplimiento; aquí cita el caso de declaración de ECI de la ONP (pp. 121 - 122). Una última alternativa son las sentencias con orden de implementación posterior, categoría en la que describe a la jurisprudencia dialógica esbozada por César Rodríguez; y que se reconoce que no existe en el Perú: «[e]n nuestro país, dado que el Tribunal Constitucional no ha asumido la posibilidad de vigilar el cumplimiento de sus propias decisiones, no ha practicado aún esta forma de implementación de las sentencias constitucionales [...]» (Eto, 2012, pp. 123 - 124)⁵⁴.

-
- 52 En el caso Yarlequé Torres se pide al Ministerio de Educación y al Ministerio de Economía que tomen medidas correctivas en el más breve plazo posible y se pide al primero que brinde un informe de las acciones respecto de las responsabilidades de funcionarios/as involucrados/as en los hechos en un plazo de 10 días; algo similar aunque más detallado ocurrió en el caso Marroquín Soto en que se ordenó al Ministerio de Economía que incrementara gradualmente el presupuesto de los centros hospitalarios de salud mental, una orden al Poder Judicial para que resuelvan los casos en que se discutan hechos similares, y exhortaciones al Congreso y al Poder Ejecutivo para que legislen sobre la materia y adopten medidas que reviertan situaciones de hecho inconstitucionales respectivamente. Ambos se han catalogado como de remedios débiles porque contienen órdenes de carácter muy general y estático. En el caso ONP la orden fue al Poder Judicial para que se terminen procesos y se impongan sanciones, y a la ONP para que se desista en todos los procesos semejantes. En el caso de la Ley Universitaria el Tribunal declaró cerrada la creación de filiales, dispuso pautas para la labor legislativa, dispuso la clausura de filiales con funcionamiento irregular y dispuso la creación de un órgano especializado en la materia. Ambos casos se han catalogado como de remedios fuertes porque contienen órdenes precisas, indicaciones detalladas de lo que los organismos a quienes se dirigen tienen que hacer o no hacer. Los casos Arellano Serquén y Express Cars S.C.R.L. e Importadora y Exportadora A.S. S.C.R.L. no se han considerado en el análisis porque en ambos el problema se solucionó con la interpretación de una norma, de forma que el contenido de los remedios era simplemente seguir la interpretación pautada.
- 53 En el caso Arellano Serquén sólo se mencionó la competencia de seguimiento del juzgado de primera instancia que debía informar al Tribunal de las medidas adoptadas en el plazo de 10 días de culminado el plazo concedido al CNM. En los casos de la ONP y Marroquín Soto se encargó el seguimiento a la Defensoría del Pueblo, como un traspaso de responsabilidad. Los tres casos por ello se han catalogado como de seguimiento débil, porque las medidas son de carácter mínimo.
- 54 Al analizar el rol de los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales, Néstor Pedro Sagüés señala que teniendo un tope material (y jurídico-político) para la protección de derechos -el presupuesto del Estado y su equilibrio-, existen al menos tres alternativas: (i) no hacer nada, (ii) dar cobertura efectiva a los derechos a riesgo de la fractura y desequilibrio del presupuesto o (iii) dilatar el goce del derecho emitiendo una sentencia exhortativa a quien corresponda para que en cierto plazo adopte las provisiones presupuestarias para atenderlo, con un requerimiento adicional de que se informe al tribunal sobre el cumplimiento de la exhortación que se valore en una segunda sentencia diferida. La última alternativa que propone Sagüés tiene cercanía con el modelo de reforma estructural de litigio de derecho público aunque su esquema remedial no encaja en el modelo dialógico o experimental pues, en principio, refiere a una interacción exclusiva entre el tribunal y la Administración, y no a una participación de tipo abierto.

Tabla 9

Análisis de las declaratorias de ECI en el Perú a la luz de los criterios de efectividad de las sentencias esbozados

Casos / Características	Arellano Serquén	Yarlequé Torres	Express Cars S.C.R.L. e Importadora y Exportadora A.S. S.C.R.L.	ONP	Ley Universitaria	Marroquín Soto
Declaración de derechos	Fuerte	Fuerte	---	Fuerte	Fuerte	Fuerte
Tipo de remedios	---	Débil	---	Fuerte	Fuerte	Débil
Proceso de monitoreo	Débil	Nulo	Nulo	Débil	Nulo	Débil
Impacto	Alto	Bajo	Alto	Bajo	Bajo	Bajo

Nota: La tabla fue elaborada con los datos de

La jurisprudencia peruana sobre ECI, como se desprende de la sistematización del último cuadro, se encuadra en las dos primeras categorías que el magistrado denomina de sentencias declarativas (que serían las de remedios débiles y monitoreo nulo en el análisis de Rodríguez) y de sentencias con órdenes específicas que no contemplan formas de seguimiento o en las que el seguimiento dispuesto es irreal (las sentencias de remedios fuertes y seguimiento débil en la clasificación de Rodríguez). Este panorama ratifica la pobreza de la figura del ECI en el Perú en contraste con su fuente colombiana, aún con las contradicciones que esta jurisprudencia extranjera encierra.

En su trabajo, Eto Cruz (2012) reconoce la falta de «estudios que reflejen la medida en que las órdenes o exhortaciones dictadas por el Tribunal Constitucional [...] han sido implementadas o llevadas a cabo por las autoridades» (p. 122). Es un indicador de preocupación que el Tribunal Constitucional no cuente con información alguna sobre el cumplimiento siquiera de las más trascendentes de sus sentencias. Aunque no se haya reservado el seguimiento de las mismas como aconseja el modelo remedial experimental o dialógico, debiera ser parte de la agenda del máximo órgano de justicia constitucional realizar un estudio mínimo del impacto eficaz de su labor jurisdiccional.

Reflexionando acerca de la agenda pendiente en el Perú sobre ECI, algunos autores/as que han escrito sobre la figura abogan por regular algunos aspectos como quién puede declarar un ECI: si es solo el Tribunal Constitucional o si puede hacerlo cualquier órgano de la jurisdicción constitucional (Naupari, 2009, p. 355), o determinar -en caso de que sea solo el Tribunal- si es cualquiera de sus Salas o solo el Pleno (Indacochea, 2010, p. 85). Indacochea (2010) además anota que debiera regularse la posibilidad de admitir la intervención de terceros potencialmente afectados, entre otros aspectos (p. 85). Por lo demás, la preocupación común es asegurar la efectividad práctica de la declaratoria de ECI por lo que se ha insistido en la necesidad de asegurar el cumplimiento de las órdenes (Vásquez, 2010, p. 147), imponiendo plazos

concretos para que se corrija la situación inconstitucional (Naupari, 2009, p. 355) o perfilando mandatos concretos (Indacochea, 2010, p. 86). No obstante, como se ha indicado a raíz del seguimiento del ECI en Colombia, el primer paso es que se apunte a retomar las potencialidades de la figura para movilizar el *statu quo*, todo desde una lógica que incluya remedios flexibles como marco de acción inicial, con órdenes generales a ser precisadas y perfeccionadas en un proceso dialógico de revisión y seguimiento que apunte a la superación de la situación vulneradora de derechos.

5. Conclusiones

- 5.1 El estado de cosas inconstitucional es una creación jurisprudencial colombiana que ha sufrido una evolución a lo largo de los años en los que se ha perfilado. Tiene dos principales elementos: (i) la vulneración de derechos fundamentales con carácter general (en tanto afectan a una multitud de personas), y (ii) el que las causas de los problemas son de naturaleza estructural (porque la vulneración no se origina de manera exclusiva en la autoridad demandada, sino que la solución exige la acción mancomunada de distintas entidades estatales). En estos elementos centrales se agrupan las otras características que la propia Corte y la doctrina han esbozado. A la fecha, en Colombia se han dictado declaratorias de ECI en ocho situaciones, pero que representan un número mayor de sentencias: incumplimiento de obligación de afiliación de docentes a un fondo de seguridad social, falta de garantía de condiciones de reclusión de personas, falta de servicios de salud para personas privadas de libertad, retraso e ineficiencia en el pago de pensiones, protección de defensoras/es de derechos humanos, omisión de convocatoria a concurso de notarías y desplazamiento forzado. No existe consenso en que todas las sentencias de ECI hayan sido apropiadamente declaradas y, a la vez, se ha criticado que sentencias que merecían la calificación de ECI no la recibieron.
- 5.2 En el Perú el reconocimiento del ECI por parte del Tribunal Constitucional se ha hecho como eco de la jurisprudencia colombiana. A la fecha, en el Perú se ha declarado estado de cosas inconstitucional con ocasión de seis temas: la vulneración del derecho al acceso de la información pública por una incorrecta interpretación legal, la falta de pagos de beneficios sociales a docentes por ineficiencia administrativa, la inconstitucionalidad de una norma tributaria por cuestiones de forma, la inadecuada dilación en procesos de determinación del derecho a la pensión por no seguimiento de jurisprudencia constitucional, la situación de la educación universitaria y la situación de las personas con enfermedades mentales sometidas indebidamente a carcelería. Además de no seguir en general los rasgos característicos de la figura colombiana, el Tribunal Constitucional peruano, al resaltar como principal fundamentación de la declaración de ECI la extensión de los efectos inter-partes, no hace un énfasis en la concepción del ECI como herramienta para corregir problemas estructurales.
- 5.3 En Colombia, la declaración del estado de cosas inconstitucional se ha perfeccionado en el tiempo y solo en su última formulación, y el proceso posterior de seguimiento a la sentencia T-025/2004, se han logrado perfilar mejor los lineamientos de cuándo en estricto es pertinente una declaración de estado de cosas inconstitucional, y cuáles debieran ser las características de la intervención para revertir el problema de orden estructural. En el

caso peruano los lineamientos de la figura también han evolucionado en el tiempo y solo en las últimas sentencias se ha seguido más de cerca los parámetros esbozados en la jurisprudencia colombiana. No obstante, el énfasis en el Perú en los efectos de la modulación de la sentencia ha conllevado que no se preste atención a las dimensiones remediales y de seguimiento de la implementación de las sentencias que sí se han desarrollado últimamente en Colombia. Esto le quita posibilidades a la declaración de estado de cosas inconstitucional como herramienta para que, con la intervención de la jurisdicción constitucional, se reformen efectivamente *statu quo* que vulneran de forma masiva, generalizada y grave los derechos de las personas.

- 5.4 El litigio estratégico presupone un recurso a la función judicial con miras a reformar un *statu quo* en el que se violan derechos fundamentales de personas por fallas estructurales del sistema público, fallas que son continuadas y que aparecen como impermeables al cambio. Por tanto, la figura del ECI tiene una evidente relación con esta forma de entender el acceso a la jurisdicción. Como se desprende del caso colombiano, la mayor potencialidad de la figura está en relación a las posibilidades que ofrecen las órdenes que puede dictar la jurisdicción constitucional y a su seguimiento como herramienta eficaz para movilizar el aparato público y social en *pro* de la superación del problema diagnosticado.
- 5.5 La evolución del ECI en Colombia ha ido de la mano con una mejora en la eficacia de la declaración. Si se valoran no solo los efectos directos y materiales de las sentencias, sino también los efectos simbólicos como los indirectos entonces se puede medir de forma más integral el impacto de las mismas. Especial atención para ello debe brindarse a la formulación de los remedios y a la etapa de monitoreo: la experiencia comparada brinda elementos para pensar que la combinación de una formulación moderada de órdenes de carácter general y un monitoreo fuerte, continuo, de amplia participación y con indicadores adecuados es la receta para lograr que una declaración de estado de cosas inconstitucional logre su objetivo de revertir la situación que propicio su origen.
- 5.6 En el Perú la figura del ECI puede tener una potencialidad mayor si el Tribunal Constitucional profundiza su comprensión de la misma siguiendo a su par colombiano. El ECI ofrece una alternativa para la superación de los problemas de acceso procesal para organizaciones defensoras de derechos humanos y abogadas/os interesadas/os en el patrocinio de casos ante el sistema judicial para la persecución de ideales de justicia anclados en la satisfacción de derechos fundamentales. Para ello se requiere que el Tribunal Constitucional abra su perspectiva remedial al modelo experimental o dialógico que la Corte Constitucional de Colombia ha seguido con ocasión del último fallo de ECI, que incluye un fuerte énfasis en el monitoreo de la implementación en un proceso abierto de participación y colaboración de diferentes partes.

REFERENCIAS

- Abad Yupanqui, S. (2008). *El proceso constitucional de amparo*. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- Amado La Cruz, F. (2009). La declaración del estado de cosas inconstitucionales y la represión de actos lesivos homogéneos. A propósito de la STC Exp. N° 5287-2008-PA/TC. *Gaceta Constitucional*. Tomo 23, 123 - 132.
- Aguilar, J. F., Bohórquez, V. y Santamaría, C. (2006). El estado de cosas inconstitucional: aplicación, balance y perspectivas. *Temas Socio-Jurídicos*. Santander, 24(51), 197 - 21.
- Ariza, L. J. (2013). The Economic and Social rights Of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. En Bonilla Maldonado D. (Ed), *Constitutionalism of the Global South. The activist tribunals of India, South Africa and Colombia*. (pp. 129 - 159). Nueva York: Cambridge University Press. Consulta: 30 de mayo de 2016. Recuperado de http://www.ces.uc.pt/biblioteca/documentos/Daniel_Bonilla_MaldonadoConstitutionalism_of_the_global_South_the_activist_tribunals.pdf
- Bergallo, P. (2005). *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*. Ponencia presentada en el Seminario Latinoamericano de Derecho Constitucional - SELA 2005. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1044&context=yls_sela
- Bonilla Maldonado, D. (2013). Introduction: Toward a Constitutionalism of the Global South. En Bonilla, D. (Ed.) *Constitutionalism of the Global South. The activist tribunals of India, South Africa and Colombia*. (1 - 37). Nueva York: Cambridge University Press. Consulta: 30 de mayo de 2016. Recuperado de http://www.ces.uc.pt/biblioteca/documentos/Daniel_Bonilla_MaldonadoConstitutionalism_of_the_global_South_the_activist_tribunals.pdf
- Botero, C. (2009). La acción de tutela en Colombia: Ajustes necesarios y cautelas indispensables. En Abad, S. y Pérez, P. (Coord.) *La reforma del proceso de amparo: la experiencia comparada*. (pp. 127 - 194). Lima: Palestra Editores.
- Cano, L. (2015). El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*. Bogotá, 33(1), pp. 111 - 120.
- Castillo Cadena, F. (2009). La incidencia de la acción de tutela en la implementación de las políticas públicas. *Universitas*. Bogotá, número 119, pp. 35-54. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08-LAINCIDENCIADELAACCIONDETUTELA_000.pdf

- Cavalié Cabrera, P. (2010). El estado de cosas inconstitucional y la protección de derechos constitucionales prestacionales. *Gaceta Constitucional*. Lima, Tomo 29, pp. 63-77.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES. (2008). *La lucha por el derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. Consulta: 30 de mayo de 2016. Recuperado de http://www.cels.org.ar/common/documentos/la_lucha.pdf
- Céspedes-Espinoza, M. (2011). Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court. *Texas Law Review*. Austin, 89(7), pp. 1699 - 1705.
- Chayes, A. (1976). The Role of The Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*. Cambridge, 89(7), pp. 1281 - 1316. Consulta: 16 de abril de 2013. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/1340256>
- COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER – CLADEM. (2011). *Manual de litigio internacional desde la experiencia del CLADEM*. Lima: CLADEM.
- Cortés Zambrano, S. P. (2012). Poder discrecional de la Corte Constitucional en el Estado de cosas inconstitucional. *Via Inveniendi Et Iudicandi*. 7(14). Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/view/289/304>
- Eto Cruz, G. (2012). Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales. *Pensamiento Constitucional*. Lima, año XV, número 15, pp. 107 - 126.
- Fiss, O. (2007). *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons.
- García, L. (2011). Aproximación a la discusión sobre políticas públicas y justicia constitucional: a propósito del Estado de Cosas Inconstitucional. *Estudios de Derecho*. Medellín, 68(152), pp. 77-112.
- Gargarella, R. (2013). Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida. En Yamin, A. y Gloppen S. (Eds.). *La lucha por los derechos de la salud ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?* (pp. 274 – 294). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Gargarella, R. (2011). Grafting Social Rights onto Hostile Constitutions. *Texas Law Review*. Austin, 89(7), pp. 1537 - 1555.
- Gómez Pinto, L. R. (2012). *El juez de las políticas públicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana / Grupo Editorial Ibañez.
- Indacochea, Ú. (2010). La ONP y el estado de cosas inconstitucional del sistema de defensa judicial del Estado. *Gaceta Constitucional*. Lima, Tomo 29, pp. 79 - 86.
- Landa Arroyo, C. (2010). *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Naupari Wong, A. R. (2009). El acogimiento del "estado de cosas inconstitucional" por el Tribunal Constitucional peruano. En Salinas, S. y otros. *Compendio de instituciones procesales creadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. (pp. 339 – 355). Lima: Gaceta Jurídica

- Parra, O. y Yamin, A. (2013). La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica. En Clérico, L. (Ed.). *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires: Abelardo Perrot.
- Plazas Vega, M. (2009). El poder de la Corte Constitucional en Colombia y el llamado «estado de cosas inconstitucional». *Elementos de Juicio. Revista de Temas Constitucionales*. México, N° 10, pp. 223-270. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/10/cnt/cnt13.pdf>
- Quinche Ramírez, M. F. y Rivera, J. C. (2010). El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos. *Vniversitas*. Bogotá, número 121, pp. 113-137. Consulta: 3 de noviembre de 2012. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82518988005>
- Rivera, J. C. (2012). *Control judicial y modulación de fallos de tutela*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Rodríguez Garavito, C. (2011). Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*. Austin, 89(7), pp. 1669-1698. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://www.texaslrev.com/wp-content/uploads/Rodriguez-Garavito-89-TLR-1669.pdf>
- Rodríguez Garavito, C. (2009). Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. En Rodríguez Garavito, C. (Ed.). *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia* (pp. 434 – 492). Bogotá: Ediciones Uniandes,. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://cijus.uniandes.edu.co/publicaciones/ultimaspublicaciones/masalladeldesplazamiento.pdf>
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2015). *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. Consulta: 30 de mayo de 2016. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.758.pdf
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Consulta: 30 de mayo de 2016. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.185.pdf
- Rojas Camacho, L. A. (2012). *La declaración de estado de cosas inconstitucional. Análisis de la jurisprudencia constitucional colombiana*. Trabajo de investigación para validar Investigación V. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, Facultad De Derecho. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/6427>

- Sabel Ch. F. y Simon W. H. (2004). Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. *Harvard Law Review*. Cambridge, 117(4) , pp. 1015-1101. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/4093364>
- Sagüés, N. P. (2011). Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo, Año XVII, pp. 527 - 541.
- Tolé Martínez, J. (2006). La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. *Cuestiones Constitucionales*. México D.F., N° 15, julio-diciembre 2006, pp. 253 - 316. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1510.pdf>
- Uprimny Yepes, R. (2011). Latin American Constitutionalism: Models of Constitutionalism: historical and contemporary perspectives: the recent transformation of constitutional law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*. Austin, 89(7), pp. 1587- 1609.
- Uprimny Yepes, R. (2007). La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos". *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*. Sao Paulo, año 4, número 6, pp. 53-69. Consulta: 16 de abril de 2013. Recuperado de <http://www.surjournal.org/esp/conteudos/pdf/6/yepes.pdf>
- Vásquez Armas, R. (2012). La técnica del estado de cosas inconstitucional. Fundamento y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional peruano. *Gaceta Procesal Constitucional*. Lima, Tomo 3, pp. 15-34.
- Vásquez Armas, R. (2010). La técnica del estado de cosas inconstitucional. Fundamento y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional peruano". *Ius et veritas*. Lima, N° 41, pp. 128-147.
- Vargas Hernández, C. I. (2011). La función creadora del Tribunal Constitucional". *Revista Derecho Penal y Criminología*. Bogotá, volumen XXXII, número 92, pp. 13-33. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/2959/2603>
- Vargas Hernández, C. I. (2003). 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. *Estudios Constitucionales*. Santiago, Año 1, N° 1, pp. 203-228. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_11.pdf

COMENTARIOS

Heber Campos Bernal
Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

El ensayo de Beatriz Ramírez (BR) aborda un tema de la mayor importancia para la comprensión de los sistemas jurídicos contemporáneos y de la exigibilidad de los derechos sociales a través de la acción decidida de los tribunales, sin afectar por ello, de un modo sensible, la autoridad y la legitimidad de los representantes políticos democráticamente elegidos.

En este breve comentario deseo, por esa razón, detenerme en tres puntos en particular que, a mi juicio, contribuyen a comprender los alcances de un estudio tan prolijo y serio como el de BR. Los puntos a los que me refiero son los siguientes: el estado de cosas inconstitucional (ECI) y las sentencias estructurales como un camino intermedio entre el constitucionalismo de los derechos y el constitucionalismo político, la potencia crítica del activismo dialógico, y la falta de una mirada crítica en nuestra doctrina y jurisprudencia actuales que hagan posible una recepción directa de estas estrategias de intervención judicial desarrolladas por la Corte Constitucional de Colombia.

El estado de cosas inconstitucional y las sentencias estructurales como un camino intermedio entre el constitucionalismo de los derechos y el constitucionalismo político

El ensayo de BR se centra en la experiencia colombiana donde, de un tiempo a esta parte, su Corte Constitucional viene emitiendo sentencias que ponen el acento en la importancia de reconocer y garantizar, en un sentido fuerte, los derechos sociales, pero al mismo tiempo comprometer y promover espacios de diálogo fluidos entre todos los actores institucionales responsables de su eficacia práctica.

La mirada de BR es, en ese sentido, descriptiva, pues nos permite conocer como la Corte Constitucional de Colombia (CCC) ha puesto en práctica diversas estrategias de exigibilidad de los derechos sociales sin parangón en la experiencia comparada. Su análisis se centra en dos aspectos: en el denominado Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) y en las sentencias estructurales.

El ECI es, en palabras de BR:

[...] uno de los aportes del constitucionalismo colombiano a la jurisprudencia internacional protectora de derechos fundamentales (Rodríguez, 2009, p. 435). Mediante ella, la Corte Constitucional ha abordado situaciones es las que "concurren la violación masiva de derechos fundamentales, las deficiencias estructurales para su atención y la falta de voluntad de las autoridades estatales en todo o en parte del territorio nacional, de forma tal que, ante esa situación, se puede generar una gran proliferación de tutelas, con graves consecuencias para la congestión

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/heber-campos-bernal>

de los despachos judiciales" (Plazas, 2009, p. 244). Además del dictado de órdenes para cautelar los derechos de los/as accionantes, la Corte declara una situación estructural que lesiona derechos de un número amplio y hasta indeterminado de personas que no son parte del proceso, de forma que el fallo tiene un efecto preventivo general que transforma una realidad dada de falla estructural (Vargas 2003, p. 214).

Considero que la definición que realiza BR del ECI es, en esencia, correcta. Se trata de una figura procesal con un fuerte contenido valorativo que tiene por objeto llamar la atención sobre situaciones de desprotección masivas y sistemáticas de derechos fundamentales basadas en causas estructurales y motivadas, a su vez, en parte, por la omisión sempiterna del Estado por resolver esta problemática.

La forma como la CCC ha buscado superar (responder) el ECI ha sido a través de las sentencias estructurales. Estas consisten en un tipo de remedio judicial que se aleja de los pronunciamientos que, convencionalmente, emiten las cortes de justicia, pues su objetivo no consiste en determinar si un pedido o demanda es válido —en un sentido jurídico solamente— sino en establecer las condiciones en que dicha respuesta o remedio judicial puede hacer la diferencia para lograr un cambio real, efectivo, en torno a la problemática que enfrenta.

[...] Bonilla (2013) señala que se declara ECI cuando la Corte recibe un considerable número de tutelas sobre un tema que afecta a un considerable número de personas. El uso amplio de las tutelas es un indicador de que un sector estatal está violando derechos y, en atención a la eficiencia, la Corte acumula casos similares para decidir en una sola decisión (pp. 141 - 142). Por ello, se destaca también que la declaratoria del ECI no es inmediata, sino que se analiza el impacto de anteriores sentencias de tutela hasta que detecta un problema estructural; este requisito se cumplió en todas las sentencia de ECI menos en la T-590/1998.

Tanto el ECI como las sentencias estructurales se inscriben en una tradición que no se corresponde, necesariamente, ni con el constitucionalismo de los derechos ni con el constitucionalismo político. En América Latina, sobre todo en los últimos años, la doctrina y la jurisprudencia de nuestros altos tribunales se hallan, profundamente, comprometidas con el constitucionalismo de los derechos. Esto no es una novedad desde que, como señalan diversos autores, desde mediados del siglo XX opera en nuestra región un cambio de paradigma, donde lo relevante, lo característico es antes que el derecho por reglas o viejo derecho, el derecho por principios o nuevo derecho¹.

Esta tradición del constitucionalismo de los derechos se opone, en un sentido bastante profundo, al constitucionalismo político, su opuesto o *cara de Jano*, donde, por caso, impera antes que un discurso favorable a la intervención de los tribunales para resolver casos donde está en cuestión el reconocimiento y exigibilidad de los derechos, un discurso donde esa potestad recae en los órganos políticos, debido a la carga moral y valorativa presente en las normas iusfundamentales².

Esta tradición del constitucionalismo político no goza de una gran popularidad entre nosotros. Por lo general, la dogmática latinoamericana reciente considera que los órganos políticos no son, en lo absoluto, "buenos guardianes" de la Constitución, pues a diferencia de los órganos judiciales, carecen de autonomía e independencia y se guían en sus decisiones por incentivos

1 Zagrebelski, G. (1997). *El derecho dúctil*. (pp. 25 y ss.). Madrid: Trotta

2 Waldron, J. (2016). *Political Political Theory*. (pp. 195). Cambridge: Harvard University Press ;

de corte electoral (o incluso económico). Como señala Luigi Ferrajoli, los órganos políticos son parte de los poderes salvajes que los jueces deben y tienen que combatir con todas las armas que la Constitución y la ley les otorgan³.

La actuación de la CCC a través de la declaración del ECI y la emisión de sentencias estructurales, sin embargo, se ubica en un espacio intermedio entre el constitucionalismo de los derechos y el constitucionalismo político. A través de estas estrategias de intervención judicial la CCC parece querer decirnos que el problema, después de todo, no es quien tiene la última palabra sobre el significado de la Constitución (¿quién debe ser el guardián de la Constitución?), sino cómo y con qué alcances se protegen mejor los derechos fundamentales de los sectores más deprimidos y desaventajados de la sociedad colombiana.

Este aspecto ha sido discutido y resaltado por diversos autores. Me interesa, en esa medida, el argumento avanzado por David Landau sobre este tema. Según Landau (2011):

La jurisprudencia sobre el estado de cosas inconstitucional tiene semejanzas con la orden judicial estructural estadounidense pero es de mayor escala y más centralizada. Mientras que las órdenes judiciales estructurales suelen ser supervisadas por los tribunales de distrito e involucrar instituciones de una localidad, la misma Corte Constitucional supervisa los estados de cosas inconstitucionales, y a menudo declara que abarcan a todo el país y a un grupo de escala nacional. Además, aunque a veces ha declarado estados de cosas inconstitucionales para remediar problemas de grupos que podrían estar mal representados en un sistema que funciona bien, como los presos y los desplazados por un conflicto civil, también los ha usado para atender a grupos que deberían ser políticamente poderosos, como los pensionados y los abogados que aspiran a ser notarios. La Corte concibe la doctrina del estado de cosas inconstitucional menos como un remedio para grupos particulares y más como un estado de cosas general contrario a lo que ordena la Constitución. La doctrina es entonces congruente con su visión de la Constitución como un documento transformador y con su rol de velar para que la aspiración constitucional y la realidad empiecen a concordar. Es también congruente con una concepción del rol judicial que se basa en la «cooperación armoniosa» entre las ramas, y no en un conjunto de roles predeterminado. (p. 56)⁴

Considero, con cargo a profundizar un poco más mi punto en el siguiente acápite, que la mirada de Landau es interesante por varias razones. Primero, porque resalta la originalidad de la CCC para abordar problemas estructurales que comprometen a las diversas ramas del Estado colombiano, luego porque establece una línea de origen entre este tipo de intervenciones y la jurisprudencia comparada –sobre todo con la jurisprudencia norteamericana de las denominadas *class actions*- y, por último, porque subraya el impacto que este tipo de intervenciones han tenido en la consolidación del Estado Constitucional de Derecho en Colombia. Este argumento va en la misma dirección del que, a su vez, han desarrollado otros autores que sostienen la importancia de la CCC para el fortalecimiento de la democracia y la institucionalidad política en el hermano país del norte⁵.

3 Ferrajoli, Luigi. (2000). *Derechos y garantías*, (pp. 40 y ss.) Madrid: Trotta

4 Landau, D. (2011). *Instituciones políticas y función judicial en derecho constitucional comparado*, en: *Revista de Economía Institucional*, 13(24), Primer Semestre/2011, p.56.

5 Entre estos, sin duda, se ubican autores como Cesar Rodríguez, Rodrigo Uprinsky, o María Luisa Rodríguez Peñaranda.

La potencia crítica del activismo dialógico

Otro punto a tomar en cuenta tiene que ver con lo que Gargarella⁶ denomina activismo dialógico, esto es, un tipo de intervención judicial que no se agota en la adjudicación formal de derechos, sino que va más allá y que busca encontrar puntos de acuerdo comunes entre los diversos actores políticos e institucionales comprometidos con la solución de una determinada problemática.

El ECI y las sentencias estructurales hacen parte de este set de herramientas jurídicas destinadas a dotar de sentido al activismo dialógico y que parten de la idea de que los jueces no están en condiciones de resolver, de forma satisfactoria, todos los conflictos que son puestos en su conocimiento. Ello así porque, como afirma Gargarella, los jueces no son hiperracionales y no tienen ni la autoridad ni la legitimidad política suficiente, incluso, para reclamar el cumplimiento de sus propias órdenes. El activismo dialógico nos pone, pues, frente a una paradoja bastante peculiar: Nos pide por un lado reconocer, humildemente, que los jueces son falibles –tanto jurídica como institucionalmente-, y por el otro aceptar que los demás actores políticos, incluidos, sin duda los que ejercen cargos de representación popular, pueden propender a la solución de los problemas que aquejan a la comunidad en su conjunto a través de su participación en espacios de deliberación pública donde lo que prima son, antes que los argumentos de autoridad, las mejores razones, basadas en los principios y valores –el cemento de la sociedad- que articulan el ejercicio del poder en un Estado de Derecho.

El activismo dialógico constituye un espacio idóneo para la superación de los desacuerdos –morales y políticos- en una democracia. El hecho del desacuerdo es, como decía Mangabeira Unger, el secreto mejor guardado de la teoría del derecho actual, pues evita poner de relieve un aspecto de la mayor importancia para el funcionamiento de las sociedades bien ordenadas: cómo se protegen y garantizan los derechos sin afectar, por ello, la autoridad y la legitimidad de los órganos políticos. Tanto el ECI como las sentencias estructurales se ubican en esa senda y abren un surco prometedor respecto a cómo lidiar con las omisiones legislativas, la inequitativa distribución de la riqueza en nuestros países, y la coordinación entre las diferentes ramas del poder público.

La falta de una mirada crítica en nuestra doctrina y jurisprudencia actuales que hagan posible una recepción directa de estas estrategias de intervención judicial desarrolladas por la Corte Constitucional de Colombia

Como último punto quisiera referirme ahora a por qué en nuestro medio intervenciones como las avanzadas por la CCC no han sido –y diría: no son- posibles y qué consecuencias trae ello para el reconocimiento y exigibilidad de los derechos en general y de los derechos sociales en particular:

Para empezar considero que ello es así por una razón de tipo formal: nuestro sistema jurídico no le otorga al Tribunal Constitucional una posición y unas competencias similares a las de la CCC. Nuestro TC no es, en ese sentido, una corte de precedentes ni, mucho menos, una corte que esté en condiciones de elegir sus “casos”. Nuestro TC actúa, incluso, en los procesos constitucionales de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento como tercera instancia, desdibujando su rol institucional y poniendo en cuestión su legitimidad argumentativa.

6 Gargarella, R. (2004). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>

Asimismo, la práctica jurisprudencial de nuestro TC ha sido, por lo general, bastante débil, al punto que una herramienta tan potente y valiosa como la emisión de precedentes ha sido utilizada, principalmente, para “innovar” la legislación y la doctrina procesales, antes que la doctrina en materia de derechos. De los poco más de 40 precedentes que el TC ha emitido desde que cuenta con esa función, por lo menos, un tercio de ellos se refiere a cuestiones procesales con todo lo que ello implica⁷.

Pero hay también una razón de tipo material que explica porque en el Perú intervenciones como las desarrolladas por la CCC no han sido posibles. Estas, a mi juicio, se inscriben en dos planos: la cultura jurídica y la debilidad de nuestras instituciones políticas. La primera, claramente, se expresa a través del formalismo que impera en nuestros órganos de justicia, donde, por caso, el silogismo jurídico brilla con luz propia e ilumina la mente y la imaginación decimonónica de nuestros operadores jurídicos. Y la segunda, por su parte, se expresa en la resistencia de nuestros órganos de representación de ceder aunque sea un milímetro del poder que ejercen a otros espacios o entidades. Así, pues, intervenciones como las avanzadas por la CCC en nuestro país serían, probablemente, censuradas y criticadas y serían percibidas como una intromisión insoportable de la justicia en ámbitos que, formalmente, les corresponden a otros poderes del Estado.

Finalmente, aunque no menos importante, nuestro TC es un reflejo de los problemas que afronta actualmente nuestra democracia. En esa medida, si esta es imperfecta o muy débil, difícilmente, nuestros jueces tenderán a no serlo también. Que no se preste a equivoco: no quiero decir que nuestros jueces sean incompetentes o que no cumplan con sus responsabilidades lealmente, quiero decir, apenas, que aun cuando quisieran ir más allá de lo que el canon –la conciencia jurídica del país– establece no podrían hacerlo, pues ésta les impondría límites bastante férreos que, directa o indirectamente, tenderían a aceptar. Los cambios y las transformaciones se gestan lentamente, y en nuestro país estos recién están empezando.

7 Campos, H. J. (2016). Las razones detrás del precedente: el Tribunal Constitucional y la justificación (acrítica) de los precedentes vinculantes en nuestro sistema jurídico. Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales. Lima: Palestra, pp. 221 y ss.

RESPUESTA DE LA AUTORA

A propósito de la declaración de estado de cosas inconstitucional (ECI): profundizando en sus fundamentos

El presente comentario tiene como propósito dialogar con las reflexiones que Heber Campos ha tenido a bien desarrollar a partir de mi ensayo sobre el estado de cosas inconstitucional y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público desde una mirada de la jurisprudencia colombiana y peruana.

En primer lugar, él reflexiona acerca del ECI y las sentencias estructurales «como un camino intermedio entre el constitucionalismo de los derechos y el constitucionalismo político» y, en segundo lugar, destaca «potencia crítica del activismo dialógico». Innegablemente, la figura analizada es parte del debate acerca del rol de la justicia en un Estado democrático. Aunque el ensayo no busca profundizar en dicho tópico, el trabajo destaca que se trata de práctica judicial que trasciende el formalismo jurídico característico de los ordenamientos de nuestra región y que se enmarca en un quiebre respecto de la concepción tradicional de la separación de poderes; dado que, por supuesto, hay interacción entre los mismos, se inserta más bien en el debate sobre las modalidades, alcance y los límites de la intervención judicial en la actuación a cargo del Poder Ejecutivo.

Una concepción de democracia deliberativa, que sostiene que las decisiones públicas deben adoptarse en un marco de debate colectivo con la intervención de todas las partes potencialmente afectadas, es el que mejor sirve de marco para entender el ECI⁸. Ante una situación en la que una o varias fallas estructurales tienen repercusión en los derechos constitucionales de las personas que judicializan dicha vulneración, esta figura se asienta en la legitimidad de las juezas y jueces para intervenir en la búsqueda de soluciones públicas.

Como señala el profesor Campos, se trata de una solución intermedia en tanto considera la crítica fundamentada de que la judicatura no cuenta con herramientas para desarrollar políticas apropiadas e implementar reformas sociales. No se trata pues de un activismo sin límites. Pero marca distancia también de las posiciones que parten de una absoluta desconfianza en la actuación de los órganos políticos, considerados como «poderes salvajes que los jueces deben y tienen que combatir con todas las armas que la Constitución y la ley les otorgan» como se indica en cita a Ferrajoli.

La solución está dada por el rol que asumen los órganos jurisdiccionales: no es el diseño de las soluciones públicas, sino la moderación de un proceso a cargo del Poder Ejecutivo que propicia el protagonismo de las ciudadanas y ciudadanos concernidos por la materia⁹. Eso es lo que Gargarella denomina una concepción de «justicia dialógica»¹⁰.

8 Gargarella, R. (2013). Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida. En Yamin, A. y Glöppen, S. (Eds.). La lucha por los derechos de la salud ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio? (pp.282 – 285). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

9 Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2010). Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. (pp. 52 – 57). Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2015). Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. (pp. 233 - 234). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

10 Gargarella, R. (2013). Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida.

Los remedios y el monitoreo son entonces los elementos centrales del potencial éxito de esta figura. En la lógica de un control horizontal entre los poderes del Estado, en la evolución del estado de cosas inconstitucional en Colombia se ha puesto un mayor énfasis gradual en que las declaraciones fuertes de derechos protegidos (*derechos fuertes*) vayan acompañadas de un proceso claro de formulación de las soluciones a cargo del poder público (*remedios moderados*) y un efectivo seguimiento de la implementación de dichas soluciones (*monitoreo fuerte*), tomando en cuenta en estos últimos dos componentes la participación de la ciudadanía¹¹.

En esta combinación, la mejor expresión del ECI en el caso colombiano se ha dado a propósito del desplazamiento forzado: la sentencia T-025 de 2004 ha tenido un proceso de diseño e implementación de soluciones públicas a cargo del Poder Ejecutivo y, a la fecha, aún se mantiene el proceso de seguimiento, todo con participación de la sociedad civil. En la página web de la Corte Constitucional de Colombia¹² se puede apreciar la evolución de los autos de seguimiento de esta sentencia desde 2004 a 2016: doce años después, la Corte Constitucional ha indicado en su más reciente auto sobre la materia que en los componentes de participación y de registro (con excepción del registro de los pueblos y comunidades étnicos) se ha superado el estado de cosas inconstitucional; en los demás componentes como las políticas de tierras y vivienda, la prevención y protección, las políticas relativas a los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, la educación, la ayuda humanitaria, y los retornos y las reubicaciones, el nivel de cumplimiento es dispar¹³.

En tercer lugar, el profesor Campos reflexiona acerca de «la falta de una mirada crítica en nuestra doctrina y jurisprudencia actuales que hagan posible una recepción directa de estas estrategias de intervención judicial desarrolladas por la Corte Constitucional de Colombia». El ensayo se centra en el análisis de la forma en la que el Tribunal Constitucional peruano ha acogido la figura del ECI y busca así brindar elementos que permitan tratarla de una forma más cercana a la manera en que esta figura ha sido delineada en la jurisprudencia colombiana, que es de donde proviene. Sobre el punto, se anota que el rol de nuestro Tribunal no es el de «una corte de precedentes ni, mucho menos, una corte que esté en condiciones de elegir sus “casos», sino que actúa básicamente “como tercera instancia». Coincidiendo con este punto, considero que la razón principal está en el énfasis de la práctica jurisprudencial del órgano de justicia: un énfasis mayor en lo procesal que en lo sustantivo. Citando un trabajo cuyo, el profesor Campos indica que »[d]e los poco más de 40 precedentes que el TC ha emitido desde que cuenta con esa función, por lo menos, un tercio de ellos se refiere a cuestiones procesales con todo lo que ello implica». El trabajo que presento concluye algo semejante, que en la jurisprudencia peruana la figura del ECI ha sido empleada principalmente como una herramienta procesal antes que sustantiva.

A la fecha, el ECI ha sido declarado en ocho temas: la vulneración del derecho al acceso de la información pública por una incorrecta interpretación legal¹⁴, la falta de pagos de benefi-

En Yamin, A. y Gloppen, S. (Eds.). *La lucha por los derechos de la salud ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?* (pp.291 – 292). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores

11 Rodríguez Garavito, C. *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*. *Texas Law Review*. Austin, 89(7), pp. 1691-1692.

12 Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/Autos.php>. Consulta: 1 de octubre de 2016.

13 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 373 del 23 de agosto de 2016.

14 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, de fecha 6 de abril de 2004.

cios sociales a docentes por ineficiencia administrativa¹⁵, la inconstitucionalidad de una norma tributaria por cuestiones de forma¹⁶, la inadecuada dilación en procesos de determinación del derecho a la pensión por no seguimiento de jurisprudencia constitucional¹⁷, la situación de la educación universitaria¹⁸, la situación de las personas con enfermedades mentales sometidas indebidamente a carcelera¹⁹, el incumplimiento de sentencias de proceso constitucionales²⁰ y la separación de la escuela de formación policial por razón de maternidad/paternidad²¹. De estas sentencias, y de otras en las que se ha hecho referencia a los alcances de la figura²², puede concluirse que en el Perú la utilidad del ECI se ha centrado en la modulación de los efectos de la sentencia: la orientación no es la legitimidad de la intervención judicial en la solución de problemas sociales estructurales, sino en las posibilidades que ofrece para la descongestión de la carga de la jurisdicción constitucional.

Por ello, en la jurisprudencia nacional no se ha dado énfasis a las dimensiones remediales y de seguimiento. Aún en el caso más emblemático de estado de cosas inconstitucional declarado en el Perú, en mi opinión el referido a la educación universitaria, el Tribunal Constitucional no ha tenido una intervención mayor a la emisión de su sentencia en 2010, más allá de retomar en posteriores pronunciamientos las consideraciones allí expuestas²³. Aunque el proceso de reforma universitaria que se plasmó en la Ley N° 30220 tuvo como uno de sus fundamentos la declaración de ECI previa, el Tribunal Constitucional no tuvo participación en el mismo, y la reforma se basó, sobre todo, en un importante impulso y consenso legislativo sobre el particular²⁴.

Aún hay un importante camino por recorrer en el Perú para seguir la dinámica que el ECI tiene en su país de origen. Como bien apunta el comentarista de mi ensayo, se requiere

15 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 03149-2004-AC/TC, de fecha 20 de enero de 2005.

16 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencias en los Expedientes N° 06089-2006-PA/TC de fecha 17 de abril de 2007 y N° 06626-2006-PA/TC, de fecha 19 de abril de 2007.

17 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 05561-2007-PA/TC, de fecha 24 de marzo de 2010.

18 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente 00017-2008-PI/TC, de fecha 15 de junio de 2010.

19 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 03426-2008-PHC/TC, de fecha 26 de agosto de 2010.

20 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 01722-2011-PA/TC, de fecha 11 de julio de 2013.

21 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente 01126-2012-PA/TC, de fecha 6 de marzo de 2014.

22 Entre otras, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 04878-2008-PA/TC, de fecha 20 de marzo de 2009, fundamentos 15-17; sentencia en el Expediente N° 05287-2008-PA/TC, de fecha 4 de septiembre de 2009, fundamento 12; y sentencia en el Expediente N° 04611-2007-PA/TC, de fecha 9 de abril de 2010, fundamento 23. En ninguna de estas se declaró ECI, pero el Tribunal desarrolla el alcance de la figura.

23 Es el caso de la sentencia en el proceso de inconstitucionalidad de la Ley N° 29652, Ley que crea la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma (Expediente 00019-2011-PI/TC, de fecha 11 de junio de 2013). Asimismo, retomando los argumentos de la sentencia en el Expediente 00017-2008-PI/TC, el Tribunal Constitucional resolvió las demandas de inconstitucionalidad respecto de diversos artículos de la Ley N° 30220, nueva Ley Universitaria (Expedientes N° 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC, de fecha 10 de noviembre de 2015).

24 En la página web sobre el proceso de reforma universitaria se puede apreciar una cronología en la que se menciona como hitos la sentencia del Tribunal Constitucional de 2010 y de 2015. La página web está disponible en <<http://reformauniversitaria.pe/que-es-la-reforma-universitaria/pasos-hacia-la-reforma/>>. Consulta: 1 de octubre de 2016.

también un cambio en nuestra cultura jurídica en la que aún hoy predomina lo formal y un fortalecimiento de nuestras instituciones; entre ellas, el Tribunal Constitucional. Acoger la figura del ECI es un primer paso de apertura de nuestra jurisprudencia constitucional, aprovechar todas las potencialidades que ofrece para un fortalecimiento de la democracia basado en la colaboración entre los poderes estatales es el siguiente paso, aún pendiente