

UNIVERSIDAD CATÓLICA “SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO”



FACULTAD DE DERECHO

Escuela de Derecho

**“LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL PRECEDENTE VINCULANTE
NORTEAMERICANO EN EL PERÚ Y SUS REPERCUSIONES
JURISPRUDENCIALES”**

INFORME FINAL DE TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

José Humberto Ruiz Riquero

Chiclayo, Noviembre de 2012

RESUMEN DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA CUALITATIVA EN
DERECHO PARA INFORME DE TESIS

I. DATOS INFORMATIVOS

1.1. Carrera Profesional: DERECHO

1.2. Ciclo: XII

1.3. Línea de investigación : JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

1.4. Lugar de ejecución: CHICLAYO - USAT

1.5. Duración del proyecto (TEMPORALIDAD):

1.5.1. *Periodo de duración:* 3 CICLOS

1.5.2. *Fecha de inicio:* 4^{ta} semana de marzo de 2011

1.5.3. *Fecha de Término:* Julio 2012

1.6. Autor: JOSÉ HUMBERTO RUIZ RIQUERO

1.7. Asesor temático: ABOG. KATHERINEE ALVARADO TAPIA

1.8. Docente de TT (II): ABOG. CESAR MARTÍN VINCES ARBULU

II. FORMULACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. TEMA DE INVESTIGACIÓN

**“LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL PRECEDENTE VINCULANTE
NORTEAMERICANO EN EL PERÚ Y SUS REPERCUSIONES
JURISPRUDENCIALES”**

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

A partir de la aplicación de la teoría del precedente norteamericano en el Perú
**¿Cuál es la fundamentación material que el Tribunal Constitucional peruano
tendría que adoptar para establecer precedentes auténticamente
vinculantes?**

DEDICATORIA

A Dios misericordioso, por la vida y por la fortaleza espiritual que nos da su amor.

“Un buena madre vale por cien maestros”

A mi amada madre Zoila Riquero Villalobos por darme la vida, por todo el esfuerzo, ejemplo y valioso apoyo espiritual que depositó desde el inicio de mis estudios universitarios, estando siempre a mi lado y brindando su amor. Para ella mi gratitud enorme, que tal vez no sea suficiente para recompensar todo lo que hace y sigue haciendo por mí... Muchas gracias.

A mi abuela Julia Villalobos y a mis hermanas Patricia y Karina, por darme la fuerza para luchar día a día con las adversidades de la vida, por ser mis amigas, por tenerme confianza y estar siempre a mi lado.

A mis profesores y amigos, por los buenos momentos que pasamos en las aulas universitarias, su constante apoyo moral en los momentos más difíciles.

Para aquellas personas emprendedoras que buscan con ideas innovadoras fortalecer el ordenamiento jurídico para que se procure una luz de justicia en Nuestro País.

A todas las personas que de una u otra forma contribuyeron al desarrollo de la presente investigación.

AGRADECIMIENTO

Son muchas las personas a quienes me gustaría agradecer por estar siempre conmigo, por su apoyo, ánimo, compañía y por permitirme hacer posible la realización de ésta Tesis:

“La investigación rejuvenece a los viejos y madura a los jóvenes”

A la Universidad Católica “Santo Toribio de Mogrovejo”, por haberme acogido en su Alma Mater.

A los Catedráticos y Personal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica “Santo Toribio de Mogrovejo”; por brindarme una eficiente formación no solo académica y profesional, sino también en principios y valores morales. Porque durante mi trayecto por las aulas universitarias me enseñaron que para ejercer la noble carrera profesional de Abogado es necesario un comportamiento honesto, competitivo y a la vez humano sin perder la rigurosidad académica propia de la Ciencia Jurídica.

A mi Asesor Temático, la Dra. Katerinee Alvarado Tapia, en testimonio de mi agradecimiento por brindarme su disposición constante, acertada orientación y guía en la realización de esta investigación científica. Quien despertó mi vocación por la investigación jurídica y académica por el Derecho Constitucional.

Deseo extender mi sincero agradecimiento al Señor Dr. Edwin Figueroa Gutarra, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, por atender a mis interrogantes e inquietudes sobre la investigación realizada.

Asimismo, a los Doctores: Elia Jovanny Vargas Ruiz y Miguel Augusto Falla Rosado, quienes favorecieron profesional y personalmente al perfeccionamiento de la Tesis.

No puedo dejar de reconocer la colaboración y demás sugerencias metodológicas facilitadas por la Mgtr. Ana María Llanos Baltodano, profesora de la asignatura de Metodología de la Investigación Jurídica realizadas al proyecto de investigación; así como la correspondida entereza de los Abogados: Rocci Bendezú Barnuevo y Martín Vinces Arbulú profesores del Taller de Titulación I - II, al haber sometido este proyecto de investigación a una continua y exhaustiva revisión metodológica. Es necesario resaltar que todos y cada uno de los errores que puedan surgir de esta Tesis son atribuibles, en forma exclusiva, al Autor de la misma.

A quienes con paciencia han accedido a escuchar mis preocupaciones sobre la presente investigación científica y con admirable perseverancia han colaborado a que el interés, que tengo, por la Ciencia del Derecho haya madurado y tomado forma, en lo que considero mi lugar, el Derecho Constitucional.

RESUMEN

La explicación de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano importa una labor en la cual se avizoran distintos contextos: de un lado se ha ido afianzando como categoría normativa dentro del sistema de fuentes que comunica la jurisdicción constitucional peruana y de otro lado, ha distinguido una estructura de suma polémica entre los jueces del Poder Judicial, en tanto se ha avisado su carácter de coerción y restricción como categoría *sui generis* respecto de la interpretación jurídica en general. Pese a este pormenor, suele afirmarse persuasivamente, que las sentencias del Tribunal Constitucional son *vinculantes*; sin embargo, no siempre quedan claros los alcances y matices de esta expresión.

La presente investigación científica cualitativa está estructurada en tres partes. La primera parte dedicada a la Interpretación Constitucional y el Neoconstitucionalismo como un nuevo modelo institucional del Derecho. La segunda parte está dedicada a la Teoría Argumentativa General del Precedente Vinculante y sus aspectos conceptuales básicos. Y finalmente, la tercera parte de la tesis se denomina: Exploración al precedente constitucional vinculante a partir de la exégesis del Código Procesal Constitucional y la interpretación del Tribunal Constitucional peruano: marco legal y jurisprudencial.

En definitiva, la visión del TC se deduce de toda una doctrina muy presente en la literatura jurídica contemporánea denominada Neoconstitucionalismo, que se refleja en la llamada constitucionalización del ordenamiento jurídico. Al señalar, el TC que es el ser supremo intérprete de la Constitución, supone pues admitir necesariamente que respecto de los demás operadores jurídicos, en particular, y respecto a los demás intérpretes vinculantes de la Constitución (especialmente los jueces), estos tienen un papel de subordinación –entiéndase bien sólo para la interpretación, es decir, para la concreción de la Constitución-. Por tanto, es innegable reconocer que el TC labora por encargatura de la propia Constitución y normas del bloque de la constitucionalidad, en este sentido se debe considerar que el Colegiado –*crea derecho*-, lo cual quiere decir interpretar y de ser el caso, también integrar.

ÍNDICE

PORTADA

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN 06

ÍNDICE 07

TABLA DE ABREVIATURAS 12

INTRODUCCIÓN 14

CAPITULO I:

***INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y NEOCONSTITUCIONALISMO:
UN NUEVO MODELO INSTITUCIONAL DEL DERECHO.***

..... 28

1.1.- Sentidos del Neoconstitucionalismo 31

1.2.- Rasgos distintivos como teoría del Derecho 41

1.2.1.- *Una presunción principialista 41*

1.2.2.- *Un repensar a la ponderación..... 45*

1.2.3.- *Dinamismo de la Constitución. 47*

1.2.4.- <i>Materialización del Control constitucional.</i>	53
1.3.- Consecuencias del Neoconstitucionalismo.	65
1.3.1.- <i>Cambio de tesis en la definición del Derecho.</i>	67
1.3.2.- <i>Plena vigencia de los derechos fundamentales.</i>	70
1.3.3.- <i>Reposicionamiento de los jueces constitucionales.</i>	73
1.4.- La reformulación de la teoría clásica de la interpretación de las fuentes del derecho	81
1.5.- La función jurisdiccional del Tribunal Constitucional en un sistema jurídico dinámico.	86
1.5.1.- <i>Los Tribunales Constitucionales como órganos de creación normativa</i>	87
1.5.2.- <i>La función jurisdiccional en el ámbito constitucional.</i>	90

CAPITULO II:

LA TEORÍA ARGUMENTATIVA GENERAL DEL PRECEDENTE VINCULANTE:

ASPECTOS CONCEPTUALES BÁSICOS.

.....	95
-------	----

1.1.- Aspectos conceptuales básicos: el precedente vinculante en la Jurisdicción Constitucional actual.	97
.....	
2.1.1.- <i>El umbral del precedente constitucional.</i>	99
2.1.2.- <i>Definición y apología de su realidad.</i>	110
2.1.3.- <i>Fundamento cardinal al interior del Precedente Constitucional Vinculante.</i>	116
2.1.3.1.- El Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución.	116
2.1.3.2.- El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Neoconstitucionalismo.	131
2.1.- Componentes del precedente constitucional vinculante.	137
2.2.1.- <i>La vinculación a la ratio decidendi contenida en el precedente constitucional vinculante.</i>	140
2.2.2.- <i>El carácter persuasivo de la interpretación contenida en un obiter dicta.</i>	146
2.2.3.- <i>La vinculación del precedente constitucional vinculante propiamente dicho.</i>	150

3.1.- La diferenciación entre jurisprudencia constitucional y precedente constitucional vinculante.	169
---	------------

CAPÍTULO III:

<i>EXPLORACIÓN AL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE A PARTIR DE LA EXÉGESIS DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO: MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.</i>	177
---	------------

3.1.- Reflexión al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.	179
---	------------

1.1.1 <i>Inglaterra y su equilibrio institucional al precedente</i>	187
---	-----

1.2.1 <i>El stare decisis norteamericano y su efecto vinculante</i>	196
---	-----

3.2.- La Base Constitucional del precedente vinculante. Caso Salazar Yarlenque.	215
---	------------

3.3.- El Poder Judicial y el Precedente Constitucional Vinculante: la invocación de la Independencia Judicial. ¿Los jueces se pueden o no se pueden apartar del precedente constitucional vinculante?	221
---	------------

3.4.- El esclarecimiento de precedente constitucional vinculante según el Tribunal Constitucional (Caso: Municipalidad Distrital de Lurín).	230
---	------------

3.5.- Presupuestos básicos para emitir un precedente constitucional vinculante según el Tribunal Constitucional (Exp. N° 0024-2003-PI/TC y Exp. N° 3741-2004-PA/TC).....	231
3.6.- Ubicación del precedente constitucional vinculante dentro de la pirámide normativa.	234
CONCLUSIONES	239
BIBLIOGRAFÍA	243
ANEXO JURISPRUDENCIAL	280
ANEXO	329

TABLA DE ABREVIATURAS

ABREVIATURA	CONSIDERADO
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos.
CIDH	Comisión Interamericana de Derecho Humanos.
CNM	Consejo Nacional de la Magistratura.
Corte IDH	Corte Interamericana de Derecho Humanos.
CPCont.	Código Procesal Constitucional.
CPP	Constitución Política del Perú.
DD.HH.	Derechos Humanos.
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos.
ITF	Impuesto a las Transacciones Financieras.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOTSC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
Nº	Número.
PA	Proceso de Amparo.
PI	Proceso de Inconstitucionalidad.
PHC	Proceso de Hábeas Corpus.
PJ	Poder Judicial.
RES.	Resolución.
STC.	Sentencia del Tribunal Constitucional.
T.	Tomos.
TC	Tribunal Constitucional.

ABREVIATURA	CONSIDERADO
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TP.	Título Preliminar.
TUO	Texto Único Ordenado.
Art. / Arts.	Artículo (os).
Cfr.	Confrontar / Confróntese.
<i>cit.</i>	Citado.
Ed. / Edit.	Edición / Editorial
etc.	Etcétera.
Exp.	Expediente.
Ibídem	Obra citada en forma consecutiva.
Ídem	Anteriormente citada / distinta página.
Inc.	Inciso.
<i>op. cit.</i>	“Opere Citato” (obra citada).
p. / pp.	Página / Páginas.
s. / ss.	Siguiete / Siguietes.
Vide.	Véase.
Vol.	Volumen.
Web Site	Página Web Citada.

INTRODUCCIÓN

La *creación del Derecho* debe ser obra conjunta del legislador y el juez, puesto que el legislador dicta la ley; pero esta no opera por sí sola, sino a través del juez, quien, mediante la interpretación, establece su razonamiento con relación a un hecho concreto sometido a su decisión, interpretación que servirá de fundamento para la solución de otros casos futuros similares, de tal modo que estos no tengan respuestas jurídicas contradictorias. Es por ello, que siguiendo a GARCÍA BELAUNDE, la creación del derecho “*no puede ser mecánico sino prudente, viendo la realidad a la cual se aplica, y sin desnaturalizar la institución, más aun cuando proviene de otro sistema jurídico*”¹. De esta manera, podemos darnos cuenta que en los hechos el Tribunal Constitucional ha ensanchado su categoría social y política a una velocidad tal vez excesiva, tanto que muy bien podría ser este compás el que le esté imposibilitando apreciar con mayor sensatez, humildad y respeto su perspectiva funcional.

Es interesante visualizar ampliamente que una de las razones que justifica la existencia de un Tribunal Constitucional en cualquier país del mundo es la necesidad de contar con un *órgano jurisdiccional especializado* en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales; sin embargo, numerosos fallos que deberían tener un efecto *erga omnes*, pueden ser en su interior políticamente falsos en el sentido de que contradicen los legítimos

¹ DOMINGO GARCÍA, Belaunde. *El precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional: a propósito del caso Provías Nacional*, 2006 [ubicado el 12. IV. 2011]. Obtenido en http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/190211/cce-doc-precedente_GARCIA.pdf

deberes políticos de la conducción del Estado, produciendo en su actuación un desplazamiento hacia ámbitos que le corresponden a otros protagonistas del ejercicio del poder.

Desde este punto de vista, puede decirse que, es imposible comenzar un análisis al contenido del *precedente vinculante* sin dejar constancia inicial del aún extraordinario predominio de la *legalidad* en los ordenamientos jurídicos hispanoamericanos, en cuya integridad estos regularmente quedan reducidos a sistemas legales con una que otra distinción.

Así, haciendo una retrospectiva a la *doctrina general del precedente* se ha entendido, que la función totalizadora y global de la ley fue siempre así, o, por lo menos, que lo que ahora representa la ley en los estados modernos, es fruto de la marcha del Derecho. Sin embargo, el antecedente histórico relevante es que aquí aparece la "*modernidad jurídica*"²; esto entonces, ocasiona el alejamiento del Derecho respecto de la sociedad, en estricto, esta separación tiene como instrumento la reducción del Derecho a la "*legalidad*"³, con el efecto de que aquel se divorcia de los valores sociales, y que por cierto, se somete a un mandato superior que alcanza contundencia con la *teoría kelseniana* que -a este efecto- resume la existencia del Derecho a la consistencia de la norma fundamental, convirtiéndose en una enorme corteza que cobija a toda la modernidad jurídica.

A pesar de lo anteriormente afirmado, ¿qué se ha perdido en este tránsito a la modernidad? Quizá la salida histórica más trascendente sea que, al convertirse la

² "Situación novedosa en aquellos ordenamientos ajenos a la influencia anglosajona, donde el valor del precedente se encuentra devaluado y rige una tradicional cultura legalista". ABAD YUPANQUI, Samuel, "El precedente en el Derecho Procesal Constitucional Peruano: una indispensable fuente del Derecho", En *Jus Constitucional*, T. I, Enero 2008, p. 45.

³ En la Europa Continental (durante el siglo XIX), los jueces parten de la premisa, propia de las teorías normativistas, de que el Derecho es un dato, una formalización normativa, abstracta y general que les viene dada. El juez está obligado a fallar de acuerdo con ciertas normas o estándares preexistentes y conocidos por las partes. "El modelo del juez vinculado, que ante todo viene a fallar de acuerdo con ciertas normas o estándares preexistentes y cuya función es satisfacer unas expectativas que nacen, no de la confianza de sus cualidades personales, sino de unas prescripciones conocidas por las partes". PRIETO SANCHEZ, Luis. *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Editorial Tecnos, 1993, p. 13. "(...) para el Juez norteamericano, en cambio, el Derecho es abierto, incompleto y dinámico. Bajo esta perspectiva, función del Juez no puede ser sólo la de aplicar el derecho preexistente, en algunos casos también tendrán que crear derecho nuevo para dar solución jurídica al problema planteado". MAGALONI KERPEL, Ana Luisa, *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, Madrid, McGRAW-HILL, 2001, p. 64.

ley en un *acto de voluntad* más que un *acto de conocimiento de la realidad social*, ha ocurrido lo que MAGALONI KERPEL describe como “*el quebrantamiento de la dimensión inteligente del derecho*”⁴. La legislación ya no es producto de la comprensión de la realidad social y tampoco del razonamiento consciente que condensa una práctica histórica anterior, sino el juego de voluntades que lleva a que las masas parlamentarias resuelvan aquello que oportunamente les pueda resultar más cómodo para persistir el ejercicio monopólico del poder de aquellos a los cuales les sirve, convirtiéndose en algo que se acepta sin crítica.

Este preámbulo tiene una razón que será empleada en el análisis central del presente trabajo: *si el divorcio entre el Derecho y la sociedad es en gran medida el elemento histórico responsable de la actual crisis del Derecho, ¿no sería recomendable gestar un Derecho que tenga como punto de partida los fenómenos sociales?*⁵ Una de las expresiones de la crisis del Derecho en el *civil law*, antes anotada, es que el exceso de la legalidad ha determinado que se haya perdido la *certeza del derecho*, probablemente uno de los objetivos más importantes que debe alcanzar un sistema jurídico. En el *civil law* se ha enfrentado el tema de la certeza con la formulación de *reglas abstractas* que ordenen la vida en sociedad, con la ley. En el “*common law*”⁶ el mismo problema ha sido enfrentado con la

⁴ MAGALONI KERPEL, Ana Luisa, *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, op. cit., p. XX. Para que se explique, “(...) es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual –satisfecho o saciado- diferente de la interpretación jurídica ordinaria (hermenéutica), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales de las normas jurídicas ordinarias. Como ya se ha visto, mientras que las primeras son esencialmente políticas -sustento en la realidad social- (...), las segundas son de básico contenido subjetivo o material, de modo tal que siendo diferentes no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación, pues el resultado resultaría erróneo”. QUIROGA LEÓN, Aníbal., *Los Excesos del Tribunal Constitucional Peruano. A propósito del control concentrado de la Constitución*, 2005, p. 36. [ubicado el 06. V. 2011]. Obtenido en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/820/82030202.pdf>

⁵ “El dinamismo de la realidad social hace que siempre exista una zona de media luz en el derecho que el legislador no puede iluminar a priori. Sin embargo, siendo el common law un derecho preexistente al derecho legislado, se mantiene como un derecho de carácter supletorio: todo aquello que el legislador no reguló expresamente se podrá regular a través de la técnica del common law”. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa, *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, op. cit., p. 67.

⁶ Institución compleja desarrollada en muchos años, que tiene como antecedente en el principio de *stare decisis* (estar a lo decidido). Donde su jurisprudencia es fuente de derecho. Asimismo, cabe decir, que el filósofo RONALD DOWRKIN (es el teórico constitucional estadounidense que lidera el enfoque moral de la Constitución, pero advierte que existe un contraste paradójico entre la *practica constitucional prevaleciente*, que confía especialmente en un lectura moral de la Constitución y la *teoría constitucional prevaleciente*, que rechaza esa lectura. Justamente los que critican esa postura se basan en que el discernimiento es fácil en teoría, pero no en la práctica, convirtiéndose en una fuente indeterminada, manipulable y que en definitiva

doctrina del precedente, esto es, vinculado al juez a las decisiones expedidas por ellos mismos y, sobre todo, por sus superiores.

Así, la interpretación del Derecho es una labor indesligable para el juez desde el momento en que debe resolver los conflictos sometidos a su conocimiento⁷. En esa medida, se hace referencia a aquella nueva doctrina de modelo estatal que en teoría jurídica se ha convenido en llamar *Neoconstitucionalismo*, la que tras reconocer la especial peculiaridad de las constituciones a partir de la segunda postguerra mundial derivan importantes consecuencias en torno a la *interpretación constitucional y a la posición de los tribunales constitucionales*⁸.

Por lo tanto, refiere que la mera subsunción de los hechos en la norma jurídica y el papel pasivo del juez quedan de lado para dar paso a un nuevo horizonte del Derecho, en el que cobra protagonismo tanto el Tribunal Constitucional como los

depende del juicio subjetivo de valor de cada juez, por ejemplo, en materias tan controvertidas como el aborto) afirma que: *No es el juez “boca de la ley” del positivismo, sino el juez “Hércules” creador de derecho al interpretar leyes*. Por todo ello, es una creación judicial o jurisprudencial del derecho, a partir de una realidad concreta (en dialogo con la sociedad), más sensible a los cambios, de elaborar el derecho. Cfr. BARKER, Robert S., *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2005, p. 187.

⁷ Al respecto, HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Madrid, Dykinson, trad. J. Brage Camazano, 2003, pp. 33-40. “(...) el juez que debe examinar en cada caso lo exigido o prohibido socialmente, ha de atenerse, como resulta de la naturaleza de la cosa pero también según lo prescrito en el artículo 1.3 de la Ley Fundamental, a aquellas decisiones valorativas fundamentales y a los principios sociales del orden que encuentre en los artículos sobre derechos fundamentales de la Constitución (...)”. CRUZ, Luis M. “La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al Neoconstitucionalismo”, *Revista de Fundamentación Jurídica DÍKAIION*, Año 23, Nº 18, Diciembre 2009, p. 20.

⁸ Cfr. FIGUEROA GUTARRA, Edwin. “Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional: ¿hacia nuevos horizontes en el Derecho?”, *Revista Jurídica del Perú*, Nº 117, Noviembre 2010, pp. 45 y 47. “*La definición más óptima de Neoconstitucionalismo la brinda, (...), Luis Prieto Sanchís [Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, 2001], para quien esta novísima expresión del tradicional Estado Constitucional implica un cierto tipo de Estado de Derecho, (...) una Teoría del Derecho (...) y una ideología que justifica o defiende la fórmula política designada. (...) Así, en el Estado neoconstitucional se varían los supuestos de antaño sobre la forma del Estado, se redefine la fórmula política hacia una concepción más garantista sobre las demandas de los derechos fundamentales y se replantea la forma de resolver las controversias constitucionales*”. Así mismo, invitamos a la revisión de los apartados de los siguientes autores: CASTILLO ALVA, José Luis & CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El precedente judicial y el precedente constitucional*, Lima, ARA Editores, 2008, pp. 175 – 181; CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional” En *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada*. Arequipa, Editorial Adrus S.R.L., 2009, pp. 624 – 627.

criterios interpretativos de la ponderación y los principios de interpretación constitucional o en el control constitucional abstracto.

Si bien, paradójicamente, el *civil law* ha adquirido la calidad de valor (entendida la tesis de que *el juez crea derecho cuando resuelve un caso*), queda claro que del mismo modo la afirmación sobre la plenitud del ordenamiento jurídico es sólo una *ficción* (es decir, algo que se acepta sin crítica) que sostiene la eficacia del *civil law*. Puesto que, siempre será inevitable que el intérprete –entre ellos los jueces de preferencia- cubran los vacíos.

Esta función creadora tiene que evidenciarse de acuerdo a que la ley no sólo está desvalida de alternativas, sino que regularmente no se desplaza al compás del cambio social. Por esta razón, no es excepcional advertir como en muchos sistemas del *civil law* que la *jurisprudencia*⁹ es la que incorpora (*creando*) figuras jurídicas casi en simultáneo con lo que ocurre en el *common law*.

De ahí que, normalmente se exponga la necesidad de una adaptación óptima de la doctrina argumentativa del precedente vinculante, por la extrema necesidad de referir un Derecho que sea *previsible* para sus usuarios; pero que a su vez tenga suficiente *flexibilidad* y *dinámica* en las reglas como para enfrentar con fallos justos los diferentes retos de una sociedad en constante cambio¹⁰. Entonces, cuando indagamos en la posibilidad de obtener consecuencias efectivas de la doctrina del precedente, estamos admitiendo que la *certeza* sigue siendo -a pesar de los actuales tiempos modernos- un valor que debe ser perseguido y obtenido, sin renunciar a un Derecho que no se colme en fundamentos que se respetan sólo por su antigüedad.

⁹ Entendiéndose como un “conjunto de criterios y orientaciones que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales han sido establecidos en las resoluciones tanto del Tribunal Constitucional como de las máximas instancias del Poder Judicial, para la aplicación e interpretación de la Constitución”. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, “Precedente Vinculante”, En: *Conferencias sobre la Justicia Constitucional: análisis de casos relevantes y precedentes vinculantes*, Lima, Perú: Consorcio Justicia Viva - Instituto de Defensa Legal y el Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú., 16 de Noviembre de 2007, p. 39.

¹⁰ Una concepción instrumental del Derecho que significó exigir a los jueces que se involucrasen en la reforma del derecho y elaborasen consideraciones sustantivas de carácter extranormativos, buscando así configurar un nuevo orden jurídico a través de un proceso de casuística judicial flexible y dinámica. Cfr. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa. *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, op. cit., p. 12.

Aquí cabe cuestionar, entonces, si el *precedente*¹¹ en los sistemas del *civil law* debe ser un dato estadístico a tener en cuenta, o un valor formal previamente establecido por la norma o un efecto vinculante sobre los jueces inferiores de quien expidió la regla o finalmente, una técnica que debe ser incorporada sin prescindir de presupuestos que requiere necesariamente.

Algo que también se pone de manifiesto en la doctrina del precedente vinculante es que uno de los fenómenos más relevantes de los ordenamientos constitucionales actuales ha sido la universalización de la jurisdicción constitucional, en sus lineamientos fundamentales¹². Hoy en día se señala la creciente aproximación de los dos sistemas clásicos y se advierte, por una parte, que el régimen de la *Judicial Review* norteamericana se ha acercado en forma muy apreciable al modelo europeo continental, debido a la institución de la autoridad del precedente que se adopta con la existencia de un órgano jurisdiccional supremo para todo el ordenamiento jurídico, y que además, ha culminado con otorgar a las sentencias de este último (así sea de manera indirecta), efectos generales o *erga omnes*, bien diferentes a la mera desaplicación en el caso en concreto, procurando articularlas de manera

¹¹ “El precedente vinculante se configura como una auténtica norma, como una conjunción de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, al igual que las demás normas”. Se trata, según puede advertirse, de una noción amplia que excluye eventuales restricciones como las que podrían derivarse de atribuir el valor de “precedentes” sólo a las decisiones emanadas de las cortes supremas respectivas, o que expresen criterios “reiterados” en otras decisiones, o que estén “firmes” (esto es que gocen del status de la *res iudicata*), o que hayan sido publicadas. Cfr. TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny. “Introducción”, En *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada*. Arequipa, Editorial Adrus S.R.L., 2009, pp. 28 – 29.

¹² Los dos polos opuestos de los sistemas de justicia constitucional, en el que el modelo norteamericano calificado como difuso tiene una vía prejudicial que solo puede proponerse por las partes y en ocasiones por el juez en una controversia concreta, sus efectos son especiales para la desaplicación de las normas legislativas aplicables en relación con las partes en el proceso y de una naturaleza declarativa que implicaba la declaración de certeza retroactiva de la decisión. Por el contrario el modelo continental europeo, denominado como concentrado, de manera que es ejercido el control por un único y especial órgano constitucional, al cual se accede por vía principal y cuestiona la legitimidad constitucional de las normas legales impugnadas sin tomar en cuenta una controversia concreta; sus efectos son generales y tienen carácter constitutivo pues valen para el futuro, pero se respeta para el pasado la validez de la ley inconstitucional. Cfr. FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI: la quiebra de la bipolaridad sistema americano-sistema europeo-kelseniano y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad*, pp. 1-3 [ubicado el 12. IV. 2011]. Obtenido en

dinámica¹³, con lo cual en la práctica este tipo de resoluciones ha dado la eficacia del precedente en términos semejantes al *modelo norteamericano*.

De esta forma, es normal comprender que algunos pueblos hispanoamericanos hayan adoptado, al presente, una *mixtura* o una *dualidad* de los dos modelos tradicionales de control constitucional, como de las figuras y prácticas de ambos sistemas. No sólo en Hispanoamérica sino en el mundo entero. Justamente, el valor del precedente vinculante que tradicionalmente constituye un rasgo característico en los países del *common law*, poco a poco se ha propagado hacia los países de *tradición romano-germánico*. Una de las manifestaciones de esta hibridación aparece cuando las jurisdicciones constitucionales concentradas progresivamente han venido incorporando instituciones con arraigo en el sistema del *common law*.

Esto sucede precisamente con la fuerza vinculante del precedente, que fue creado por el sistema jurídico anglosajón y ha tenido especial eco en nuestros países derivados de la doctrina del *stare decisis*, de la práctica judicial de los Estados Unidos, si bien con acondicionamientos, no dejan de generar polémica y complicaciones.

Para la doctrina, una primera dificultad se crea cuando el máximo intérprete en un sistema jurídico concreto, decide por mutuo propio los razonamientos interpretativos que los demás tribunales del sistema tienen la obligación de seguir. De esta manera, cobra importancia preguntarse: *¿Qué es lo que realmente obliga a los jueces a seguir el precedente vinculante?* No obstante, muchos analizan que la problemática crece con la diversidad de pensamientos y orientaciones de lo que se deduce por precedente vinculante en las distintas partes del mundo¹⁴. En

¹³ Entendiendo que en“(…) *la óptica dinámica del sistema jurídico americano, lo relevante es explicar el modo como las decisiones judiciales van desarrollando el derecho (...), la doctrina del precedente constituye la herramienta jurídica básica para penetrar en el mundo de las decisiones judiciales y descubrir cómo el derecho se mueve bajo ciertos patrones de orden (...) que van desarrollando y transformando el derecho al ritmo de los cambios sociales, políticos y económicos*”. Cfr. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa. *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, op. cit, p. XXVII.

¹⁴ Por ejemplo, en Alemania se concibe que para la realización de interpretaciones en sentido estricto, la doctrina del precedente no vincula, pero si se aplica para los casos de interpretación más favorable o para lograr una única interpretación conforme. Sin embargo, en España para el Caso Santiago Raposo, una resolución judicial puede ser calificada de injusta a los efectos de prevaricación judicial (Art. 446º Código Penal) cuando se aparta de un precedente consolidado del Tribunal Supremo. Cfr. RUIZ MOLLEDA, Juan

algunas ocasiones se confunde la sentencia con el precedente vinculante (*vinculante o persuasivo*) o incluso con la institución de la *cosa juzgada*. Si bien se encuentran estrechamente relacionadas, sus alcances y diferencias resultan relevantes.

Cuando se habla de precedente, dentro de nuestra coyuntura constitucional se suele hacer alusión a la obligación que tienen los operadores jurídicos de resolver del mismo modo los casos sustancialmente iguales (con base al *principio de universalidad*¹⁵), es decir, la expedición de un precedente constituye la concreción de un proceso racional de argumentación que se refleja en la sentencia y que el juez asume como lo suficientemente correcto para su aplicación a otros casos similares¹⁶. Este instituto de origen anglosajón, mantiene desde hace seis años atrás una regulación especial en el Código Procesal Constitucional vigente (con fecha diez de octubre de 2005), cuyo artículo VII de su Título Preliminar¹⁷, establece formalmente la existencia de precedentes constitucionales, fórmula distinta a la denominada *doctrina jurisprudencial*. De esta forma la didáctica al

Carlos, “Precedente Vinculante”, *op. cit.*, p. 40. Ello, se podría decir, que se sustentaba antes, en lo que hace ya más de 50 años se conocía como “*la corriente del realismo norteamericano*”, sostenía que el propio precedente tenía poco que ver en el momento en que los jueces tomaban sus decisiones ante casos concretos, y que más influían un conjunto de apetencias y valoraciones personales, subjetivas, antes que lo reglado por los precedentes. A esta concepción le llamó el “*escepticismo ante las reglas*”. Cfr. LEÓN PASTOR, Ricardo, *Precedente Vinculante*, 2008, [ubicado el 08.V. 2011]. Obtenido en <http://www.leonpastor.com/2008/07/precedentes-vinculantes.html>

¹⁵ Una *regla de decisión* (Entscheidungsregel) de toda sentencia del Tribunal Constitucional es que *resuelva una controversia concreta o general con base en la interpretación de la Constitución*. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 537. Esta regla de decisión ha de *aplicarse prima facie* a todos los casos futuros en los que concurren las características que lo hagan sustancialmente semejante al caso respecto del cual se formula la regla de decisión. De manera que “*el principio de generalidad del Derecho no puede verse sólo satisfecho, por ello, mediante la ley general: exige también la generalidad en su interpretación y aplicación por los jueces*”. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 629. Ahora, si el precedente vinculante es parte del ordenamiento jurídico, no tomarlo en cuenta implica violar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cuando éste obliga al juez que se pronuncie sobre el fondo de acuerdo al derecho.

¹⁶ Refleja el derecho de igualdad como fundamento del precedente vinculante cuando, por ejemplo, acude a los órganos jurisdiccionales, ha de tener la razonable seguridad de que su causa será resuelta de la misma forma en que lo fueron situaciones parecidas anteriores. Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Mariana. “Igualdad y respeto al Precedente”, *Revista Derechos y Libertades*, N° 3, Marzo 1998, p. 213.

¹⁷ Que al pie de la letra dice: “*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*”.

estudio del precedente constitucional peruano parte de una realidad normativa y, por tanto, efectivamente vinculante.

El precedente constitucional vinculante descrito y puntualizado por el artículo VII del Código Procesal Constitucional ha sido una institución difícil de comprender y aplicar. No se asemeja a los precedentes judiciales vigentes en los Estados Constitucionales con mayor influencia en este tema (verbigracia, *Estado Unidos, Inglaterra, España, Italia*, etc.). En estos casos, como es sabido, lo que vincula es la *ratio decidendi*¹⁸ del fallo y el juez aplica los precedentes teniendo en cuenta el caso que tienen ante sí. Por el contrario, con el precedente constitucional peruano es el propio Tribunal Constitucional el que decide qué parte de su sentencia es vinculante, con alcances generales.

Ahora, bien, el Tribunal y la doctrina nacional se adjudicaron la misión de guiar al precedente constitucional regulado en el Código, deseando acercarlo al modelo estándar de precedente judicial vigente en el Derecho Comparado. Sin embargo, la reunión de *criterios sustantivos* provistos por la jurisprudencia y la doctrina nacional fueron cortos para someter al precedente peruano. En efecto, la dinámica jurisprudencial acredita que, finalmente, puede establecerse como *precedente constitucional vinculante* todo aquello que el Tribunal Constitucional desee, despreocupándose de atender a elementos sustantivos.

Al respecto, muchos coinciden (nos sumamos) en que si se desarrollara un análisis sistemático y crítico a los razonamientos, de los cerca de cuarenta y siete precedentes vinculantes formulados por el Tribunal Constitucional para construir cabalmente un precedente vinculante fijados por la STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC (caso *Municipalidad Distrital de Lurín*), nos daríamos con la sorpresa de que pocos de estos satisfacen tales criterios sustantivos.

Es más, a pesar de las formalidades predichas por la ley procesal, en muchos procesos el Tribunal Constitucional ha determinado y transformado precedentes de modo ilegítimo; pero ha alegado cautelosamente nuevos criterios que alteran

¹⁸ La formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica. Esta parte de la sentencia, tiene fuerza vinculante y constituye el precedente constitucional.

el alcance del precedente inicial, ha adicionado precedentes a través de sentencias aclaratorias, ha fijado precedentes de manera inmotivada, solo mencionando el artículo VII del Código como sustento preeminente e incluso, a pesar de la insistencia de la doctrina y de la jurisprudencia, casi nunca ha establecido como precedente la razón o las razones suficientes que le permitieron decidir el caso analizado (estos es, la *ratio decidendi*¹⁹), entre otras incorrecciones que tenemos a la mano²⁰.

No obstante, otros señalan ha permanecido un bien intencionado activismo que venía formulando pronunciamientos con enfoques distintos y configuraba pronunciamientos diferentes ante materias sustancialmente iguales, que hace pensar que el Tribunal Constitucional ha perdido su sendero de *órgano jurisdiccional* –interpretación de las diferentes leyes y constitución²¹- y sólo actúa como una instancia procesal-administrativa,; lo cual genera ciertos problemas a nivel institucional dentro de la función de crear y desarrollar el derecho (*función de ordenación*).

¹⁹ Toda la fundamentación de la sentencia destinada a sustentar directamente las premisas que permiten arribar al fallo, se denomina *ratio decidendi*. Por ello el *precedente vinculante* y la *ratio decidendi* de una sentencia se identifican.

²⁰ De este modo, “(...) *justo es anotar que todo ello implicó una evolución más formal que real, pues muchos de los pronunciamientos a los cuales el Tribunal Constitucional peruano calificó como precedente vinculante nunca cumplieron con los requisitos establecidos en "Municipalidad Distrital de Lurín" (Exp. N° 0024-2003-AI/TC) o las precisiones hechas a las mismas en "Salazar Yarlenque" (Exp. N° 3741-2004-AA/TC). Preocupa entonces que el criterio esbozado primero en "Teodorico Bernabé Montoya" (Exp. N° 03173-2008-PHC/TC), no apele como elemento central para desentenderse de un precedente (...), o en su defecto, a la sana crítica o a la mayor protección de los derechos fundamentales, sino al cumplimiento de requisitos cuya exigibilidad antes en rigor nunca se requirió, aunque estos elementos sean vistos como alternativos*”. ESPINOZA – SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Precedentes constitucionales en el Perú: surgimiento, uso, evolución, retos y riesgos”, En *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada*. Arequipa, Editorial Adrus S.R.L., 2009, p. 864.

²¹ Entendiéndose como una “(...) *labor interpretativa del Tribunal Constitucional supone un examen abstracto de la norma cuestionada de constitucionalidad, en donde el referente constitucional –a través del análisis de subsunción- determinará si la misma es compatible con los parámetros establecidos por la Carta Magna, incluyendo sus principios generales y valores intrínsecos a la misma. Corresponde al Tribunal Constitucional la interpretación de la Constitución como intérprete auténtico de la misma, en tanto que corresponde a los jueces del Poder Judicial la interpretación auténtica de la misma, en tanto que corresponda a los jueces del Poder Judicial la interpretación auténtica de la ley en general. El Tribunal Constitucional no es ni debe ser un tribunal de legalidad, lo que está reservado para la Corte Suprema de Justicia de la República y sus órganos jerárquicamente dependientes en materia jurisdiccional*”. QUIROGA LEÓN, Aníbal. *op. cit.*, p. 48. [ubicado el 06. V 2011]. Obtenido en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/820/82030202.pdf>

Lo distinto entre el deber ser y el ser de la doctrina del precedente constitucional vinculante en varios ordenamientos jurídicos hispanoamericanos y en especial el nuestro, apunta MONROY GÁLVEZ, se suscita porque se ha “*tomado de ella –la doctrina del precedente- aquello que consideran resulta más ventajoso, sin advertir que están incorporando sólo la parte visible del iceberg, desconociendo las consecuencias que puede producir asumir una visión estrecha y reducida de la institución*”²². Consecuentemente, esto se ve plasmado en la realidad con las sentencias en la que el propio Tribunal Constitucional se ha dado la oportunidad de evidenciar la ausencia de líneas claras que pongan en entendido una coherencia, consistencia y vigencia, que todo Estado Constitucional (que se precie de serlo), dé un mayor esfuerzo por explicar los alcances y naturaleza del precedente constitucional vinculante.

Resulta claro, que la pregunta acerca de *la vinculatoriedad de los precedentes*, y de la jurisprudencia en general, es nueva en nuestro país; pero no en otras amplitudes. En efecto, el interés surge súbitamente gracias a un particular activismo del Tribunal Constitucional en el uso de la técnica del precedente vinculante establecido en el Código Procesal Constitucional, en su artículo VII del Título Preliminar.

Consideramos que existe una ansiedad por creer en unos fundamentos materiales de la vinculación del precedente sobre los órganos inferiores, una coyuntura que crea una situación de incertidumbre que se ha convertido en un referente de obligatorio análisis y una reflexión en todas las áreas jurídicas, con lo cual, toda rama o sector del Derecho, y más los operadores jurídicos, tienen que estar atentos a lo que pasa a nivel constitucional y de manera especial en la jurisprudencia existente, que tiene ya sus años.

Por lo demás, aunque suela afirmarse persuasivamente, las sentencias del Tribunal Constitucional son *vinculantes*; sin embargo, no siempre quedan claros los alcances y matices de esta expresión. Es por ello que, a partir de la aplicación de la teoría del precedente norteamericano en el Perú, surge una seria

²² MONROY GÁLVEZ, Juan. *Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law*, 2006 [ubicado el 06.IV 2011]. Obtenido en <http://hechosdelajusticia.org/cuarta/12.rtf>

interrogante: *¿Cuál es la fundamentación material que el Tribunal Constitucional tendría que adoptar para establecer precedentes auténticamente vinculantes?*

Creemos se debe generar una propuesta hermenéutica jurídica respecto a la construcción material del concepto de precedente constitucional vinculante en los ordenamientos del *civil law* (como el nuestro) por obra del Tribunal Constitucional, a través de una dinámica del sistema, desde sus orígenes normativos hasta su formulación jurisprudencial. Por esta razón, se intenta aquí esbozar una serie de dimensiones en las que el precedente puede ser estudiado con sus principales decisiones y su teoría en la que se sustenta.

Como corolario, referimos lo que GASCÓN ABELLÁN entiende cuando se habla de precedente, aludiendo a la obligación existente en ciertos sistemas jurídicos que observan la doctrina establecida por los tribunales superiores, -propio de los *sistemas de stare decisis*, y cuyo fundamento último reposa en la exigencia de *justicia uniforme*-, que atestiguan la *seguridad*, la *igualdad* y la *unidad del Derecho*, y que en el ámbito de la argumentación aplica del mismo modo que las leyes (esto es formulando una cierta *solución normativa* para lograr un supuesto de hecho), solución normativa que, por tanto, instituye la substancia de la argumentación²³. Con lo que, sin dudas ni murmuraciones, importa que el juez menor deba resolver un asunto sometido a su competitividad considerando el fundamento trascendente y medular expresado por el Juez Superior en un caso anterior idéntico o, acerca del cual, se presente *una especie de fuente de derecho para un caso concreto*.

Como bien dijéramos en líneas anteriores, el impulso principal que nos lleva a emprender el proyecto de investigación sobre la institución del precedente constitucional vinculante, el mismo que ha sido desarrollado en forma cuestionada por el Tribunal Constitucional, es para que se realice una análisis minucioso y

²³ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Mariana. "Igualdad y respeto al Precedente", *op. cit.*, p. 212. Una primera versión de este trabajo fue leída en el seminario sobre *La fuentes del Derecho*, desarrollado entre los meses de octubre y diciembre de 1992 en la Universidad de Turín bajo la dirección del profesor G. ZAGREBLESKY, y publicada en *Giurisprudenza Italiana* (1993) con el título *In merito alla giurisprudenza del Tribunal Constitucional spagnolo sull'obbligo degli organi giurisdizionali di rispettare il proprio precedente*.

crítico, a efecto de determinar la vinculación y fundamentación material de los razonamientos interpretativos que construye el Tribunal Constitucional para adoptar precedentes vinculantes, ello sobre las bases doctrinarias existentes.

La presente investigación científica cualitativa tiene en cuenta la importancia que viene asumiendo la aplicación de la técnica del precedente vinculante norteamericano en nuestro país y los efectos de su vinculatoriedad para los poderes públicos y ciudadanos, en especial las relaciones establecidas entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. A su tratamiento y características; pero por sobre todo a su despliegue a nivel de diversos rubros del Derecho es que se dedican los estudios que la integran.

La tesis está estructurada en tres partes. La primera parte dedicada a los cánones hermenéuticos propugnados por el nuevo modelo estatal del Neoconstitucionalismo que sitúa al Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución y al mismo tiempo insta en la fuerza vinculante y la auténtica naturaleza de fuente del derecho constitucional nacional a las interpretaciones constitucionalmente vinculantes y los precedentes vinculantes decididos como tales por la máxima jurisdicción constitucional. Asimismo, la segunda parte está dedicada al desarrollo los aspectos conceptuales básicos que nos lleva a comprender la realidad del precedente constitucional vinculante, por un lado, la figura, y por el otro, la aplicación en el sistema jurídico peruano, a partir de Teoría Argumentativa General del Precedente, como principal herramienta analítica de un Derecho dinámico.

Finalmente, en la tercera parte de la tesis denominada: exploración al Precedente Constitucional Vinculante a partir de la exégesis del Código Procesal Constitucional y la interpretación del Tribunal Constitucional peruano: marco legal y jurisprudencial, se ha considerado criticar la consagración de la fórmula legislativa del artículo VII del Código Procesal Constitucional que reconoce el precedente constitucional vinculante, en la construcción interpretativa del Tribunal Constitucional peruano a partir de un enfoque legal y jurisprudencial.

EL AUTOR.

CAPITULO 1:

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y
NEOCONSTITUCIONALISMO: UN NUEVO MODELO
INSTITUCIONAL DEL DERECHO

*“La Constitución posee, más bien, el carácter de un amplio modelo,
es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro (...)
y, por ello, siempre tiene algo de utopía concreta”
(SCHNEIDER, 1991)*

CAPITULO 1:

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y NEOCONSTITUCIONALISMO: UN NUEVO MODELO INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Para entender la realidad del precedente vinculante, hemos de empezar por preguntarnos por lo que significa el *Estado Constitucional de Derecho*²⁴. Hoy en día se dice que la manera como se organiza el Estado de Derecho es mediante la fórmula del Estado Constitucional de Derecho, que es donde precisamente se inserta el Tribunal Constitucional (en adelante TC), su jurisprudencia vinculante – el precedente vinculante-, y particularmente, el Estado Constitucional de Derecho, representa qué tipo de Estado de Derecho intenta superar.

En un acercamiento a los pensamientos centrales del *constitucionalismo global*²⁵, hoy por hoy se viene cuestionando, cual es el contexto para el desarrollo de la corriente del *Neoconstitucionalismo*²⁶, que define y garantiza la defensa de los

²⁴ “Designan un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales” COMANDUCCI, Paolo. “Formas de Neoconstitucionalismo: un Análisis Metateórico” en *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 16, Abril 2002, p. 82.

²⁵ Gestado por “una novedosa manera de entender el Derecho, con amplias repercusiones en su práctica. (...) Se trata, por una lado, de un constitucionalismo que ha traído consigo elementos significativos para humanizar –de manera global- el Derecho después de la hegemonía de la concepción positivista y formalista (...), en la medida en que promueve una visión de la realidad jurídica desde unos criterios fuertes de legitimidad, en cuyo eje se encuentra el respeto incondicional a la dignidad de la persona, la mayor protección y efectividad de los derechos fundamentales y la profundización de los valores democráticos”. MORA RESTREPO, Gabriel. “Editorial: de vuelta a la fundamentación jurídica” en *Revista de Fundamentación Jurídica DÍKAION*, Año 23, N° 18, Bogotá - Chía, Universidad de La Sabana, Diciembre 2009, p. 7.

²⁶ “Constitucionalismo contemporáneo o, a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos

principios del Estado Constitucional de Derecho, los Derechos Humanos (en adelante DD. HH.) y la democracia deliberativa; principales características, aunque no exhaustivas, hacen ascender a esta nueva concepción del Estado como un *nuevo paradigma jurídico-político*, para mostrar luego las principales lecturas que tal fenómeno ha suscitado al interior de nuestra cultura jurídica, finalizando con la defensa de una de las principales herramientas que el nuevo constitucionalismo ha tenido en su afán de construir un consenso constitucional más plural y participativo.

Además, su orden constitucional se ha percibido inmerso en una evolución que ha estado desde *dictaduras y totalitarismos*, siempre superficialmente asegurados en la *legalidad formal* proveniente de esa noción decisiva y positivista del Estado, inclusive alcanzar aquel garantismo de derechos que entrega el verdadero Estado Constitucional de Derecho, los cuales se inscriben sobre una *plataforma normativa* de más alta jerarquía o importancia (en sentido formal y material) de un ordenamiento jurídico, que es la *Constitución* –norma escrita y de difícil modificación-, la cual coge aquellos derechos y garantías fundamentales de la persona²⁷.

aspectos de una, presuntamente, nueva cultura jurídica. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra Editores, 2007, p. 109. El destacado filósofo del Derecho FERRAJOLI se ha referido a este proceso como: “*la sumisión del legislador a las normas jurídicas positivas, como lo son los principios éticos-políticos jurídicamente positivizados en las constituciones rígidas*”. FERRAJOLI, Luigi. “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional” en *Epistemología Jurídica y Garantismo*, México DF., Fontamara, 2004, pp. 266 – 267. Citado por VELÁSQUEZ RAMÉREZ, Ricardo y BOBADILLA REYES, Humberto. *Justicia constitucional, Derecho supranacional e integración en el Derecho Latinoamericano*. Libro que recoge las ponencias presentadas en el VII Convención Latinoamericana de Derecho (Santiago de Chile, 8 al 12 de octubre 2007), Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 204.

²⁷ De la misma forma, podemos dar a conocer que entre “*los antecedentes del Constitucionalismo que son, pues, muy antiguos, pero que tardaron siglos en concretarse. El proceso, cada vez más completo y complejo, de someter el Estado al Derecho se inicio históricamente cuando a la simplicidad de la organización absolutista siguió el complicado sistema de separación de poderes, distribución de competencias, limitación de atribuciones y respeto a los derechos humanos que caracterizó al Estado nacido de las acciones revolucionarias francesa y norteamericana de los fines del siglo XVIII, que guillotinaron el antiguo régimen de autoritarismo y privilegios (...), el constitucionalismo fue la conquista de los pueblos en su lucha contra el absolutismo monárquico y, desde el punto de vista histórico, representó la culminación de un esfuerzo mil veces secular para convertir el gobierno del más fuerte en un régimen jurídico, expresión de la justicia, en el cual el hombre no se impone al hombre ni se somete al hombre, sino que éste obedece a la ley, al Derecho formulado en normas, como dice tan lúcidamente el*

La eventual dimensión al *constitucionalismo*²⁸ es “encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designado por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política, pero además, es también, una teoría apta para explicar las características de dicho modelo –una teoría del Derecho-”²⁹. De esta forma, la representación de Estado Constitucional de Derecho³⁰ ha sido abierta principalmente para dar contenido, dentro de los constantemente renovados razonamientos jurídicos, a las nuevas quejas sociales y complicadas situaciones reales, que desde diferentes inclinaciones, exaltan al derecho; esto a su turno, no podía darse sin alterar y revolucionar sus propias fuentes y materiales de inspiración.

jurista español Adolfo Posada (1860 - 1944)”. BORJA, Rodrigo. *Sociedad, cultura y sociedad*, Quito, Editorial Planeta del Ecuador S. A., 2010, pp. 333 y 335.

²⁸ Teniendo en cuenta que el “*Constitucionalismo es una palabra polisémica. En un sentido, se refiere al movimiento o tendencia que surge con las revoluciones constitucionales de fines del siglo XVIII (con antecedentes del constitucionalismo inglés del siglo XVII) y se prolonga hasta hoy. En un segundo sentido, constitucionalismo se entiende como la técnica o ideología que, mediante cartas constitucionales, buscan limitar y controlar el poder así como asegurar la salvaguardia de los derechos humanos esenciales. En un tercer sentido, se refiere a las doctrinas vinculadas al Derecho Constitucional, o al estudio de estas*”. SOSA SACIO, Juan Manuel. “Constitucionalismo” en *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, 1^{ra} Ed., Lima, Gaceta Jurídica y Constitucionalismo Crítico, 2012, p. 64. Investigación que se consulta de: SALAZAR UGARTE, Pedro. *La democracia constitucional: una radiografía teórica*. México D. F., Fondo de Cultura Económica – Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008. En resumidas cuentas, hasta cuatro acepciones han sido atribuidas a este término: “*en primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para describir o explicar las características de dicho modelo. Asimismo, por constitucionalismo cabe entender la ideología o filosofía política que justifica que defiende la fórmula así designada. Finalmente, el constitucionalismo se proyecta en ocasiones sobre un amplio capítulo que en sentido lato pudiéramos llamar de filosofía jurídica y que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del Derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista*”. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trota, 2003, pp. 101-102. Para revisar en: CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional” en *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada*. Arequipa, Editorial Adrus S.R.L., 2009, p. 624.

²⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, op. cit., pp. 109 – 110.

³⁰ El cual supone el agotamiento del paradigma del Estado Social Legislativo del Derecho dicho cambio de paradigma se adecua a la célebre caracterización de Thomas Kuhn hace de los contextos de transición de paradigmas: *la proliferación de articulaciones en competencia, la disposición para ensayarlo todo, la expresión del descontento explícito, el recurso a la filosofía y al debate de los fundamentos* especialmente los dos últimos los encontramos en la abundante literatura iuspublicista y iusfilosófica de la segunda postguerra. Cfr. HÄBERLE, Peter, *El estado constitucional*, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie doctrina jurídica N° 47, 2003, p. 47.

1.1.- Sentidos del Neoconstitucionalismo³¹:

Si nos preguntaran por una concepción básica de Estado de Derecho³² tendría que referirse necesariamente a lo siguiente, que es “*aquella situación en la que los poderes públicos actúan sujetos a Derecho*”³³, actúan según las conducciones que el Derecho le anuncia, estando “*vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes*”³⁴. Esta definición elemental de sometimiento del poder político al

³¹ De la acepción del término “neo” se podría advertir que cuando “*leemos en nuestro diccionario patrón la siguiente acepción del término “neo”: partícula inseparable que se emplea como prefijo con la significación de reciente o nuevo. Así las cosas, el vocablo neoconstitucionalismo alude necesariamente, o quiere referirse, a una nueva expresión teórica, una verdadera transformación de lo que la tradición jurídica, desde el siglo XVIII hasta fines del siglo XX ha denominado pacíficamente constitucionalismo*”. PORTELA, Jorge Guillermo. “El neoconstitucionalismo ¿es realmente neo?”. Ponencia presentada en la *I Jornada Internacional de Derecho Constitucional: análisis de los derechos fundamentales del Tribunal Constitucional*, Chiclayo, 2011. Acerca del Neoconstitucionalismo se puede consultar la siguiente bibliografía: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4^{ta} Editorial Trotta, UNAM, Madrid, 2009 obra en la que se publican varios artículos de diversos autores acerca de esta corriente jurídica; COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis Metateórico”, *Isonomía*, N° 16, Abril 2002, p. 89; y *Constitucionalización y teoría del derecho*, discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, publicado en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Anales, T. XLIV, año académico 2005, Córdoba, p. 175; BERNAL PULIDO, Carlos, “El Neoconstitucionalismo a debate”, en *Temas de Derecho Público*, N° 76, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2006, p. 29.

³² En derecho constitucional, “*dícese del estado cuyo fundamento es el equilibrio y límites de la función pública y gubernamental, a través de la independencia, responsabilidad y fiscalización mutua de los tres poderes constituidos: ejecutivo, judicial y legislativo, que acatan sus leyes*”. CUSTODIO RAMIREZ, Carlos Antonio. *Principios y derechos de la función jurisdiccional consagrados en la Constitución Política del Perú*. [ubicado el 04. VI. 2011]. Obtenido en <http://img28.xooimage.com/files/4/d/3/principios-y-dere...del-per--108a369.pdf>. “*No configura un Estado de Derecho todo aquel en que el poder judicial no es independiente y donde jueces soberbios quieren erigirse en legisladores o desprecian la letra inequívoca de la ley; tampoco aquellos donde el Parlamento juega a derribar gobiernos y torna estéril toda gestión pública superior; ni aquellos otros donde el poder ejecutivo legisla y juzga a la par, para satisfacer una posición personal o partidista, dispuesto a perpetuarse mientras sean, eficaces los medios represivos o la sumisión de los súbditos*”. Cfr. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 21^a Edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1989, p. 571. Citado por VÁSQUEZ CORTEZ, Elcira. *Virtudes y principios del Magistrado*. Lima, Academia de la Magistratura, 2003, p. 113.

³³ AGUILÓ REGLA, Joseph. *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima – Bogotá, Palestra – Temis, 2004, p. 39.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4^{ta} Editorial Trotta, UNAM, Madrid, 2009, p. 21. Vide. RAMÍREZ FIGUEROA, Jim L. “El constitucionalismo de nuestro tiempo: breves apuntes acerca del (neo) constitucionalismo” en *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 42, Junio 2011, p. 266.

Derecho, ha obtenido en la *historia jurídica y constitucional*³⁵ al menos las siguientes dos repuestas claras: una primera era que, *por Derecho había que entender la ley*, mejor aún el Derecho era todo aquello que venía dispuesto por la ley, y la ley era simplemente una *realidad formal*, es decir, había ley cuando era expedida en mandato legislativo por *un órgano competente y en el procedimiento competente*³⁶.

Si ocurría que había un mandato que provenía del órgano competente (que era el Parlamento), a través del procedimiento correspondiente, había ley, y si había ley, había necesariamente Derecho, es decir, en el Estado Legal de Derecho la principal fuente de juridicidad era la ley. Y la ley se entendía bajo esos parámetros meramente formales: *órgano competente, procedimiento correspondiente*.

De modo que en un Estado Legal de Derecho, no se preguntaba el operador jurídico por la justicia contenida en la ley, por ejemplo, en el *Estado Alemán Nazi*, típico ejemplo del Estado Legal de Derecho, los operadores jurídicos no se preguntaban por la justicia o injusticia que contenía un mandato legal, simplemente se preguntaban si había sido emitido por órgano competente a través del procedimiento correspondiente. Si eso había ocurrido, esa ley era Derecho; y no importaba que esa ley, por ejemplo dispusiese que los judíos no tengan derecho a la propiedad y no tengan derecho a la vida, bastaba

³⁵ Como bien lo ha dicho el jurista italiano ZAGREBELSKY: “(...) las constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer. (...) pasado y futuro se legan en una única línea y, al igual que los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continúa puntualización del patrimonio constitucional que viene del pasado y por tanto a una incesante redefinición de los principios de la convivencia constitucional, la historia constitucional no es el pasado inerte sino la continua reelaboración de las raíces constitucionales del ordenamiento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid, Trotta, 2005, pp.88 y 91. Citado por VELÁSQUEZ RAMÉREZ, Ricardo y BOBADILLA REYES, Humberto. *Justicia constitucional, Derecho supranacional e integración en el Derecho Latinoamericano*, op. cit., p. 196.

³⁶ Cfr. AGUILÓ REGLA, Joseph. *La Constitución del Estado Constitucional*, op. cit., p. 39. Asimismo, “la preocupación por someter la sociedad política a normas jurídicas la tuvieron varios pensadores de la Antigüedad, entre ellos Aristóteles, quien concibió incluso la idea de un conjunto de leyes fundamentales con arreglo a las cuales: deben ordenarse las autoridades públicas y, especialmente, aquella que está sobre todas las demás: la autoridad soberana”. BORJA, Rodrigo. op. cit., p. 331.

simplemente que lo dijese la ley para reconocer en ella, en ese mandato legal, un contenido de derecho –por tanto vinculante-³⁷.

Las consecuencias nefastas a las que llevó el Estado Legal de Derecho intentan ser superadas a través del llamado Estado Constitucional de Derecho; en este modelo de Estado, la primera fuente de juridicidad ya no es la ley sino que pasa ser la *Constitución*³⁸, es decir, se convierte en *el primer parámetro de juridicidad*, por tanto de validez jurídica de las acciones públicas y de las acciones privadas.

Esta afirmación, sin embargo, de que la primera fuente de juridicidad deja de ser la ley y pasa ser la Constitución, no resuelve necesariamente los problemas que había presentado el Estado Legal de Derecho. Por una razón muy sencilla, que si en el Estado Legal de Derecho existía la posibilidad de que las leyes, válidamente emitidas, dispusiesen contenidos injustos no se superaba el problema si es que se sustituía la ley por la Constitución; es decir, podía ocurrir –en esa concepción– que la propia Constitución mandase y contuviese mandatos injustos, es decir, el paso del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho no se refleja simplemente en el cambio de posición de la ley y de la Constitución, sino que necesariamente se exige un concepto de Constitución³⁹, que precisamente

³⁷ Cfr. Para ahondar en el conocimiento del presente ejemplo, revisar: ALEXYS, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 537; PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 2001, pp. 56 – 59; de ahí que la palabra ley, ha de ser entendida, en términos de BERNAL PULIDO, Carlos. “La Fuerza Vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano”. En: *Materiales de lectura sobre Precedente Vinculante*. Justicia Viva, Instituto de Defensa Legal, 2003, p. 21. [Web Site]. “*Tiene razón la alta Corte de Colombia cuando considera absurdo entender la palabra ley sólo en la acepción de ley formal, es decir, la expedida por el Congreso: (...) el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada –la “ley” captada en su acepción puramente formal– sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas*”. (Las Sentencias C-131 y C-486 de 1993, y C-836 de 2001).

³⁸ Este concepto anterior, que sirve de fuente histórica a la Constitución, es el concepto más vigente dentro del constitucionalismo, además del siguiente, constitución es “(...) *la limitación de los poderes del estado encaminada a garantizar la libertad de los ciudadanos*”. ARAGON REYES, Manuel. “Sobre las nociones de Supremacía y Supralegalidad Constitucional”. En *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), N° 50, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, Marzo – Abril 1986, pp. 19 – 20.

³⁹ Cfr. Es una interpretación que salta a la vista de la cita que se hace de FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4^{ta} Editorial Trotta, UNAM, Madrid, 2009, p. 18. “*puediendo resaltar una diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derecho; un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo*

valla dirigido a superar las deficiencias que presentaban el Estado Legal de Derecho.

Y es que, como dice CASTILLO CÓRDOVA, es este sentido, una característica del Neoconstitucionalismo “*es la constitucionalización del entero ordenamiento jurídico, fenómeno que ha de saber colocarse entre una no deseada infraconstitucionalización y una criticada sobreconstitucionalización, (...) es decir, un adecuada constitucionalización construida con base en el camino pedregoso y arduo de la dogmática de los márgenes de acción*”⁴⁰. Este cambio revolucionario en el mundo del derecho al interior de la tradición continental, impuso un papel renovado y mucho más dinámico al juez, ampliando el margen de su libertad y por tanto de su responsabilidad social y política⁴¹, el juez es hoy más que nunca una pieza fundamental dentro del proceso de democratización y respeto de las garantías de las libertades tanto sociales como políticas de los asociados⁴².

Estado de Derecho implica necesariamente un Estado Constitucional”. En el artículo publicado por: FIGUEROA GUTARRA, Edwin. “Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional: ¿hacia nuevos horizontes en el Derecho?” en *Revista Jurídica del Perú*, N° 117, Noviembre 2010, p. 46. Ahora bien, FERRAJOLI establece que estaríamos hablando de un “*cambio en las condiciones de validez de las leyes dependientes ya no solo de las formas de producción, sino también de la coherencia de sus contenidos con las principios constitucionales*”, lo que implica una significativa alteración, pues, la interpretación y aplicación que hagan de las leyes “*son siempre (...) un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de consensuar como inválida durante la denuncia de su inconstitucionalidad*”. Cfr. RAMÍREZ FIGUEROA, Jim L. “El constitucionalismo de nuestro tiempo: breves apuntes acerca del (neo) constitucionalismo” en *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 42, Junio 2011, pp. 267 – 268.

⁴⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *op. cit.*, p. 626. Se habla de que el derecho peruano se constitucionaliza, y para ello, lo que más ha denotado interés es entender que ahora en nuestro estado “*el derecho ha sido impregnado, saturado o embebido por la constitución*”. COMANDUCCI, Paolo. “Formas de Neoconstitucionalismo: un Análisis Metateórico”. *op. cit.*, p. 95. Debemos tener en cuenta que se le ha señalado tal característica a “*un derecho que se identifica por tener una constitución invasora, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores, siendo tales características, propias de la discusión sobre la modificación de las fuentes del derecho*”. AGUILÓ REGLA, Joseph. “Sobre la Constitución del Estado Constitucional” en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24, 2001, p. 445.

⁴¹ Por mucho tiempo, al interior de las narrativas constitucionales que rigieron en la mayoría de países hispanoamericanos, el derecho constitucional se nos mostraba como el escenario al interior del cual se fraguaba las luchas políticas más radicales de nuestra historia política, cada grupo o sector político modificaba la Carta Fundamental para de esta forma adecuar el ordenamiento y con él, al Estado mismo a su visión de sociedad, derecho y democracia. Cfr. MONTERO LARA, Manuel, “El Estado Constitucional y su influencia en la consagración de los Derechos Sociales” en *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, N° 03, Marzo 2010, pp. 420 – 421.

⁴² Ver: CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, *Prologo a la Segunda Edición*. En: LOPEZ MEDINA, Diego, *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006, p. XIII. Revisar las páginas de: FLOREZ MUÑOZ, Daniel

Esta cualificación del rol del juez en las sociedades contemporáneas, ha permitido pensar si el siglo XIX fue el siglo del parlamentarismo; el siglo XX, el de los presidencialismos; el siglo XXI será el de la rama judicial⁴³. Por lo tanto, él que un día fue el esclavo de la ley, hoy ha tenido que revolucionar sus propias condiciones de existencia, procurando garantizar de forma más eficaz y concreta los principios democráticos en las sociedades contemporáneas, pero en este proceso necesariamente ha tenido que dejar atrás viejas ataduras y descubrir nuevos horizontes al interior de los cuales encontrar nuevas razones y nuevos fundamentos para sus decisiones.

Por tanto, el segundo elemento que conforma el Estado Constitucional de Derecho es una Constitución con *contenido material*, que supone “*la existencia de ciertos contenidos –los derechos fundamentales- que limitan o condicionan la*

Eduardo, “Comentarios a la difícil recepción del Estado Constitucional en Colombia y la defensa popular de la Supremacía Constitucional” en *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, N° 03, Marzo 2010, p. 22. Podemos citar un documento del cual residen los modernos principios de la administración de justicia y de la seguridad jurídica, que son los elementos fundamentales del constitucionalismo: “*en los fueros españoles de los siglos XI y XII y en la Carta Magna de Juan sin Tierra a comienzos del siglo XIII se enunciaron conceptos y principios que fueron hitos importantes en el movimiento constitucionalista. Los fueros españoles de León en el año 1020, de Jaca en 1064, de Burgos en 1073, de Nájera en 1076, de Toledo en 1085, de Zaragoza en 1115, de Puebla de Organzón en 1119, de Catayud en 1120 y el llamado Ordenamiento de León de 1188, enunciaron libertades que más tarde fueron desarrolladas e incorporadas al constitucionalismo. El fuero acordado en las Cortes de León o Pacto de Sobrabe, consagró algunas libertades que se erigieron en modelo para las ordenaciones jurídicas del futuro. Allí el monarca afirmó: he jurado que ni yo ni nadie pueda entrar por fuerza en casa de otro (que es el antecedente de la garantía de la inviolabilidad del domicilio de las Constituciones modernas) y agrego: que ni yo ni ningún otro de mi reino pueda destruir ni derribar la casa de ningún ciudadano, ni talar viñas, ni cortar los árboles de otros; el que tuviese enemistad con alguno acuda a mí o al señor de la tierra o a las justicias puestas por mí, por el obispo o por el señor. Si aquel de quien se reclama quisiese dar fiador o prenda como garantía de estar a derecho según su fuero, no sufrirá daño alguno, y si a esto no quisiese prestarse, el señor de la tierra y la justicia le obligaran a ello como fuese justo. Si el señor de la tierra y la justicia se negasen a cumplir este mandato, denúncienmelo el obispo y los hombres buenos, para que yo haga justicia al agraviado (Artículo 9°). Mando igualmente (artículo 19°) que si alguna autoridad judicial denegase justicia a algún reclamante o la dilatase maliciosamente, no haciendo derecho en el término de tres días, lo compruebe aquel por medio de testigos ante cualquiera de las autoridades judiciales inmediatas, de modo que conste la verdad; y obligue se a la autoridad judicial maliciosa a pagar al agraviado el duplo de su demanda y el duplo de los gastos que hubiese causado con su maliciosa dilatación”.* BORJA, Rodrigo. *op. cit.*, p. 331.

⁴³ Cfr. FLOREZ MUÑOZ, Daniel Eduardo, “Comentarios a la difícil recepción del Estado Constitucional en Colombia y la defensa popular de la Supremacía Constitucional” en *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, N° 03, Marzo 2010, p. 22. Asimismo, podemos realizar una lectura breve de GARCIA VILLEGAS, M., y SANTOS, B., *El Calidoscopio de las Justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes-Universidad de Coímbra, 2004, p. 96.

*producción, interpretación y aplicación del Derecho*⁴⁴. Así podemos decir, que con alguna frecuencia hemos escuchado hablar del llamado *Neoconstitucionalismo*⁴⁵, este hunde aquí sus raíces, y nos explica que: *la Constitución que requiere el Estado Constitucional no es cualquier Constitución, es una Constitución con determinadas características*⁴⁶. Y la primera característica esencial y que es la que define la esencia del Estado Constitucional es tener una Constitución con un contenido material⁴⁷. Esto significa, reconocer que la Constitución recoge las exigencias de justicia que brotan y se conforman alrededor de la persona; es decir, estaremos frente a una Constitución del Estado

⁴⁴ ATIENZA, Manuel. “Argumentación jurídica y Estado Constitucional” en: *Anales de Jurisprudencia*. N° 261, 2003, pp. 1 – 2. [ubicado el 22. V. 2011]. Obtenido en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/261/pr/pr9.pdf>.

⁴⁵ “(...) *Se encuentra en los principales defensores de la idea neoconstitucional como el profesor Paolo Comanducci o Miguel Carbonell Sánchez, argumentos que soportan la continuidad de ésta en el tiempo, afirman que el mismo le aporta algo nuevo al derecho constitucional, y que son tres las innovaciones principales: nuevos textos Constitucionales, nuevas praxis jurisprudenciales, y nuevos desarrollos teóricos, es sobre estas columnas que reposa la idea de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, con la característica de que el modelo jurídico responda a una constitución invasora, entrometida, que cambia y limita el ordenamiento jurídico*”. OSPINA RENDÓN, Juan Carlos. *Neoconstitucionalismo y constitucionalización del derecho*. Manizales, Universidad de Caldas –Colombia-, Marzo, 2008, p. 6. [ubicado el 22. V. 2011]. Obtenido en http://www.maximogris.net/DERECHO/Art_01_020.doc. Aunque si bien el propio profesor COMANDUCCI, no se considera a sí mismo como neoconstitucionalista, sino como un positivista metodológico, sus escritos lo incorporan en el quehacer neoconstitucional.

⁴⁶ Con lo anotado, en suma, “*puede afirmarse que la Constitución hoy cuenta con tres funciones principales. En primer lugar, la Constitución es fuente y fuente de fuentes del ordenamiento. Hans Kelsen, por ejemplo, señalaba que la validez de todo ordenamiento jurídico reside en la Constitución, mejor aún, en la habilitación formal que esta hace para crear Derecho. En segundo lugar, la Constitución es norma jerárquicamente superior; de ello derivan tres principios: los de fuerza normativa, de supremacía constitucional y de rigidez constitucional. En tercer lugar, la Constitución representa el orden fundamental de toda comunidad política, pues en su seno se deciden asuntos sustanciales para una sociedad*”. SOSA SACIO, Juan Manuel. “Constitución” en *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, op. cit., p. 54. Investigación que se consulta de: GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, Editorial Temis, 2001; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1994. Siendo así, “(...) *el Estado Constitucional es una prédica de aquellos Estados donde se cumple con las siguientes condiciones: una Constitución rígida, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la fuerza vinculante de la Constitución, la sobreinterpretación de la Constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme de las leyes y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*”. RAMÍREZ FIGUEROA, Jim L. “El constitucionalismo de nuestro tiempo: breves apuntes acerca del (neo) constitucionalismo” op. cit., p. 265.

⁴⁷ Siendo la manera más contemporánea de entender el Estado de Derecho, la diferencia radica en que el Estado Constitucional de Derecho apela a fundamentos sustantivos o valorativos referidos a la democracia y los derechos individuales. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. op. cit., pp. 114 – 115. Lo que significa la “*institucionalización del poder mediante normas jurídicas, para superar lo que en él había históricamente de personal y transitorio, en el marco de la racionalización de la sociedad política bajo una Constitución cuya supremacía se reconoce y a la que se someten todas las demás leyes que forman el ordenamiento jurídico estatal*”. BORJA, Rodrigo. op. cit., p. 333.

Constitucional, cuando esa misma recoja los derechos fundamentales, los principios y valores constitucionales, que todos ellos están dirigidos a hacer de la persona una realidad, que es fin en sí misma⁴⁸.

El Neoconstitucionalismo tiene umbral en la Alemania de la Segunda Guerra Mundial y la originaria jurisprudencia del TC Federal de 1958, para en seguida abrirse con distintas inclinaciones en Estados Unidos, Italia y porción de Latinoamérica⁴⁹, empleándose en otras constituciones a modo de Venezuela y Bolivia en algunos pasajes, pero, en este momento por ejemplo, la nueva Constitución Ecuatoriana del 2008 se advierte una disposición neoconstitucionalista.

Esto nos demostraría que de parte de los Estados se demanda un respeto por los derechos fundamentales, además, de abstenciones y de respeto por la esfera de autonomía del individuo, la observancia de auténticos mandatos de actuación no omisiva y deberes de protección enfrente de la actuación del poder público, así como enfrente de los propios particulares [STC. N° 0976-2001-AA/TC]⁵⁰.

Se relaciona a modo de una teoría jurídica que programa las normas legales que deben demarcar rigurosamente los poderes estatales y salvaguardar con claridad

⁴⁸ “(...) es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales. La persona humana no puede ser concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo; de ahí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad, en general (...)”. Exp. N° 0050-2004-AI/TC y acumulados, del 3 de Junio del 2005, fundamento 46. “Dignidad de la persona: relación con los derechos fundamentales”. MURO ROJO, Manuel (coord.) y MESINAS MONTERO, Federico. *La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: sentencias vinculadas con los artículos de la constitución*. Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2006, p. 36.

⁴⁹ CIANCIARDO, Juan (coord.). *La interpretación en la era del Neoconstitucionalismo: una aproximación interdisciplinaria*. Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, p. 119.

⁵⁰ La Constitución vincula y ejerce su efecto normativo sobre toda relación jurídica, sea de naturaleza pública o privada. De esta forma, no existe ningún campo relacional que no se encuentre bajo su manto irradiador, siendo entonces que los derechos fundamentales tienen un efecto vertical (entre el Estado y particulares) y otro horizontal (entre particulares). Así los precisó el Tribunal Constitucional, luego de corroborar que la expulsión de la recurrente lesionó sus derechos a la debida motivación y de asociación. En: *Jurisprudencia: preguntas & respuestas jurisprudenciales*, Gaceta Jurídica, Año 02, N° 21, Marzo 2005, p. 3. Vide. Cfr. STC. N° 06079-2009-PA/TC-LIMA, del 03 de Junio del 2010, Fundamento 03. Sobre el *efecto horizontal de los derechos fundamentales* consultar las siguientes sentencias: STC. N° 01938-2007-PA/TC, del 07 de Enero de 2010, Fundamento 09 y 10 (voto del Magistrado Dr. Álvarez Miranda); STC. N° 00607-2009-PA/TC, del 15 de Marzo de 2010, Fundamento 03 y 04; STC. N° 00081-2010-PA/TC, del 04 de Mayo de 2010, Fundamento 05.

los derechos fundamentales. Asimismo pasa de un Estado Legal de Derecho a un Estado garantista de derechos constitucionales. De esta manera, el Neoconstitucionalismo encumbra a la naturaleza de normas o leyes escritas a una serie de derechos considerados como consustanciales a la dignidad. Así que, las Constituciones que han adoptado el influjo de esta forma conceptual de entender su propio rol e importancia, tienen en los contenidos de sus artículos y en su estructura, una representación importante de principios morales, así como, ciertas características novedosas en el tema de la interpretación y aplicación de la norma constitucional.

A nuestro juicio, la comprensión más óptima de Neoconstitucionalismo (como teoría jurídica) la brinda, entre varios autores en la actualidad, FIGUEROA GUTARRA, para quien importa mucho notar que *“no se trata de una tendencia aislada, sino, por el contrario, de una comunidad de ideas y no de una simple posición solitaria en la interpretación del Derecho (...), más garantista, reformando sus bases para la consecución de la defensa plena de los derechos fundamentales”*⁵¹. Entonces, el Estado Constitucional de Derecho propugna, primero, colocar a la Constitución como principal fuente de juridicidad⁵² y en segundo lugar, exige que la Constitución tenga como contenido, uno materialmente jurídico. A diferencia de la ley que era un concepto meramente formal de Derecho: *“había Derecho cuando había ley, y había ley cuando había*

⁵¹ FIGUEROA GUTARRA, Edwin. “Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional: ¿hacia nuevos horizontes en el Derecho?”. *op. cit.*, p. 47. En ese sentido, los ideales forjados por el Neoconstitucionalismo se han venido convirtiendo en una lucha de reivindicaciones de grupos minoritarios con gran capacidad para presentar sus argumentos en el ámbito público; la interpretación jurídica es un instrumento de imposición de ciertas cosmovisiones, sin marcos de referencia de razonabilidad práctica objetiva ni preguntas por la verdad; la judicatura, es un escenario propicio para ejecutar una agenda política e imponer una concepción ideológica del Derecho. Cfr. MORA RESTREPO, Gabriel. “Editorial: de vuelta a la fundamentación jurídica” en *Revista de Fundamentación Jurídica DÍKAION*, Año 23, N° 18, Bogotá - Chía, Universidad de La Sabana, Diciembre 2009, p. 8.

⁵² Al respecto, precisamos que en los Estados de Derecho, cuyo sistema de fuentes –históricamente- se vinculan al Common Law, la Constitución, al decir de WALTER CARNOTA, *“no es un mero catálogo de ilusiones en donde se apilan y amontonan las aspiraciones sociales sino que es fuente de legalidad; cuyos preceptos obligan de manera imperativa”*. Al colocarse la Constitución en la cima del ordenamiento jurídico –debido a importancia de sus funciones- exige que las demás normas del sistema le deban fidelidad y acatamiento pues es el referente de vida de todas las demás normas positivas. Cfr. CARNOTA, Walter. *Curso de Derecho Constitucional*, Argentina, Editorial La Ley, 2001, p. 35.

sidó emitida por el Parlamento a través del procedimiento legislativo”⁵³. En el Estado Constitucional de Derecho el concepto de la primera fuente de juridicidad, no es formal, es material; solo hay Constitución y por tanto solo hay Derecho cuando se reconocen exigencias de justicia que brotan de la persona. Es decir, cuando se reconocen los derechos fundamentales, y los principios y valores que se formulan en torno a ellos.

Por ende, una Constitución de contenido *político* (material), le es imprescindible tener incidencia directa que su normatividad tiene sobre el conjunto de la sociedad organizada; pues al fin de cuentas, el objeto primordial de una Constitución, sobre el cual se centra su estudio, no es otro que de organizar políticamente a una determinada sociedad. Esto significa no solo consagrar las instituciones que la han de gobernar, sino también adoptar el régimen político que ha de regir y sentar las pautas de comportamiento que políticamente deberán observar gobernantes y gobernados. Así, puede decirse, que si bien es cierto la normatividad constitucional es en esencia jurídica, sus efectos son también por esencia políticos⁵⁴.

En aquel momento, partir de una verdadera Constitución es, en sentido material, un instrumento del Derecho para limitar al poder, al fin de establecer una esfera de protección eficaz a las libertades y derechos de las personas. Sólo entonces se justificaría la existencia de la Constitución. Si esto es así, entonces no todos los países tienen una verdadera Constitución. Aquellos en los que no se cumple ni se pretende que se cumple la definición material, no son Constituciones sino en realidad simples estatutos de poder, textos en los que se determina el por qué y el cómo los súbditos deben obedecer al Poder⁵⁵.

⁵³ CARNOTA, Walter. *Curso de Derecho Constitucional*, Argentina, Editorial La Ley, 2001, pp. 47 – 48. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 65.

⁵⁴ Todos y cada uno de los preceptos constitucionales tiene la condición de norma jurídica, convirtiéndose en parámetros para apreciar la constitucionalidad de otras normas. Vide. ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, 4^{ta} Ed., Vol. I, Madrid, Editora Tecnos, 2003, p. 155.

⁵⁵ En efecto, para que ello se cumpla, se debe de tener en cuenta “*los rasgos definitorios del constitucionalismo actual (y del Estado Constitucional), tales como: a) el constitucionalismo contemporáneo es decididamente personalista. Expresado de otra forma, es antropocéntrico: el Estado está al servicio de la persona y no al revés. El constitucionalismo actual consagra a la persona como fin y a su dignidad como valor y principio rector; b) se produce la positivización de los derechos fundamentales a nivel*

Justamente, solo podrían tener Constitución las sociedades que se encuentren encaminadas y encauzadas por la senda del constitucionalismo⁵⁶, entendido éste como aquél proceso histórico por el cual, el ser humano al llegar a la convicción de que tiene derechos anteriores y superiores al Poder y al Estado mismo, procura su promoción, reconocimiento y defensa eficaz.

*constitucional, a través de extensos catálogos de derechos; c) el Estado Constitucional es eminentemente democrático, se sustenta en el poder constituyente del pueblo y la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos; d) se produce la constitucionalización del ordenamiento, es decir, la penetración o presencia de las normas y los valores constitucionales en las distintas ramas del Derecho y en la vida social misma; e) la Constitución adquiere fuerza normativa. Se le considera fuente del Derecho y base de todo el ordenamiento jurídico, tanto en sentido formal como material; f) el contenido de las constituciones evidencia un pluralismo valorativo. Las Cartas Fundamentales acumulan valores varios y recogen expectativas de fuerzas políticas e intereses sociales distintas; g) el contenido de las constituciones es ambiguo e indeterminado, lo que demanda la especial interpretación de sus texto, que es encargada principalmente a los jueces. Por ello, son características de las actuales constituciones la presencia de abundantes normas con estructura de principio, la judicialización de los conflictos constitucionales y la necesidad de justificación argumentativa; y finalmente, h) las constituciones contemporáneas son constituciones culturales: no solo traducen una cultura constitucional concreta, sino permiten la integración en valores constitucionales y cívicos (patriotismo constitucional), y reconocen y tutelan las singularidades culturales de cada Estado". SOSA SACIO, Juan Manuel. "Constitucionalismo" en *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, op. cit., p. 68. Este autor, también lo explica en *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2011; y además en "Nuestros constitucionalismos" en *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2009.*

⁵⁶ Pero, ¿qué se entiende tradicionalmente por constitucionalismo? "Aquel que reserva a la constitución como contenido principal, y casi exclusivo, la tutela de la libertad, que configura un sistema de garantías para hacerla efectiva. La clave, por tanto, de nuestro concepto son las garantías. Así, Bidart Campos aseguraba que el constitucionalismo clásico entiende que sólo tiene constitución el estado fundado en la idea de libertad, y que sólo es constitución la que tiene por finalidad suprema asegurar la libertad" (BIDART CAMPOS, Germán. *Derecho Constitucional*, T. I, Editorial Ediar, 1968, p. 38.). Coincide con esta idea un indudable especialista como Loewenstein, quien aseguraba que en "una perspectiva histórica, el constitucionalismo ha sido la búsqueda del medio más eficaz para moderar y limitar el poder político, primero el del gobierno y después el de todos y cada uno de los detentadores del poder" (LOEWENSTEIN, Kart. *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, 1964, p. 68). En todo caso, "el constitucionalismo fue entendido como el proceso de racionalización del poder, de institucionalización de los órganos de gobierno y de la participación del individuo en las funciones estatales" (AJA ESPIL, Jorge A. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1971, p. 49.). En otro sentido, más cercano a la concepción ya vista de Loewenstein, también "se ha utilizado el término constitucionalismo para referirse al gobierno limitado. Y cuando se agrega el control judicial de constitucionalidad, el constitucionalismo, según algunos autores, se hace más robusto ya que la justicia independiente se convierte en la única institución capaz de proteger esos derechos y cuenta con el poder de anular la legislación que los amenaza" (NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, Editorial Gedisa, 1997, p. 16.). Vid. PORTELA, Jorge Guillermo. "El neoconstitucionalismo ¿es realmente neo?". op. cit..

1.2.- Rasgos distintivos como teoría del Derecho:

No se imagina otro perfil de teoría del Derecho que no sea mediante un *instrumento solemne* que regule la convivencia social, el mandato político y los derechos y deberes de las personas. Ese documento es la *Constitución*. Por eso, para el verdadero análisis y desarrollo sistemático del Neoconstitucionalismo, que acaba de ser detallado parece demandar “(...) *una nueva explicación que en buena medida se aleja de los esquemas del llamado positivismo teórico*”⁵⁷. De esta forma, nos lleva a recapacitar y razonar sobre ciertas representaciones especiales de esta ocurrencia teórica del Derecho, que lo que busca es resolver los conflictos de los nuevos tiempos.

1.2.1.- Una presunción principialista.

Desde la segunda mitad del siglo XX, quizás un poco antes, se comienza a experimentar una crisis en el pensamiento positivista que separaba al derecho del elemento de lo moral y lo justo, y que so pretexto de construir una ciencia jurídica autónoma, relegaba al mundo de lo irracional y de lo no jurídico la reflexión sobre los valores. A partir de entonces, “*la teoría del derecho del positivismo jurídico, que había querido mantenerse como una teoría eminentemente normativa y formal, comienza a tener una apertura al mundo de la moral y al mundo de los hechos*”⁵⁸. Como consecuencia de estas crisis, comienzan a surgir planteamientos filosóficos que proponen una nueva apertura al tema de los valores y corrientes que hasta entonces fungían de paradigmas del pensamiento filosófico jurídico.

Las reglas en su concepción tradicional son la norma jurídica y la ley. En el Estado Constitucional de Derecho⁵⁹, las reglas son referentes de los principios de

⁵⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, op. cit., p. 120.

⁵⁸ FARALLI, Carla. *La filosofía del derecho contemporáneo. Temas y desafíos*, traducido por Santiago Perea Latorre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 11 y ss. Citado por CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Temas y Problemas de la Filosofía del Derecho*, Bogotá, Ediciones Doctrinal y Ley Ltda., 2008, p. 115.

⁵⁹ Según GARCÍA TOMA, cuando hablamos de Derecho Constitucional, encontramos que también comprende en su estudio a “*principios*” de mayor transcendencia estatal que son la base fundamental de

legalidad y de congruencia para manifestar la estricta correspondencia entre las pretensiones y las respuestas de los juzgadores en los conflictos jurídicos. Ahora bien, los principios constituyen estándares que no son reglas, y a pesar de que ambos permiten la toma de decisiones particulares, se diferencian en su forma lógica de aplicación.

De este modo, las reglas son aplicables a manera de alternativas, de todo o nada, esto es, si se dan determinados hechos que caen dentro de la órbita de determinada regla estipulada como válida, entonces se actualiza la respuesta que establece la regla, DWORKIN ilustra esta situación con el juego de béisbol⁶⁰; igual sucede con las reglas en el derecho como la que establece cómo deben hacerse los contratos para que sean válidos.

Para la *teoría de los principios jurídicos*, se aplican de otra manera; estos, a diferencia de las reglas, establecen consecuencias jurídicas que sobrevengan cuando no se cumplen las exigencias previstas por él⁶¹. Para la teoría

Derecho. Vide. GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 1^{ra} Ed., Lima, Palestra Editores, 2005, pp. 480 – 481.

⁶⁰ BARKER, Robert S., *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2005, p. 187. Para mayor ampliación conceptual revisar DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. 4^a Reimpresión, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1999, pp. 74 – 78. Los principios constituyen estándares que no son reglas, y a pesar de que ambos permiten la toma de decisiones particulares, se diferencia en su forma lógica de aplicación. Las reglas son aplicables a manera disyuntiva, todo o nada, esto es, si se dan determinados hechos que caen dentro de la órbita de determinada regla estipulada como válida, entonces se actualiza la respuesta que establece la regla. DWORKIN ilustra esta situación con el juego de béisbol en el que si un bateador no batea tres lanzamientos buenos a juicio del árbitro está fuera del juego; igual sucede con las reglas en el derecho como la que establece cómo deben hacerse los contratos para que sean válidas. Cabe resaltar además que, según ROBERT ALEXY, la discusión en torno a la relación entre el Derecho y la moral es una cuestión en torno a cómo se entiende el derecho y cómo la ciencia jurídica y la práctica del Derecho se ven a sí mismas; ello explicaría, al caso, por que subsisten los desacuerdos en torno al mismo. Las teorías positivistas defienden la tesis de que el concepto de Derecho no puede definirse incluyendo elementos morales, y, por tanto, los elementos definitorios del Derecho se encuentran en la decisión de autoridad o en la eficacia o efectividad social; esta podría denominarse la tesis de la desvinculación. De esta manera, la tesis que defiende ALEXY es la que existe una relación conceptual necesaria entre el Derecho y la moral, y por ello, al igual que DWORKIN, se opone a la tesis del positivismo jurídico. Su tesis podría denominarse la tesis de la vinculación. ALEXY, Robert, *op. cit.*, pp. 115 – 117.

⁶¹ Cfr. FASSÓ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho: Siglo XIX y XX: tesis del positivismo jurídico según Dworkin y la crítica de Dworkin al Positivismo jurídico de Hart*. T. III, Madrid, Ediciones Pirámide S.A., 1996, p. 380. Dworkin sostiene que los principios morales que las personas aprecian a menudo se equivocan, incluso hasta el punto de que algunos crímenes son aceptables si sus principios son bastante sesgada. Con el fin de descubrir y aplicar estos principios, los tribunales interpretan los datos jurídicos

principialista, los principios son aplicables de manera diferente que las reglas; éstos no establecen consecuencias jurídicas que sobrevengan cuando no se cumplen las exigencias previstas por él. Pero los principios si tienen una dimensión de peso y de importancia que está ausente en las reglas: cuando dos reglas interfieren o chocan, una de las dos es válida; por el contrario, cuando los principios colisionan es al Juez al que corresponde valorar el peso relativo que cada uno de ellos tiene en el caso⁶²; teniéndose que brindar una autentica razón de la valorización interpretativa de los principios en conflicto, dando razones a favor de uno de ellos.

De manera que, si esto es así, bien podría decirse que “*en el Derecho (...) hay que argumentar porque hay que decidir (...), la argumentación acompaña a las decisiones como la sombra al cuerpo: argumentar y decidir son facetas de una misma realidad*”⁶³. Si el anterior razonamiento esbozado es correcto, se requiere entonces un concepto de obligación que dé cuenta de los principios.

Quien también más ha contribuido con la dispersión de significados sobre los principios es DEL VECCHIO, quien concluía que los mismos poseen un carácter ideal y absoluto, como consecuencia de lo cual superan el sistema concreto del que forman parte⁶⁴. Pero, continuaba sosteniendo por esa misma razón que los principios no pueden prevalecer contra las normas particulares que lo componen, ni destruirlas en ningún caso (aunque tienen valor); sin embargo, sobre y dentro de tales normas, representan la razón suprema y el espíritu que las informa.

(legislación, casos, etc.) con el fin de articular una interpretación que mejor se explica y justifica la práctica jurídica del pasado. Toda interpretación debe seguir, Dworkin sostiene, a partir de la noción de “derecho como integridad” a fin de tener sentido.

⁶² Cfr. CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Temas y Problemas de la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 123.

⁶³ CUNO CRUZ, Humberto. “Argumentación Jurídica” en *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, op. cit., p. 28. Para la ampliación del estudio en las formulaciones y teorías de la argumentación jurídica, se invita a revisar: AGUILÓ REGLA, Josep. *Sobre Derecho y argumentación*. Palma (Mallorca), Leonard Muntaner, 2008; ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra, 2010; ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*. Barcelona, Ariel, 2006 y finalmente, WESTON, Anthony. *Las Claves de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2005.

⁶⁴ Cfr. DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del Derecho*. Barcelona, Bosch, 1933 p. 85.

Volvamos ahora a nuestro punto inicial. ¿Por que si el Neoconstitucionalismo posee su fundamento teórico en los principios, que han sido contemplados y recogidos en las correspondientes constituciones, éstos se comprenden aún tan relativamente?

Tomemos las palabras de ZAGREBELSKY, que en todo momento insiste en el carácter plural que poseen los principios; éstos deben asumir un carácter no absoluto, sino compatible con aquellos otros con los que debe convivir⁶⁵. De todas formas, expresa que un rasgo característico del constitucionalismo moderno es la fijación, mediante normas constitucionales, de *principios de justicia material destinados a informar a todo el ordenamiento jurídico*⁶⁶. Ello convierte a dichos principios en algo propiamente jurídico, por consiguiente, *mandatos de optimización* –pensamiento de BERNAL PULIDO⁶⁷- que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas⁶⁸. Entonces, la ley expresa las combinaciones posibles entre los principios constitucionales, que se limitan a establecer de ese modo los puntos irrenunciables de cualquier combinación.

⁶⁵ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, 65. Citado por FIGUEROA GUTARRA, Edwin, “Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional: ¿hacia nuevos horizontes en el Derecho?”. *op. cit.*, p. 38.

⁶⁶ “Estos principios constituyen el núcleo de la justicia como equidad y se pueden enunciar así: 1) toda persona tiene derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y 2) las desigualdades sociales y económicas se permiten si están asociadas a cargos y posiciones abiertas a todos en igualdad de oportunidades y si van en beneficio de los miembros”. RAWLS, John. *Una teoría de la justicia*. Madrid, Editorial Tecnos, 1971, p. 340. Citado por CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Temas y Problemas de la Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 118.

⁶⁷ Demostrando que “la norma es entonces la disposición interpretada. De este modo, los mandatos, las prohibiciones, los permisos y las competencias que constituyen el contenido de las normas, no surgen de las disposiciones como tales, del texto de la fuente del derecho, sino de su interpretación”. BERNAL PULIDO, Carlos. “La Fuerza Vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano”. En: *Materiales de lectura sobre Precedente Vinculante*. Justicia Viva, Instituto de Defensa Legal, 2003, p. 30 [Web Site]; BERNAL PULIDO, Carlos. *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 103.

⁶⁸ Cfr. HAKANSSON NIETO, Carlos, *Los principios de interpretación y precedente vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano: una aproximación*, Revista DÍKAION, Vol. 23, N° 18, Diciembre 2009, Universidad de la Sabana – Colombia, Redalyc: Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, pp. 58 – 60. [ubicado el 12. V. 2011]. Obtenido en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=72012329004>.

1.2.2.- Un repensar a la ponderación.

En el Estado Constitucional de Derecho se varían los supuestos de antaño sobre la forma del Estado; se redefine la fórmula política hacia una concepción más garantistas sobre las demandas de los derechos fundamentales y se replantea la forma de resolver las controversias constitucionales. En casos de concurrencia de derechos fundamentales⁶⁹, lo que se debe buscar es determinar cuál de los derechos comparece en el caso y cuál no, o si existen en parte uno y en parte otro. Se trata pues, de encontrar lo justo del caso en las contrapuestas pretensiones de los justiciables.

De ahí que, en rigor, el conflicto se daría sólo aparentemente entre los derechos – en abstracto y en concreto-, y realmente entre las pretensiones –tanto en general, como en sentido procesal- y entre los intereses individuales de cada una de las partes. Puede admitirse que hay derechos que son tendencialmente opuestos, ya que en su formulación abstracta no contienen mecanismos para su armonización, y los bienes humanos que procuran tutelar pueden tender hacia contenidos divergentes⁷⁰. De igual manera, con relación a la ponderación, se puede plantear el problema de no saber exactamente qué es lo que ordena uno de los principios en colisión, debido al carácter abierto del enunciado normativo en el que se recogen estas normas.

Por ello, la reflexión no conlleva a pensar que la colisión es una consecuencia lógica de su carácter de mandato de optimización; sin embargo, en relación con

⁶⁹ Los derechos fundamentales “*son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional y la dignidad está fuertemente vinculada a estos, en cuanto razón de ser, fin y límite de los mismos. Comparte con ellos su doble carácter como derechos de la persona y como un orden institucional, de modo que “los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos”*”. BATISTA J. F., *La Dignidad de la Persona: Naturaleza Jurídica y Funciones*. Cuestiones Constitucionales: Núm-14, Enero - Junio 2006.

⁷⁰ Cfr. MORALES SARAVIA, Francisco. “La interpretación constitucional” En *Revista Jurídica del Perú*, T. 71, Lima, Gaceta jurídica, 2007, p. 15.

los derechos fundamentales, que constituyen el principal ámbito de aplicación de su teoría principialista, es posible hallar una justificación adicional de la colisión⁷¹.

No obstante, cabe un acercamiento interpretativo que busque criterios armonizadores. En esta línea, la primera pauta interpretativa consistiría en distinguir entre derechos fundamentales y normas de derecho fundamental, y buscar la armonización en el nivel de los derechos, y no en el de las meras normas. Se trataría de superar, así *“la interpretación literal de las normas iusfundamentales, dando entrada a los derechos por vía de una interpretación teleológica y sistemática”*⁷². Esta interpretación se lleva a cabo en nuestra cultura constitucional mediante la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales.

De este modo, en la medida en que las normas concernientes a principios exigen interpretaciones constructivas y creativas, se ha aumentado el poder de la administración de justicia, así como el ámbito de las decisiones judiciales. Consecuentemente, refiere que la mera subsunción de los hechos en la norma jurídica y el papel pasivo del juez queda de lado para dar paso a un nuevo horizonte del Derecho, en el que cobra protagonismo tanto el TC como los criterios interpretativos de la ponderación y los principios de interpretación constitucional o en el control constitucional abstracto⁷³.

⁷¹ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”. En *Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura*. X Curso de Capacitación para el Ascenso. 2do nivel. Lima, 2009. p. 87.

⁷² CIANCIARDO, Juan (coord.). *La interpretación en la era del Neoconstitucionalismo: una aproximación interdisciplinaria*, op. cit., p. 124.

⁷³ Los principios constitucionales (derechos fundamentales) se aplican mediante la ponderación, que es igualmente el mecanismo para resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos. DWORKIN, en línea similar, se refiere al “pesaje” de los principios. DWORKIN, Ronald. op. cit., p.26. La ley de la ponderación ha sido expuesta por ALEXY de la siguiente forma: Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. Este autor, igualmente, muestra que la ponderación puede dividirse en tres pasos: *“En el primer paso, es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”*. ALEXY, Robert. op. cit., pp. 26 y 49.

Para GARCÍA JARAMILLO, todo ello representa una “*constitucionalización (...), de las normas que hacen parte de un sistema jurídico, y que pueden ser las estipuladas explícitamente en la Constitución o las que, como las adscritas, resultan de una ponderación iusfundamentalmente correcta realizada por la institución que ejerce el control constitucional*”⁷⁴. Por ende, el modelo de la subsunción permite resolver cuestiones o casos fáciles, no así los casos difíciles donde la norma a utilizar contenga conceptos equívocos, o ambiguos, o en los casos en que por no existir un texto legal aplicable, el juez constitucional debe recurrir a una construcción normativa. En estos casos, se ha sostenido que el proceso de adjudicación no se reduce al silogismo judicial, sino que se produce un proceso de creación normativa⁷⁵.

1.2.3.- Dinamismo de la Constitución.

La Constitución es la norma suprema que caracteriza a los estados soberanos y democráticos, aquella que es *fuerza real y formal* de todo el ordenamiento jurídico. Es definida como la norma que regula las fuentes del derecho, la que limita el poder y hace valer los derechos y libertades de las personas, y organiza a los poderes e instituciones políticas. La definición anterior de Constitución alberga las dos ideas de Supremacía constitucional: *la que procede del derecho angloamericano y la que surge en Europa continental*.

⁷⁴ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. “El nuevo derecho en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?” en *Revista de Derecho: Universidad del Norte*, N° 29, Barranquilla 2008, p. 315. Este es un artículo de la investigación “Justicia constitucional y democracia deliberativa”, inscrita en el Grupo de Estudios Jurídicos y Socio jurídicos del Centro de Investigaciones Socio jurídicas de la Universidad de Caldas. [ubicado el 4. VI. 2011]. Obtenido en http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/29/11_El%20nuevo%20derecho.pdf. Para GUASTINI, por este fenómeno puede entenderse como: “*un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales*”. GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México D.F., II JUNAM, Fontamara, 2007, p. 13.

⁷⁵ FERNÁNDEZ GÓMEZ, Lorenzo. *Temas de Filosofía del Derecho*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1995, p.356. La crítica de DWORKIN se centró básicamente en la distinción entre casos fáciles y casos difíciles.

La primera de las ideas sobre supremacía constitucional, concibe a la Constitución como un pacto para garantizar la libertad y el respeto de los derechos fundamentales, fue creada también, como freno al ejercicio del poder, un documento que está por encima del poder político. Pero en el Perú, ¿cuándo perdimos conocimiento de esta idea? El positivismo jurídico, bajo la posición de HANS KELSEN, nos llevó a formar idea de una Carta Magna como norma primera: *Ley de leyes*, sustentadora de la validez del resto de normas de todo ordenamiento jurídico; he aquí la segunda idea de supremacía constitucional⁷⁶.

Ahora bien, ¿qué viene a ser la supremacía constitucional? La Constitución posee un principio intrínseco, que debe considerarse como una cualidad esencial de toda Carta Magna, sobre el que se sustenta el postulado de prevalencia de esta norma por sobre el resto, demostrado por su ubicación en la cima de la pirámide Kelseniano y por ser la inspiradora y receptáculo máximo de derechos y libertades⁷⁷.

De esta manera, nuestro país ha asumido la idea de supremacía de la Constitución del Positivismo jurídico acorde con los postulados del constitucionalista vienés, la cual como hemos visto, se basa en la apreciación correcta de considerar a la Constitución como *norma fundamental*. La Carta Magna peruana, por tanto, es la norma jurídica de carácter fundante de un ordenamiento jurídico, por lo que ninguna norma con rango de ley ni mucho menos un reglamento podrá disponer de modo distinto a lo que ella dispone⁷⁸.

⁷⁶ Cfr. HAKANSSON NIETO, Carlos. *Una visión del Derecho Constitucional para el siglo XXI y la reforma a la carta de 1993*. Piura, Universidad de Piura, 2004, pp. 17 - 18. La principal ley de construcción de este nuevo tipo de Estado Constitucional es el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales. Así, la Constitución está garantizada jurisdiccionalmente. La supremacía y rigidez de ésta se traducen en una efectiva supremacía sobre la Ley. Los jueces ordinarios y constitucionales se convierten en guardianes de la Constitución. En resumen, la supremacía de la Constitución obliga a los operadores jurídicos a interpretar las normas infraconstitucionales desde la Constitución. Cfr. GUIM ALFAGO, Mauricio A. “La Constitución en Serio”, en *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, N° 03, Marzo 2010, pp. 434 y 449.

⁷⁷ Cfr. VIGNOLO CUEVA, Orlando. “El principio de supremacía constitucional. Su evolución a partir de la comprensión de la constitución como norma” En *Revista Jurídica del Perú*. N° 79, Noviembre 2007, p. 11.

⁷⁸ En efecto, hay una manera incorrecta de leer e interpretar la Constitución. Por ello, debemos comenzar por recordar cual es la naturaleza de la Constitución Política. La Constitución Política es una norma jurídica y no norma política programática o política “*exclusivamente*”. Esto significa, que ella no es un texto que solo

De la misma forma, cuando nos ponemos a observar a las Constituciones elaboradas a partir de la Segunda Guerra Mundial, nos percatamos que se introdujo una teoría material de la justicia basada esencialmente en el reconocimiento de la dignidad humana y en el respeto de los derechos fundamentales⁷⁹. Sin embargo, pronto comenzó a admitirse que los derechos fundamentales podían ser restringidos no sólo para preservar otros derechos, sino también bienes colectivos, tesis que ha alcanzado su mayor elaboración teórica en la obra de ROBERT ALEXY.

De allí, la necesidad de procurar (a la Constitución) su posición primordial y el de asegurar el mantenimiento de su contenido normativo como norma máxima, de modo que toda norma legal se ajuste a lo que de ella emana, defendiéndose esto a través de mecanismos diversos⁸⁰. Y al hablar de diversos mecanismos, hacemos referencia a aquellos instrumentos internos, conjunto de medidas y procedimientos destinados a asegurar y hacer efectivo el carácter supremo de la Constitución, precisamente, aludimos al control constitucional jurisdiccional a cargo de aquellos órganos jurisdiccionales -Poder Judicial (en adelante PJ) y TC-, es decir, ambos llevan a cabo un procedimiento para determinar las leyes disconformes a la Constitución a fin de que no vuelvan a aplicarse⁸¹.

Es así, que tanto Tribunales ordinarios como Tribunal supremos poseen la facultad de enjuiciar las leyes; no obstante, cada país ha adoptado ya sea el

recoge los objetivos o directrices políticas solamente, sino una norma que vincula y obliga a todos los poderes públicos sin excepción alguna. Pero no solo es una norma jurídica que aspira a reglar las conductas, sino que es la norma de la mayor jerarquía, es decir, es la norma suprema. Pero no solo estamos ante una norma jurídica y de la mayor jerarquía, sino que estamos ante una norma exigible en aplicación y vigencia inmediata. Esto es clave para entender la jurisdicción constitucional. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 116.

⁷⁹ “La coherencia con la teoría de la justicia del Neoconstitucionalismo exige mantener que los derechos fundamentales no admiten restricciones y que toda conducta realizada lícitamente al amparo de un derecho fundamental merece protección”. DE DOMINGO PÉREZ, Tomás. “Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad” En *Revista Persona y Derecho: de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, N° 56, Mayo 2007, p. 269.

⁸⁰ Cfr. HAKANSSON NIETO, Carlos. *Una visión del Derecho Constitucional para el siglo XXI y la reforma a la carta de 1993*, op. cit., p. 14.

⁸¹ Cfr. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. *En defensa de la Constitución*. 1ª Edición. Piura, Universidad de Piura, 1997, pp. 365 - 369.

modelo norteamericano cuya labor recae en los Tribunales ordinarios o por el modelo europeo, cuyo ente encargado es el TC.

Estos argumentos se moldearon, en la realidad peruana, con la reforma constitucional que sufrió la Carta Magna, y que renació en el año 1993, cuando se concentro –aún más- una especial atención a nuestra Constitución el principio de respecto a los DD. HH. que actualmente es el texto del art. 44º de la CPP vigente, por el que se proclama que “*son deberes primordiales del Estado: (...); garantizar la plena vigencia de los derechos humanos*”⁸². Además, estableció al TC, como magistratura especializada para realizar la Justicia Constitucional⁸³. En contraste, con la anterior Constitución de 1979⁸⁴, se proclamó enteramente por primera vez

⁸² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 44º.- “*Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior*”.

⁸³ Sobre este tema cabe precisar que “*en nuestro Ordenamiento Jurídico es de resaltar la peculiaridad de que coexistan al interior del texto constitucional los dos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, esto es: (i) el Difuso –Judicial Review- o americano; y (ii) el Concentrado o europeo. Lo antes expuesto describe lo que se ha venido en denominar Sistema Mixto de Control de la Constitucionalidad, (...) a diferencia de otros ordenamientos jurídico-constitucionales donde solo encontramos la presencia del sistema de control concentrado, que la jurisdicción constitucional pueda ser válidamente ejercida no solamente por los Magistrados del Tribunal Constitucional, sino también por los Magistrados ordinarios del Poder Judicial, quienes de este modo reúnen sobre sí de manera permanente una doble cualidad inmanente en el hecho de ser jueces ordinarios de la causa que corresponda y jueces constitucionales en el control difuso de la constitucionalidad (...). En consecuencia, en nuestro medio se puede afirmar sin temor al error que la justicia constitucional es de orden mixto y se entiende extendida a todo el ámbito competencial del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional*”. QUIROGA LEÓN, Aníbal. “Una aproximación a la Justicia Constitucional: el modelo peruano”, en *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1990, pp. 177 y ss. Vide. QUIROGA LEÓN, Aníbal. “Los excesos del Tribunal Constitucional peruano: a propósito del Control Concentrado de la Constitución”, en *Estudios Constitucionales*, Año/Vol. 03, N° 002, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, 2005, pp. 32 – 33. [ubicado el 04.VI. 2011]. Obtenido en <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/820/82030202.pdf>

⁸⁴ En nuestro país coexiste un sistema mixto de control constitucional desde la Constitución de 1979, donde se sentaron las bases del método difuso de justicia constitucional y, además, según el modelo español, se creó un tribunal de Garantías Constitucionales dotado de poderes concentrados de control de la Constitución que la reforma de la Constitución de 1993, ha convertido en Tribunal Constitucional. Este Tribunal Constitucional es, el único de su tipo, en América Latina, ubicado fuera del Poder Judicial. Así mismo, se estableció por primera vez el control difuso en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 que disponía que en caso de incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera. Cfr. TANTALEÁN ODAR, Christian Fernando. *El control difuso como método de control constitucional*, Esta es una publicación que ha sido creada para la difusión de los frutos de la investigación jurídica. En: *Revista Derecho y Cambio Social* creada el 23 de mayo del 2004, N° 04, Año II,

en nuestra historia constitucional el principio de la supremacía constitucional, en el art. 87° que decía: “*La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La ley, sobre toda norma de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo a su jerarquía jurídica (...)*”. De esta manera, la concepción de la Constitución es la de una suprema ley en toda la República del Perú.

Estos antecedentes fueron hitos para que la Constitución de 1993 sellara la irrupción de nuestra organización republicana en los lares del *neoconstitucionalismo*, término que alude a un modelo de organización política denominado *Estado Constitucional de Derecho*, que se asienta sobre un sólido pilar: el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y de los derechos fundamentales del ser humano⁸⁵.

El nuevo paradigma tiene algunas características esenciales de entre las que destacan: la revalorización de la persona, de su dignidad y derechos inalienables; legitimidad del gobierno que se basa en el ejercicio de atribuciones conforme a la dispuesto en la Constitución; la supremacía de la Constitución, para cuyo efecto es indispensable un control que lo ejerza el TC; y, el garantismo, que es clave en el paradigma y para cuya concreción deviene en fundamental del rol protagónico y dinámico de los jueces, quienes deben comenzar a pensar y actuar desde la Constitución y no sólo desde la Ley.

La Molina – Lima, 2005. [ubicado el 04.VI. 2011]. Obtenido en <http://www.derechocambiosocial.com/revista004/control.htm>

⁸⁵ Se propicia la concretización del respeto a los derechos fundamentales, asegurando su plena efectividad a través de la materialización de garantías. En este sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: “*La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51°), como desde el subjetivo-estructural (artículos 38° y 45°). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho –del respeto a la- dignidad humana (artículo 1° de la Constitución). En consecuencia, pretender que la Constitución no puede ser interpretada, no sólo negaría su condición de norma jurídica –en directa contravención de sus artículos 38°, 45° y 51°-, sino que desconocería las competencias inherentes del juez constitucional como operador del Derecho, y sería tan absurdo como pretender que el juez ordinario se encuentre impedido de interpretar la ley antes de aplicarla*”. Vide. STC. N° 00047-2004-PI/TC, del 24 de Abril de 2006, Fundamento 9. “*(...) Del mismo modo, es un principio informador para la configuración de nuevos derechos de rango constitucional y es el presupuesto de nuestro Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*”. STC. N° 0042-2004-AI/TC, del 13 de Abril de 2005, Fundamento 32.

La supremacía de la Constitución irradia la fuerza normativa propia y directa de sus valores, principios, normas y del llamado bloque de constitucionalidad⁸⁶, como constan en el art. 51º de la CPP que dice: *“la Constitución prevalece sobre toda norma legal (...)”*, y en su Cuarta Disposición Final y Transitoria refiere: *“las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*. De tal manera, se interpreta que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de DD. HH. son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte⁸⁷.

En consecuencia ya no se requiere de ley previa o posterior para que la disposición constitucional pase del libro a la vida. Es lo que en términos magistrales de HERBERT KRÜGGER dijo: *“si por siglos el ejercicio de los derechos fundamentales fue posible en la medida en que lo permita la ley, hoy la*

⁸⁶ Doctrinariamente, se ha entendido que *“la dinámica del proceso de inconstitucionalidad supone la confrontación de la ley enjuiciada con el denominado parámetro de constitucionalidad, el cual se halla compuesto no solo por la Constitución, sino también por el llamado bloque de constitucionalidad, que agrupa un conjunto de normas que, pese a no tener formalmente el mismo rango que el texto constitucional (pues tienen rango legal), sirven instrumentalmente para examinar la constitucionalidad de la norma impugnada, bajo ciertos supuestos. El término tiene un origen doctrinal antes que legislativo o jurisprudencial. En concreto, su autoría se le atribuye a Louis Favoreau, quien utilizó esta figura para explicar la Decisión D-44, de 16 de julio de 1971, emitida por el Consejo Constitucional francés. En dicha decisión, la Corte había decidido declarar la invalidez de una ley, examinándola no solo a partir de la Constitución francesa de 1958, sino confrontándola además con la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789; aunque es posible encontrar un antecedente, ciertamente análogo, en el denominado bloque de constitucionalidad del proceso contencioso-administrativo francés. En cualquier caso, lo cierto es que en la actualidad el bloque de constitucionalidad francés se halla integrado por la Constitución de 1958, el Preámbulo de la Constitución de 1946, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 y los principios fundamentales reconocidos por la ley de la República”*. ROJAS BERNAL, José Miguel. “Bloque de Constitucionalidad” en *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, en *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, op. cit., p. 36. Investigación que se consulta de: CARPIO MARCOS, Edgar. “El Bloque de constitucionalidad” En *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, Vol. 05, 2004.

⁸⁷ De acuerdo a lo que expresa nuestro Tribunal Constitucional, asumir la supremacía de la Constitución significa superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria que consideraba a la ley como la máxima norma del ordenamiento jurídico para dar paso de la mano del principio político de soberanía popular al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del poder constituyente con la creación de la Constitución del Estado en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos ni poderes absolutos ni autárquicos. Vide. Cfr. STC. N° 5854-2005-AA/TC, del 08 de Noviembre del 2005, Fundamento 03.

*ley vale en la medida en que se respeta los derechos esenciales*⁸⁸, es decir, que estos derechos aparecen como anteriores al Estado, por ello se dice que se descubren y se reconocen, más no se inventan ni se otorgan.

Para que estas líneas maestras del paradigma sean posibles es indispensable tener un TC como órgano único y máximo intérprete de la Constitución y que esta competencia no la ejerza el Poder Legislativo, como era en el pasado. Pero, además, debe establecerse la idea de que el TC no es simplemente un legislador negativo sino, especialmente, un órgano activo que colabora con el Legislativo y el Ejecutivo en la labor de producción de normas de derecho, elevándolo al órgano especializado de la *Justicia Constitucional*⁸⁹ a la cúspide del poder jurisdiccional y estableciendo la sumisión de los jueces ordinarios, cortes y tribunales, a la jurisprudencia constitucional de mismo.

1.2.4.- Materialización del Control Constitucional.

En nuestro país, el control de la constitucionalidad lo encontramos claramente definido en la Constitución de 1979, aquí se desarrolla un *sistema dual*⁹⁰, es decir, no sólo aplicaba el sistema de control judicial o difuso, desarrollado por la

⁸⁸ Citado por BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 43. Vide. Cfr. CRUZ, Luis M. “La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al Neoconstitucionalismo” en *Revista de Fundamentación Jurídica DÍKAIÓN*, Año 23, N° 18, Bogotá - Chía, Universidad de La Sabana, Diciembre 2009, p. 21.

⁸⁹ Es parte del objeto del Derecho Constitucional y sus cimientos de un control difuso de constitucionalidad datan desde 1788 en el que se publicó lo siguiente: “(...) *los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales (...)*”. De manera que al resolver el caso, “(...) *Si una ley resultara contraria a la Constitución, o hubiere conflicto entre la norma legal y la constitucional que obligue a desestimar una u otra, compete al Tribunal determinar cuál es el derecho aplicable, ya que ésta constituye la esencia de la función jurisdiccional*”. [El artículo LXXVIII de “The Federalist”]. El federalista, comúnmente llamado *The Federalist Papers*, es una serie de 85 ensayos escritos por HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John entre octubre de 1787 y mayo de 1788. Los ensayos fueron publicados simultáneamente en varios periódicos del Estado de New York, en forma anónima, bajo el seudónimo “Publius”.

⁹⁰ El constitucionalista GARCÍA BELAUNDE, autor de esta nomenclatura, define al sistema dual como “*aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano (difuso) y el europeo (concentrado), pero sin mezclarse, manteniendo así cada uno su autonomía*”, sistema que como él afirma se viene dando en ya varios países de América Latina”. GARCÍA MARTINEZ, María Asunción. *El control de Constitucionalidad de las leyes. Recurso y cuestión de inconstitucionalidad*. Lima, Juristas Editores, 2005, p. 316 – 317.

judicatura, sino también, el control concentrado, para lo cual se creó el tribunal de garantías constitucionales; en la actualidad nuestra constitución de 1993 se mantiene en el criterio del sistema dual, sin embargo, establece la creación del TC, organismo entendido como máximo intérprete de la Constitución.⁹¹

En el Perú, la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes está a cargo de dos órganos: el TC que ejerce un control concentrado de las leyes y es considerado el máximo intérprete de la Constitución peruana, y el PJ, cuyos jueces llevan a cabo el control difuso o difuminado a través de la inaplicación de normas legales que resulten incompatibles con una norma constitucional⁹². En este singular sistema de control de constitucionalidad⁹³ tanto TC como PJ actúan de manera paralela, cada uno con sus respectivas competencias.

Tras lo expuesto, y en consecuencia, entramos ya a hacer mención del modelo peruano de justicia constitucional. La singularidad del modelo de control constitucional que nuestro país ha adoptado es, sin duda, un *control orgánico dual*, es decir, en él coexisten los dos modelos originarios de control constitucional: *difuso* a cargo de cualquier juez y el *concentrado* depositado en un

⁹¹ Cfr. VASQUEZ, VASQUEZ, Juan. *Diálogos Jurisprudenciales*, Lima, Voltaire, 2005, p. 13.

⁹² “En el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el control de la constitucionalidad de las normas y actos se lo ejerce por medio de órganos judiciales, de manera concentrada y difusa, en aplicación del denominado sistema Mixto o Latinoamericano. Se caracteriza por combinar elementos del control concentrado, como la atribución de competencia de ejercer control abstracto de constitucionalidad en manos de un órgano especializado, unido a la atribución de competencias de control concreto de constitucionalidad en cabeza de los jueces ordinarios. En todo caso el control ya no es ejercido por algún órgano político –como en el Estado Social de Derechos- sino por los jueces”. TAYLOR, Henry. *¿Qué implicaciones tiene el hecho que Ecuador ha adoptado el Neoconstitucionalismo como ideología del Estado?*, Taylor & Asociados Abogados. [ubicado el 4.VI. 2011]. Obtenido en <http://gatocristiano.com/henry/descargas/articulos/articulo1.pdf>

⁹³ “Es corriente afirmar que el origen del control de constitucionalidad se sitúa en la célebre sentencia *Marbury vs. Madison* (1803), del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en la que el juez Marshall formulara su famosa tesis de que, si la Constitución era verdaderamente la norma suprema del ordenamiento jurídico, entonces todo juez debería inaplicar las leyes que contrarioran su contenido. Es una nota particular de la filosofía del control de constitucionalidad de la ley (judicial review), que no se agote en su consideración como una simple consecuencia lógica de la supremacía normativa de la Constitución. Por encima de ello, en realidad, se encuentra la limitación al legislador democrático que supone ese control externo ejercido por los tribunales, los que se encuentran habilitados para inaplicar una ley que, no obstante haber sido aprobada democráticamente, infringe algún contenido constitucional que resulta indisponible al poder de las mayorías”. ROJAS BERNAL, José Miguel. “Control de Constitucionalidad” en *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, op. cit., p. 79 - 80.

tribunal especial. Ambos coexisten de manera independiente, preservando cada modelo sus características propias como lo explicaremos a continuación.⁹⁴

Empezaremos manifestando sobre el llamado control difuso; en este modelo la salvaguarda de la Constitución se encuentra a cargo del PJ. ¿En qué consiste este control? El control difuso es aquel en el que cualquier juez tiene la potestad y a la vez la exigencia de declarar la inaplicabilidad de una norma legal que contraría la Constitución en el marco de una controversia judicial concreta. Dicho esto, cabe recalcar que los jueces sólo podrán inaplicar la norma en cuestión, es decir, declarar su inobservancia mas no derogarla⁹⁵. Al mismo tiempo, añadir que la situación de inconstitucionalidad debe ser entendida como un asunto incidental respecto a la controversia específica, donde los márgenes de la declaración judicial de inconstitucionalidad no traspasan los linderos del expediente y se rigen por ésta solo las partes comprometidas en el proceso.

Ahora, luego de haber mencionado los alcances de este mecanismo de control constitucional, vale agregar lo dispuesto por el TC peruano en cuanto al adecuado ejercicio de este instrumento de defensa de la supremacía normativa de la Constitución.

El TC entiende por Control Difuso lo siguiente: “*El control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución*” [STC. N° 01680-2005-PA/TC]⁹⁶. Concepción que compartimos

⁹⁴ Cfr. GARCÍA MARTINEZ, María Asunción. *op. cit.*, p. 315. Asimismo, podemos contar con la referencia de HAKANSON NIETO, Carlos. *La forma de gobierno de la Constitución peruana*. Piura, Universidad de Piura, 2001, p. 227.

⁹⁵ PÉREZ UNZUETA, Karla Maciel. *El control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas*. Estafeta Jurídica Virtual, publicada el 13 de octubre del 2007. [ubicado 20. X. 2008] Obtenido en <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=678>.

⁹⁶ Cfr. STC. N° 1680-2005-PA/TC, del 11 de Mayo del 2005, Fundamento 19 y 20. Para el especialista PANDO VILCHEZ, “*la técnica del control difuso, consiste en no aplicar una norma infraconstitucional, contraria a la Constitución, en una situación correcta. Control difuso, por ende, no es hacer interpretación de una norma infraconstitucional conforme a la Constitución, ni menos dejar de aplicar una norma que un*

totalmente, ya que dado el sub-modelo de control de constitucionalidad dual, el supremo intérprete de la Constitución le otorga el control de aquellas normas infralegales a los órganos jurisdiccionales, precisamente, al PJ ya que es el que las analiza de manera particular en el ejercicio de su función.

En efecto, es relevante recordar que el fundamento de este control lo encontramos en el art. 138° de nuestra CPP⁹⁷, que a la letra nos dice: *“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior”*. Vemos claramente, que nuestra Constitución consagra en este artículo el principio de supremacía al determinar no sólo que la Carta Magna está por encima del precepto legal, como bien lo expresa el texto constitucional, sino que se encuentra por encima de todas las demás normas del ordenamiento jurídico peruano⁹⁸.

Tras lo últimamente señalado, se cree significativo agregar los presupuestos señalados por el órgano *ad hoc*, los cuales deben ser considerados por los jueces antes de inaplicar una norma por encontrarla incompatible con la Constitución. Estos tres criterios son: *“a) el acto impugnado debe constituir una aplicación de la norma considerada como inconstitucional (...), b) la norma a inaplicarse debe tener una relación directa (...) con la resolución del caso (...), c) La norma a inaplicarse debe resultar evidentemente incompatible con la Constitución, aun*

órgano superior como el Tribunal Constitucional haya interpretado previamente que es inconstitucional, como se evidencia en el fallo del Tribunal Constitucional (...). En este último caso, no se realiza un proceso de control difuso, simplemente de cumplimiento de un precedente vinculante del Tribunal Constitucional, porque quien realiza el análisis e interpretación respectiva y arriba a la conclusión de inconstitucionalidad no sería el órgano administrativo sino el Tribunal Constitucional”. Citado por TIRADO BARRERA, José Antonio, *El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2008, p. 74.

⁹⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 138°.- *“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*.

⁹⁸ Cfr. ARÉVALO VELÁSQUEZ, Otto. “El control de constitucionalidad en el Perú” En *El Control de constitucionalidad en el Derecho Público y Privado*. Buenos Aires, Lerner editora S.R.L., 2005, p. 375.

*luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con ella (...)*⁹⁹. El TC considera al ejercicio del Control difuso una labor complicada, ya que abarca no solo el examinar la norma en controversia sino también su inaplicación en el caso particular pese a que en un inicio se presumía constitucional.

Para finalizar este apartado, es inexcusable capitular que el parámetro de constitucionalidad que deben utilizar los jueces en el desarrollo de su función controladora, está integrado por la Constitución; pero en virtud de las interpretaciones que resulten de las distintas sentencias del TC, lo que supone que su libertad de interpretación a la hora de elaborar sus propios juicios sobre la constitucionalidad de la normativa legal cuestionada, está condicionada por la interpretación emanada del control abstracto; además, se deberá considerar de manera especial aquellas sentencias que poseen carácter vinculante previa indicación del máximo tribunal¹⁰⁰.

Ahora bien, nuestro supremo intérprete de la Constitución se manifiesta partidario, solidario y discípulo del neoconstitucionalismo, pues, armado con la Constitución, nos ha venido señalando qué es constitucional y qué no; asimismo, cubierto en su trabajo de “*exegeta*” de la Constitución, ha encontrado en dicha atribución la interpelación a una lectura moral de sus normas, es por ello que pone al juez en la tarea de efectuar dicha lectura.

Seguido a ello, se aborda una ilustración concerniente al *control concentrado*; este control abstracto de constitucionalidad corresponde de manera exclusiva al TC que ejerce dicha función por medio del proceso de inconstitucionalidad, al cual nos referiremos más adelante. Ahora bien, ¿qué significa que el TC sea un órgano controlador exclusivo? Esta última concepción hace referencia a la respuesta de nuestra interrogante, en este modelo, quien protege la Constitución es un órgano jurisdiccional especial: *el Tribunal Constitucional*. Ente particular,

⁹⁹ PÉREZ UNZUETA, Karla Maciel. *El control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas*. Estafeta Jurídica Virtual, publicada el 13 de octubre del 2007. *op. cit.*, p. 67. [Web Site].

¹⁰⁰ Cfr. LOZANO TELLO, Jeannette. “¿Quiénes son los jueces posteriores en el precedente constitucional peruano?” En *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 57, Setiembre 2012, p. 369.

que cumple la función de contralor concentrado y que cuenta con autonomía frente al resto de órganos del poder estatal.

Es por eso que, antes de abordar el control concentrado, resulta idóneo referirse de manera precisa al TC, cuyo art. 1º de su Ley orgánica lo define como intérprete supremo de la Constitución¹⁰¹. En esa misma línea, nuestra Carta magna en su art. 201¹⁰² empieza afirmando que *“El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la constitución”*; pese a, es oportuno aprovechar este momento para dar una aclaración hecha por la misma jurisprudencia constitucional, que detalla lo siguiente: *“(…), el artículo 201º de la Constitución no confiere a este Colegiado una función exclusiva y excluyente, sino [suprema]. No se trata, pues, de que a este Tribunal le haya sido reservada la [única] interpretación de la Constitución. Simplemente, le ha sido reservada la [definitiva]”*¹⁰³. De allí, que se le considere guardián de la Constitución, órgano que ocupa un lugar privilegiado para efectuar una interpretación de nuestra Carta Magna con carácter jurisdiccional y, sobre todo, vinculante tanto para los poderes del Estado, los órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos [STC. N° 00047-2004-PI/TC y STC. N° 0004-2004-CC/TC]¹⁰⁴.

¹⁰¹ LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, (LEY N° 28301). Artículo 1º.- Definición: *“El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República”*.

¹⁰² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 201º.- *“El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata. Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación”*.

¹⁰³ Vide. STC. N° 0020-2005-PI/TC y STC. N° 0021-2005-PI/TC, del 27 de Septiembre de 2005, Fundamento 156, respectivamente.

¹⁰⁴Cfr. MORALES SARAVIA, Francisco. “La interpretación constitucional”. *op. cit.*, p. 15. En todo caso, MANUEL ATIENZA *“indica como otra característica relevante del Neoconstitucionalismo, la tesis de que entre el Derecho y la Moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual. En última instancia, una conexión necesaria, que puede ser interpretada en los siguientes términos: cualquier decisión judicial, está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral. Pero esa consecuencia se deriva del carácter protagónico que deben asumir los jueces en la teoría neoconstitucionalista, en donde*

En el mismo sentido, es este Tribunal “*súper supremo*” a quien le corresponde en definitiva el control de la constitucionalidad de las normas con rango de ley. Así como también, es el TC la máxima instancia especializada en justicia constitucional en el Perú.¹⁰⁵

Vale resaltar que este órgano posee atribuciones exclusivas y excluyentes para determinar la manifestación que produce efectos generales de inconstitucionalidad de una ley, declaración que se realiza sin la existencia de un conflicto en concreto. A diferencia del control difuso, la intervención jurisdiccional del TC causa la derogación de la ley, es decir, ésta es anulada definitivamente del ordenamiento jurídico. De allí emana la función de *legislador negativo*, con facultad de tornar inexistente toda ley contraria a la Constitución.

Por tanto, el efecto que produce desde el preciso momento del pronunciamiento jurisdiccional es erga omnes, para todos los ciudadanos.¹⁰⁶ Por consiguiente, en el sentido que nuestra Carta Magna dispone que el TC sea el órgano de control constitucional encargado de examinar aquellas leyes que vayan en contra de la Constitución, cabe detallar el proceso de inconstitucionalidad por el que el TC garantiza la supremacía de la Ley Fundamental¹⁰⁷.

la tarea interpretativa asume un rol central, conformador del Derecho. Precisamente, lo que permite la aplicación del Derecho basada en principios es la posibilidad de que los jueces acudan a las razones morales que justifican regular los casos de determinada manera. Ponderar principios, (...), conduce inevitablemente al razonamiento moral”. ATIENZA, Manuel. El sentido del Derecho. Barcelona, Ariel, 2001, p. 309. Citado por PORTELA, Jorge Guillermo. “Los principios jurídicos y el Neoconstitucionalismo” en Revista de Fundamentación Jurídica DÍKAION, Año 23, N°18, Bogotá - Chía, Universidad de La Sabana, Diciembre 2009, p. 43.

¹⁰⁵ Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor. “Jurisprudencia constitucional y efectos de las sentencias de inconstitucionalidad”. En *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. T. II, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2005, p. 1116.

¹⁰⁶ CARPIZO MAC GREGOR, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2009, p. 35.

¹⁰⁷ “(...) dadas las circunstancias especiales (...) y teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución (artículo 201° de la Constitución) y órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (artículo 1° de la Ley N.° 28301), tiene, en el proceso de inconstitucionalidad, funciones esenciales tales como: a) la valoración de la disposición sometida a enjuiciamiento, a partir del canon constitucional, para declarar su acomodamiento o no a ese canon; b) la labor de pacificación, pues debe solucionar controversias mediante decisiones cuyos efectos deben ser modulados de acuerdo a cada caso; y, c) la labor de ordenación, toda vez que, sus decisiones, ya sean estimatorias o desestimatorias, tienen una eficacia de ordenación general con efecto vinculante sobre los aplicadores del Derecho –en especial sobre los órganos jurisdiccionales–, y sobre los ciudadanos en

La Constitución es la ley fundamental del ordenamiento jurídico, razón por la que posee un rango y fuerza superiores a todas las demás normas que integran el cuerpo normativo, a la vez, su posición le confiere el ser fuente de validez del resto de normas positivas existentes. Por tanto, es necesario, asegurar la primacía constitucional e impedir la existencia de preceptos legales que no sean conformes a lo dispuesto por la Constitución, lo cual conlleva la organización de un procedimiento para determinar las leyes disconformes con la norma suprema.¹⁰⁸ Es así que, precisamente, lo antes expuesto hace referencia al procedimiento de inconstitucionalidad. ¿A qué se hace alusión con este proceso? ¿Cómo es que el TC controla la Constitución mediante la resolución de los procesos de inconstitucionalidad? Son interrogantes que buscamos responder.

El proceso de inconstitucionalidad es un mecanismo de defensa de la Constitución; pues ésta debe prevalecer ante toda norma con rango de ley, esto quiere decir que si existe incompatibilidad entre una norma legal y una norma constitucional, los jueces preferirán la Constitución y podrán declarar inconstitucional aquella norma que la viola. Nuestra Carta Magna asigna al TC la competencia para reconocer y resolver, como única instancia, las demandas de inconstitucionalidad.¹⁰⁹ Así mismo, “*el proceso de inconstitucionalidad en el Perú ha sido previsto como un mecanismo de control posterior de las normas, en otras palabras, (...) sólo a partir de su promulgación es posible impugnarlas a través de una demanda de inconstitucionalidad*”.¹¹⁰ Esta demanda, se interpone ante

general; considera que debe aplicarse el artículo 22º del Código Procesal Constitucional, en el extremo que dispone que para el cumplimiento una sentencia el juez podrá hacer uso de multas fijas acumulativas, disposición que es aplicable supletoriamente al proceso de inconstitucionalidad en virtud del artículo IX del mencionado cuerpo normativo”. Vide. STC. N° 0054-2004-PI/TC-LIMA, del 13 de abril de 2005, en Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Oscar Luis Castañeda Lossio, alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima, contra las Ordenanzas N.º 018-2004-CM-M y N.º 040-2004-CM-MPH-M, expedidas por la Municipalidad Provincial de Huarochiri, que declara en emergencia el servicio de transporte urbano e interurbano de servicio público de la provincia, y reconoce a las empresas de transporte que han alcanzado calificar de acuerdo con los requerimientos de la Gerencia de Transporte, respectivamente.

¹⁰⁸ Cfr. MOLAS, Isidro. *Derecho constitucional*. 3ª Edición. Madrid, Editoriales Tecnos, 1998, pp. 227 y ss. Además de: Cfr. BIDART CAMPOS, Germán y CANOTA, Carlos, *Derecho Constitucional Comparado*, T. I, Buenos Aires, Editorial EDIAR, 2001, pp. 310 – 315.

¹⁰⁹ Cfr. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La constitución de 1993: análisis comparado*. Lima, Editora RAO, 1999, pp. 711 – 712.

¹¹⁰ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *El proceso de inconstitucionalidad en el Perú: Estudio preliminar*. [ubicado 18. V. 2011] Obtenido en <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/juris-nac/proceso.htm>.

Tribunal Constitucional y solo puede ser presentada por aquellos órganos y sujetos facultados; ésta se interpone dentro de seis años contando a partir del día de su publicación, salvo para los tratados que el plazo será de seis meses.

Al respecto resulta imprescindible mencionar que el art. 200º, Inc. 4º, de la CPP señala que “*el proceso de inconstitucionalidad procede contra las siguientes normas: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo*”.¹¹¹ Manifestando todos aquellos preceptos normativos que pueden ser objeto de análisis en un proceso de inconstitucionalidad, siempre que cuya forma o contenido contraigan nuestra Carta Magna.

De igual modo, el TC manifiesta los casos en los que se puede declarar una norma inconstitucional: “*cuando contravenga la Constitución en forma directa o indirecta (Bloque de Constitucionalidad)*”¹¹², ya sea por infracción material

¹¹¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 200º, Inciso 4.- “*Son garantías Constitucionales, 4) la acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo*”.

¹¹² Vide. STC. N° 0041-2004-AI/TC, del 09 de Marzo de 2005, Fundamento 05. “*(...) El parámetro de control en la acción de inconstitucionalidad, en algunos casos comprende a otras fuentes distintas de la Constitución “(...) en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (...). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de 'normas sobre la producción jurídica' en un doble sentido; por un lado, como 'normas sobre la forma de la producción jurídica', esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como 'normas sobre el contenido de la normación'; es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido*”. Entre la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en relación al bloque de constitucionalidad podemos mencionar lo siguiente: “*La competencia hace referencia a un poder conferido por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad para generar un acto estatal (...)*”, y donde “*Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos (...)*”; en consecuencia, y desde una perspectiva orgánica, “*(...) dicho concepto alude a la aptitud de obrar político-jurídica o al área de facultades de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima en función de que el titular responsable de aquél hubiese obrado dentro de dicho marco o fuera de él*”. Vide. STC. N° 0689-2000-AA/TC, Fundamento 10.5. En el caso peruano, el concepto de bloque de constitucionalidad está compuesto por dos tipos de normas: a) las que hayan dictado para determinar la competencia o atribuciones de los órganos del Estado; y

(aspectos de fondo) o por infracción formal (aspectos formales), es decir, cuando no hayan sido aprobadas, promulgadas o publicadas en la forma establecida por la Constitución”¹¹³ Al respecto añadimos que, una norma contraviene la Constitución por el fondo cuando este precepto con rango de ley es incompatible con nuestra ley fundamental en su contenido, de igual modo, contraviene por la forma cuando no se cumplen los procedimientos debidos previamente estipulados por ella, por ejemplo, si se dicta un decreto de urgencia sin que lo apruebe el Consejo de Ministros.¹¹⁴

En fin, la importancia del proceso de inconstitucionalidad radica en que es la garantía que defiende la supremacía de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía por las distintas normas con rango de ley ya sea por razones de fondo o forma. Asimismo, “(...) colabora a mantener la estructura y las jerarquías dentro del sistema jurídico en la relación de coherencia entre el rango constitucional y el de la ley”¹¹⁵. Lo que significa, materializar su función de verificación (control) e interpretación de las normas legales e infralegales a la luz del contenido material y formal de la Carta Magna.

Por otro lado, sobre esta descripción traemos a colación el principio de presunción de constitucionalidad por el que se presume que toda aquella norma emanada del Estado es constitucional. No obstante, vivimos en un país en el que las leyes son cada vez más criticadas, con carencias y hay quienes plantean reformas a dichos preceptos legales; por lo que la protección de la Carta Magna requiere de estos

b) las que regulen el ejercicio de los derechos fundamentales. A ello, el Tribunal Constitucional ha agregado un tercer supuesto: *c) normas legales que regulen un requisito esencial del procedimiento de producción normativa* [STC. N° 0020-2005-PI/TC]. Además indica el Tribunal Constitucional Peruano que, el artículo 79° del Código Procesal Constitucional, incorpora el bloque de constitucionalidad, como un mecanismo de interpretación para la validez constitucional de las normas. En ese sentido, la infracción directa al bloque determinara una infracción indirecta a la jerarquía normativa de la constitución. CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (Ley N° 28237). Artículo 79°.- “Principios de interpretación”: “Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona”.

¹¹³ Cfr. STC. N° 1680-2005-PA/TC, del 11 de Mayo del 2005, Fundamento 19.

¹¹⁴ Cfr. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La constitución de 1993: análisis comparado*, op. cit., pp. 711 - 713.

¹¹⁵ *Ibidem*.

mecanismos para su seguridad. Sin embargo, ahora “*lo que busca el Tribunal Constitucional en su tarea de controlador no es actuar como un legislador negativo derogando leyes consideradas inconstitucionales, sino lo que busca es que este control se aplique como última ratio, en otras palabras, que el expulsar una norma del ordenamiento jurídico sólo se utilice cuando sea imprescindible e inevitable*”.¹¹⁶ De allí que en los últimos años, Tribunales Constitucionales en Europa han ido desarrollando a la par con su labor jurisdiccional diversos modos de resolver las situaciones de inconstitucionalidad.

Ello ha dado origen al surgimiento de nuevos tipos de sentencias en las que, ante normas que suscitan incompatibilidad con la Constitución, se busca evitar que se declaren inconstitucionales, con el fin de no crear vacíos normativos que puedan afectar de manera negativa la sociedad y por ende, provocar la inestabilidad de la seguridad jurídica. En nuestro país, no es ajeno a este innovador mecanismo de control basado en la interpretación constitucional, adoptando por su parte, las tan novedosas *sentencias manipulativas*¹¹⁷.

En ese sentido, el supremo intérprete se ha manifestado a través de sentencias de procesos de inconstitucionalidad, y que han dado un paso significativo e importante en materia de interpretación constitucional. Vale añadir, el Exp. N° 0004-2004-CC/TC, del 31 de Diciembre del 2004, el cual establece la doble operación que realiza el TC peruano luego de verificar la existencia de un contenido normativo que vulnera la Constitución dentro de un precepto

¹¹⁶ CASTILLO CÓRODVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal constitucional: artículo por artículo*. Lima, ARA Editores, 2004, p. 82.

¹¹⁷ “*Las sentencias interpretativas-normativas (manipulativas) son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley cuestionada. En ese contexto, procede a la transformación del significado de la parte infecta, a efectos de evitar su eliminación del ordenamiento jurídico*”. En ese sentido, DÍAZ REVORIO, Javier. *La interpretación constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima, Palestra, 2003: señala que mediante la utilización de este tipo de sentencias, las leyes impugnadas de inconstitucionalidad salen del proceso constitucional con un alcance y un contenido normativo diferente al que tenían originalmente. En ese sentido, la modificación del contenido normativo no obsta para que se deje inalterable la vigencia y validez del texto cuestionado. Esta modalidad se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que pueden presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la *expulsión* de una norma del ordenamiento jurídico. GARCÍA TOMA, Víctor, *op. cit.*, pp. 48 - 49.

normativo, que a la letra dice: “(...) *la elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva. La operación ablativa consiste en reducir los alcances normativos de la ley. La operación reconstructiva consiste en consignar el alcance normativo de la ley agregándosele un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo (...)*”¹¹⁸ Dicha operación reconstructiva permite aumentar el real contenido normativo de la disposición en cuestión a fin de que sea conforme con el texto constitucional, evitando así, su expulsión del ordenamiento jurídico¹¹⁹.

Para finalizar el presente acápite, solo agregar algunas notas especiales, lo primero, refiere a la importancia de estos tipos de sentencias pues, con ellas se busca que aquella norma acusada de inconstitucional se haga compatible con la Constitución; reservando la declaración de una norma como inconstitucional como última ratio para aquellas situaciones en las que resulta imposible encontrar una interpretación que la torne constitucional.

Así, en palabras de nuestro TC: “*su existencia se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la expulsión de una ley del ordenamiento. Se sustentan en dos principios rectores: el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución*”¹²⁰. En segundo lugar, cabría preguntarse, ¿si puede el TC aplicar el sistema de control concentrado y control difuso indistintamente? Considero que la respuesta debe ser *negativa*, ya que ambos sistemas de controles presentan cualidades y esencias distintas. Como se

¹¹⁸ Cfr. STC. N° 0004-2004-CC/TC, del 31 de Diciembre del 2004, Fundamento 2; MURO ROJO, Manuel (coord.) y MESINAS MONTERO, Federico. *La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: sentencias vinculadas con los artículos de la constitución*, op. cit., p. 852.

¹¹⁹ Denominado también sistema, y definido como “*aquel conjunto articulado y coherente de instituciones, métodos, procedimientos y reglas legales que constituyen el derecho positivo en un lugar y tiempo determinados*”. ZARATE, José Humberto. *El sistema jurídico contemporáneo*, México, Editorial Mc Graw-Hill, 1997, p. 1.

¹²⁰ MURO ROJO, Manuel (coord.) y MESINAS MONTERO, Federico. *La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: sentencias vinculadas con los artículos de la constitución*, op. cit., p. 852.

estima, la jurisdicción constitucional concentrada, y que pertenece al TC, es un ejercicio constitucional totalmente opuesto al anterior.

Por esta razón, no se pretende abordar con amplitud las cualidades de una sobre la otra, simplemente vale hacer una exposición detallada de sus diferencias objetivas: *“mientras aquellas son subjetivas, esta es abstracta (...) Mientras aquella es para el caso concreto, esa es erga omnes. Mientras que aquélla está difundida entre todo el sistema judicial, con todas sus variantes, ésta se halla concentrada en un solo órgano expresa y específicamente diseñado en la Constitución. Mientras aquella determina el derecho en conflicto con la realidad, (...) ésta proviene de un examen objetivo (...)”*¹²¹. Y en tercer lugar, se presenta la siguiente conclusión: existe, como ya se ha delineado, una incompatibilidad fundamental entre ambos sistemas de control, impidiendo una coexistencia o conjunción de este modelo difuso en la labor controladora del TC; puesto que la actividad realizada en justicia constitucional de este órgano ad hoc es más completa, directa y eminente, propio de un órgano guardián de la Constitución y garante de su primacía¹²². En fin, el TC debe enmarcarse en desarrollar el control concentrado mas no debe ejercer la justicia constitucional difusa, exclusiva del PJ.

1.3.- Consecuencias del Neoconstitucionalismo:

La afirmación de que la Constitución es suprema con lleva a relevantes consecuencias. Así, manifestar que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico implica, nada más, que todas las normas que se encuentran jerárquicamente colocadas por debajo de ella le deben fidelidad y acatamiento, en otras palabras, deben ser consistentes, congruentes y compatibles con ella.

La norma fundamental se muestra de ese modo como fuente de validez de todo el ordenamiento jurídico, lo que implica que ninguna norma con rango de ley, podrá disponer de modo distinto a lo que ella dispone. En este sentido, *“si los precedentes basan su validez en la Constitución, se puede sostener que solo esta*

¹²¹ PÉREZ UNZUETA, Karla Maciel. *El control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas*. Estafeta Jurídica Virtual, publicada el 13 de octubre del 2007. *op. cit.*, p. 69. [Web Site].

¹²² Cfr. ARÉVALO VELÁSQUEZ, Otto. *op. cit.*, pp. 376 – 378.

es su superior y, por lo tanto, los precedentes son de igual o mayor jerarquía que las leyes”¹²³. De allí, que se hace necesario la existencia de medidas y procedimientos que controlen y revisen la constitucionalidad de las leyes, permitiendo así, la consolidación de la Constitución como norma jurídica.

Así, en el nuevo modelo institucional del Derecho la propuesta de revisión de sus fuentes conlleva ciertas representaciones especiales, diferentes de la actitud habitual, mediante el cual el Derecho, en sí mismo, busca resolver los conflictos socio-jurídicos.

Para el autor, FIGUEROA GUTARRA, la propuesta tiene mucha vigencia y actualidad pues los criterios de interpretación constitucional, en los ordenamientos jurídicos, están cambiando de sitio; apuntan hacia nuevos lugares de producción jurídica en una forma de fraternidad de intérpretes constitucionales, que se considera como un orden abierto a importantes consecuencias en torno a la interpretación constitucional y a la posición de los tribunales constitucionales, para significar que los argumentos de interpretación van asumiendo un carácter de criterios comunes¹²⁴.

¹²³ Así lo ha señalado Rodríguez Santander, “*teniendo en cuenta a) que la emisión de un precedente por parte del TC supone siempre una concretización interpretativa de la voluntad del poder constituyente plasmada en las disposiciones constitucionales , b) que en tanto intérprete supremo, el sentido que el Tribunal Constitucional atribuye se ubica por encima de la ley, pues en caso de conflicto, esta resultará inválida por ser incompatible con una disposición constitucional, conforme al sentido sus supremo intérprete le ha atribuido*”. RODRIGUEZ SANTANDER, Roger. *Seminario de Derecho Procesal y Jurisdiccional: Material de Enseñanza*. Lima, PUCP, Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, Lima, PUCP virtual. Citado por LOZANO TELLO, Jeannette. “¿Hasta qué punto era necesario adaptar el precedente constitucional peruano a nuestra realidad jurídica?”. En *Revista Actualidad Jurídica*, T. 217, Lima, Gaceta Jurídica, Diciembre 2011, p. 179.

¹²⁴ Cfr. FIGUEROA GUTARRA, Edwin, “Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional: ¿hacia nuevos horizontes en el Derecho?”. *op. cit.*, p. 54.

1.3.1.- Cambio de tesis y mayor complejidad en la definición del Derecho.

Ahora analizando la definición principal de *Constitución*¹²⁵ en el Estado Constitucional de Derecho, en este elemento de *contenido material* que se ha de reconocer en la Constitución para ser entendida como tal. Precisemos que si nos preguntásemos, por un concepto de DD. HH.¹²⁶ probablemente se nos vendría a la mente, que son *derechos que tiene la persona por ser persona*¹²⁷, un definición que parece tautológica, pero resulta ser una definición importantísima por que dirige por donde ha de ir la justificación, es decir, establece la dirección por donde debe ir una definición más acabada de DD. HH.

Afirmar que los DD. HH. son derechos de la persona por ser persona, deriva una cuestión a preguntar: ¿Por qué se es persona? y ¿qué es el Derecho?, y este último nos referiría a la justicia, es decir, el Derecho es lo justo y lo justo es cumplir con lo debido¹²⁸, manteniéndolo así (conceptualmente hablando),

¹²⁵ En síntesis, la Constitución encierra en sí misma un grado alto de racionalidad, así como también de limitaciones al poder y al establecimiento del orden político. A través de la historia encontramos textos que se identifican con la idea de la constitución como control político o establecimiento político, caso del artículo 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen* de 1789, que nos dice que “*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*”. En toda sociedad donde no esté asegurada la garantía de derechos, ni reconocida la separación de poderes, no existe constitución. Cfr. ARAGON REYES, Manuel. “Sobre las nociones de Supremacía y Supralegalidad Constitucional”, *op. cit.*, p. 11.

¹²⁶ Tiene una definición mínima: “*conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben de ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*”. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, estado de Derecho y Constitución*, *op. cit.*, p. 48.

¹²⁷ La noción de persona según los juristas romanos, es que todo derecho concierne o bien a las persona, o bien a las cosas o bien a las acciones. De esos tres puntos de referencia el más trascendente son las personas, ya que la organización jurídica entera está destinada a la persona humana y halla su fundamento último en su dignidad, en relación de su naturaleza racional o espiritual y, su participación como ser, en relación a sí mismo y en relación a los demás hombres. En todo caso la persona es sujeto de Derecho y no objeto (así, por ejemplo, se tiene derecho a la vida propia, pero no a la ajena: por eso, el aborto es un homicidio y no se puede disponer de los hijos como si fuesen objeto de derecho de los padres). Es así que *la persona no es un algo, una mera naturaleza orgánica, sino un alguien, la persona es alguien que nunca está a mi disposición como está una cosa*. SPAEMANN, Robert. *Límites acerca de la dimensión ética del actuar*. Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2003, p. 400. A manera de síntesis puedo afirmar que la calidad de sujeto de derecho aparece como un derecho innato e inherente al ser humano. Todo ser humano por el sólo hecho de existir en este mundo es sujeto de derecho.

¹²⁸ El Derecho es lo justo y lo justo es lo debido, y se tiene algo debido en la medida que se tiene algo atribuido –solamente lo que se está atribuido se debe–, hay deuda cuando hay el reconocimiento de una previa atribución; y cuando hay un previa atribución y por tanto la generación de una deuda, aparece esa expresión

podemos preguntarnos ahora por el otro elemento –por persona-, si preguntásemos por su concepto tendríamos que necesariamente que admitir que *la persona es una realidad que siendo una complejidad tiende a la perfección*¹²⁹. Esto con la finalidad de fijar un concepto de DD. HH., para luego bajar a la Constitución, y dar un concepto de derechos fundamentales y ver como este contenido de derechos conforman ese contenido material de la Carta Magna, que hace que se superen las deficiencias del Estado Legal de Derecho.

Entonces, si nos preguntásemos por un concepto de persona, tendríamos que admitir que *“la persona es una realidad compleja que tiende a la perfección, esto significa que ella sin perder su unidad, tiene al menos cuatro dimensiones: una dimensión material, una dimensión espiritual, una dimensión individual y una dimensión social”*¹³⁰. Asentémonos que la unidad se mantiene incólume, nosotros en esencia como una unidad, pero esa unidad tiene ámbitos que no están incomunicados o que no son estancos, todo lo contrario estos son ámbitos coordinados y comunicados entre sí; pero sirve la distinción para hacer ver lo siguiente: que la persona siendo una realidad compleja que tiende a la perfección, es en sí misma deficiente, y tiene por tanto una serie de necesidades y una serie de exigencias que se van a plantear en cada caso de esos cuatro ámbitos (material, espiritual, individual y social).

Por tanto, si la persona es fin en sí misma –un ser absoluto-, entonces esas necesidades y exigencias que se experimentan en cada uno de sus ámbitos

tan difícil a veces de lo debido. Cfr. HERVADA XIBERTA, Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. Piura, Fondo Editorial UDEP, 1999, pp. 135-150.

¹²⁹ Dignidad es algo absoluto que pertenece a la esencia y en consecuencia radica en la naturaleza humana: es la perfección o intensidad del ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona en cuanto esta es la realización existencial de la naturaleza humana. Consiste en la eminencia y excelencia del ser humano, mediante una intensa participación en el más alto grado del ser, que lo constituye como un ser dotado de debidad y exigibilidad en relación a sí mismo y a los demás. El ser humano, goza además de caracteres propios de su naturaleza racional, tales como la autoconciencia, sociabilidad, la eminencia en el ser de su perfección, manifestada a través de su dignidad, valoración moral y libertad; todo ello propio en sus dimensiones, por un lado la ontológica y la jurídica. Cfr. HERVADA XIBERTA, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. 3º Edición. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 2002, pp. 440-463.

¹³⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Genara. *Hacia el Conocimiento de uno mismo: Apuntes de Antropología Filosófica*. Piura, Universidad de Piura, 2000, p. 39.

deben ser satisfechas en la mayor medida de lo posible; y en esa satisfacción entra a jugar el significado del siguiente concepto, el concepto de *bien*, este en la filosofía clásica es “*aquello que perfecciona al ser por que satisface una necesidad del ser, por ende bien humano es aquello que satisface una necesidad humana, y por tanto perfecciona al ser humano*”¹³¹. Cuando se habla de DD. HH. se habla de bienes humanos, de tras de cada derecho humano hay un bien humano.

En las exigencias, cuando nos enfrentamos a problemas respecto de los DD. HH., no tenemos que perder la perspectiva que el derecho humano se formula a partir de un bien humano cuya consecución es necesaria para el perfeccionamiento y realización plena de la persona; ello porque es fin (*ser humano*) en sí misma y en esta medida se ha de promover en la mayor medida de lo posible la plena realización como persona.

Por tanto, los DD. HH. son un *conjunto de bienes humanos debidos a la persona, y cuya adquisición y goce va suponer para ella alcanzar grados de realización*¹³² – detrás de cada derecho humano está la persona-, por eso no es cosa de segunda clase un tema como el de los DD. HH. sino al contrario un tema absolutamente principal, porque siempre estará en juego aquello que es fin y por tanto aquello que vale como fin, que es la dignidad de la persona¹³³.

¹³¹ Para la Filosofía, la Ética y el Derecho es lo *perfecto*, en especial, en la conducta humana. Vid. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *op. cit.*, p. 52. Citado por VÁSQUEZ CORTEZ, Elcira. *op. cit.*, p. 110. Asimismo, consultase en BAQUERIZO AROSEMENA, César. *El bien común: pensamientos, consejos y filosofía de la vida*. 2ª Edición, Guayaquil, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 2007, p. 20. Que indica que por ser digna y libre la persona está en un orden del ser, es decir, todo aquel bien que en relación con el ser de la persona humana tiene la nota de deuda o debitud.

¹³² GARCÍA TOMA, Víctor. *Constitución y Dignidad de la Persona*. en la Liberación. Lima: 19 de febrero de 2002, p. 6. [ubicado el 08.V. 2011]. Obtenido en www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate-constitucional/articulos_periodisticos/10.pdf

¹³³ De esta manera, “*el nuevo derecho ha dejado claro que cuando la ley no sirve, e incluso se opone, para alcanzar la justicia, la ley tiene que retroceder ante la justicia, pues para garantizar la protección de la democracia los jueces no tienen alternativa frente a la necesidad de invalidar las normas que contrarían la autoridad de la Constitución. Claro que para llegar a esta conclusión y definir claramente qué normas en qué casos contrarían la autoridad de la Constitución, los jueces tienen que asumir una amplia visión sobre el significado de la democracia y deben contar con una cierta teoría que sustente la manera debida de realizar la interpretación constitucional. Así se garantizará la concreción de sus postulados y, en últimas, garantizará el acceso a la justicia en las situaciones ordinarias mediante la protección de los derechos vulnerados*”. GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. “El nuevo derecho en Colombia: ¿entelequia innecesaria o

1.3.2.- Plena vigencia de los derechos fundamentales.

En nuestros días Hispanoamérica atraviesa por un proceso de constitucionalización de la internacionalización de los DD. HH, como por ejemplo la Constitución Política de República Dominicana del 26 de enero del 2010. Podemos darnos cuenta, de manera particular, que los derechos fundamentales son los DD. HH. recogidos en la Constitución, es decir, DD. HH. constitucionalizados¹³⁴. De este modo, los derechos fundamentales son “*el conjunto de bienes humanos, debidos a la persona, que son recogidos expresa o implícitamente en la norma constitucional; si una Constitución recoge estos bienes humanos y los constitucionaliza, ese es el contenido material de la Constitución*”¹³⁵. Porque a partir de que se recogen esas exigencias de justicia que brotan de la persona o que se formulan entorno a ella, se habría logrado acabar con aquella deficiencia que presentaba el Estado Legal de Derecho.

Este modelo de Estado no se preguntaba si *el contenido de la ley era justa o injusta*, simplemente se preguntaba si la ley había sido emitida por el Parlamento a través del procedimiento legislativo correspondiente. En el *Estado Constitucional de Derecho* para decir que algo es justo o injusto tiene que

novedad pertinente?” en *Revista de Derecho: Universidad del Norte*, N° 29, Barranquilla 2008, p. 325. Este es un artículo de la investigación “Justicia constitucional y democracia deliberativa”, inscrita en el Grupo de Estudios Jurídicos y Socio jurídicos del Centro de Investigaciones Socio jurídicas de la Universidad de Caldas. [Web Site]. Ese es el valor intrínseco y supremo que tiene cada ser humano, independientemente de su situación y que lo hace igual a las demás personas. Todos los valores jurídicos que sirven de fundamento a los derechos tienen como piedra angular a la dignidad humana. En la modernidad HÄBERLE la ha considerado como: “*la premisa antropológica cultural y fundamento del Estado Constitucional*”. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional. op. cit.*, p. 169; VELÁSQUEZ RAMÉREZ, Ricardo y BOBADILLA REYES, Humberto. *Justicia constitucional, Derecho supranacional e integración en el Derecho Latinoamericano, op. cit.*, p. 199.

¹³⁴ Es una de las manifestaciones más claras sobre la constitucionalización del Derecho Internacional, en la que se otorga jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. FERRE MAG-GRECO, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”, en *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Biblioteca Jurídico Virtual, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, N° 110, Mayo - Agosto, 2004. [ubicado 20. X. 2011] Obtenido en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>

¹³⁵ LANDA ARROYO, Cesar. “Dignidad de la Persona Humana” en *Ius et Veritas, Revista Editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, pp. 11-12. Comparte con ellos su doble carácter como derechos de la persona y como un orden institucional, de modo que los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos.

preguntarse el operador jurídico si aquella actuación agrede o no un *derecho humano constitucionalizado*.

Por tanto, en un Estado Constitucional de Derecho, por ejemplo, disponer que los judíos no tengan derecho a vivir, es una norma injusta, porque agrede una exigencia de justicia que es la vida. En un Estado Constitucional de Derecho disponer que los judíos no tienen derecho a la propiedad es también una norma injusta y por tanto no es Derecho, porque trasgrede una exigencia de justicia que es el derecho a la propiedad¹³⁶. Y por tanto, a partir del Estado Constitucional de Derecho entra en el ámbito jurídico exigencias de valores estrictamente de justicia y por ende materiales; no se trata de meras formalidades como el Estado Legal de Derecho sino de verdaderos contenidos materiales.

Este contenido material, con este conjunto de bienes humanos debidos a la persona y que están constitucionalizados en la norma suprema, normalmente se formulan en formulas abiertas. Si viéramos la CPP, por ejemplo, veremos que en el art. 2º, Inc. 1¹³⁷, está recogido el bien humano vida, en términos jurídicos dice la Constitución: “*toda persona tiene derecho a la vida, y luego recoge otros bienes humanos como la libertad de tránsito, como la intimidad, como la libertad de información*”; pero fijemos que cuando el constituyente constitucionaliza una exigencia de justicia, lo hace en formulas abiertas, dice: todos las personas tiene derecho a la vida o todos tiene derecho a la libertad de información y no dice más, no dice en qué consiste ni cuales es el contenido del derecho a la vida o libertad de información¹³⁸.

¹³⁶ No se trata de inventar nuevos derechos y decirlos por consenso, sino de reconocer los que todo ser humano tiene; a pesar que en la Constitución no se halle el derecho a la vida o a la propiedad, por ejemplo, no quiere decir que no exista, porque los derechos se descubren a partir de la dignidad de la persona y además, se distingue como un valor permanente, independiente de las circunstancias de tiempo y espacio. Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor. *Constitución y Dignidad de la Persona*. en *La Liberación*. Lima: 19 de febrero de 2002, p. 5. [ubicado el 08.V. 2011]. Obtenido en www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate-constitucional/articulos_periodisticos/10.pdf.

¹³⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 2º, Inciso 1.- “*Toda persona tiene derecho, 1) a la vida, su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece*”.

¹³⁸ STC. N° 2945-2003-AA-TC, del 20 de Abril del 2004, Fundamento 27; Cfr. MURO ROJO, Manuel (coord.) y MESINAS MONTERO, Federico. *La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: sentencias vinculadas con los artículos de la constitución, op. cit.*, pp. 41. Si uno como Juez,

Estos elementos de juicio que se expresan de manera preliminar son herramientas necesarias para luego entender la labor del TC, y entender en particular, el juego que posee la operación lógica del *precedente vinculante*. Por ello, es trascendental hablar primero, de Estado Constitucional de Derecho y, al mismo tiempo, lo elemental que es departir del contenido material de la Constitución¹³⁹.

Teniendo presente lo anterior, DE DOMINGO PERÉZ definiría los derechos fundamentales como aquel *“ámbito de la personalidad y/o de la actuación humana que la Constitución reconoce como digno de protección, y al que otorga, en consecuencia, una protección de alto nivel, consistente al menos en que el respeto de dicho ámbito se configura en un principio básico del ordenamiento, es declarado inmune a la acción de los poderes públicos –especialmente el legislador-, y el particular ve reconocida una facultad procesal a que dicho ámbito*

por ejemplo, y nos llegara el caso de una solicitud de un familiar de un enfermo terminal y pidiese ante el Poder Judicial que se autorice judicialmente que a ese familiar de enfermo terminal se le desconecte del respirador artificial, y uno dice: aquí está en juego el derecho a la vida y voy a resolver el caso desde la Constitución, y te encuentras que la Constitución simplemente dice que todos tenemos derecho a la vida, no dice más, no te si está permitido o no desconectar a un enfermo terminal de su respirador artificial, esa solución la construye el operador jurídico. Existe una exigencia de justicia en la Constitución pero es vaga e imprecisa, es abierta, es el concreto operador jurídico –el juez- que con base de en una serie de criterios hermenéuticos tendrá que partir del derecho a la vida y dar respuesta a la concreta solicitud. Las exigencias de justicia, por tanto, que están recogidas en la Constitución son exigencias de justicia formuladas en términos abiertos, en términos imprecisos.

¹³⁹ De esta manera, es necesario describir que *“La afirmación de que los derechos fundamentales constituyen valores, o un orden de valores, así como la más amplia afirmación de que ciertos principios constitucionales se insertan dentro de un sistema axiológico, (re)introduce una reflexión iusteorética sobre la relación entre el derecho y la moral que se identifica como un rasgo propio del Neoconstitucionalismo. La afirmación básica de este postulado podría sintetizarse, tomando como fuente el fallo Lüth y el trabajo de R. Dworkin, en la siguiente afirmación: el derecho está formado por principios fundamentales que tienen su fuente en una moral objetiva expresada en la constitución. Los principios de justicia, de índole moral, se encontrarían desde sus orígenes positivados en los textos constitucionales, como meras declaraciones políticas sin incidencia práctica²⁷. Lo que habría cambiado ahora –digamos, en tiempos del Neoconstitucionalismo– sería que estos principios, con el advenimiento de la constitución como norma con fuerza vinculante y directamente aplicable, se habrían juridificado, produciendo de esta manera la conexión entre moral y derecho y los requerimientos de un nuevo enfoque, o método, para enfrentar estos principios morales en la aplicación del derecho (en especial del derecho constitucional al resto del ordenamiento jurídico)”*. ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo” en *Revista de Derecho FONDECYT*, Vol. XXIII, N° 1, Valparaíso, Julio 2010, p. 92. [ubicado el 08.V. 2011]. Obtenido en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=173716608004>.

*le sea protegido judicialmente*¹⁴⁰. De acuerdo con esta puntualización, se establece la posibilidad de ejercer libremente los derechos fundamentales, sin que se llegue a interpretar como un bien por sus consecuencias, sino que es algo valioso por sí mismo por cuanto así lo exige la dignidad¹⁴¹. Por consiguiente, es perfectamente posible afirmar que un derecho fundamental es un bien para su titular y reconocer su carácter de núcleo del bien común sin establecer una relación de medio-fin.

1.3.3.- Reposicionamiento de los jueces constitucionales.

Frente a la sumisión del juez a la ley, propia del Estado Legal de Derecho, el Estado Constitucional de Derecho presupone la existencia de una Constitución democrática que se advierte como límite al ejercicio del poder y como garantías para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, en términos de igualdad¹⁴². Una supremacía política pero también una supremacía jurídica, hacen de la Constitución una herramienta de legitimidad esencial para el Estado y el Derecho. El Estado Constitucional de Derecho –según se ha visto-, supone que todos los sujetos del ordenamiento, incluyendo al legislador, se encuentran sometidos a la Constitución.

La misión de los jueces constitucionales, por ello, estará signado por su lealtad hacia la defensa de los derechos fundamentales y de las minorías frente a las instituciones político-representativas y las eventuales mayorías que las controlan; los jueces tienen la tarea de afirmar el valor de la Constitución aún en detrimento de la ley, y más aún, tienen la posibilidad de desarrollar las concepciones que orientan las bases del sistema legal, gracias al carácter normativo de la propia

¹⁴⁰ DE DOMINGO PERÉZ, Tomás. “Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad” *op. cit.*, p. 273.

¹⁴¹ Presentamos una definición de la jurisprudencia peruana al respecto: “*La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el solo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución*”. Vide. STC. N° 00010-2002-AI/TC, del 03 de Enero de 2003, Fundamento 213.

¹⁴² Cfr. CRUZ, Luis M. “La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al Neoconstitucionalismo” *op. cit.*, pp. 20 - 22.

Constitución, que los obliga a interpretarla en los casos concretos, sea a través del control de constitucionalidad, siempre más determinante en el contexto de las democracias contemporáneas¹⁴³, o bien de la actuación cotidiana de los principios constitucionales.

Como ha dicho ZAGREBELSKY, desde una perspectiva más bien substancial, una posición dual de intermediación entre el Estado (poder político-legislativo) y la sociedad (sede de los casos), es la que se reclama del juez en este escenario¹⁴⁴. Es decir, la dependencia a la ley pero como garantía para que el juez constitucional actúe los derechos según la perspectiva interpretativa –entre las varias posibles- más adecuada para el caso concreto, sin otro tipo de condicionamiento.

Entonces, en un corolario, hasta ahora hemos visto qué es un Estado Constitucional de Derecho, qué significa Constitución, qué significa su contenido material, qué significa interpretar a partir de formulas abiertas y genéricas. Y ahora, para mencionar algo sobre los intérpretes de la constitución, basta con preguntar: ¿quiénes están llamados a interpretar la Constitución? Como regla general, se admite que *“podrá interpretar la Constitución todo aquel que pueda entender el mensaje contenido en la Constitución, es decir, si se parte del hecho que la Constitución recoge mandatos racionales, todo aquel que tenga razón o racionalidad podrá ser interprete de la Constitución”*¹⁴⁵. Todos en general, podemos interpretar la Constitución, en la medida que tenemos la capacidad de entender un mensaje que va contenido en su texto.

Lo jurídicamente relevante, a pesar que la regla general es que todos podemos interpretar la Constitución, es preguntarnos ¿quiénes pueden interpretar de forma

¹⁴³ Cfr. ARÉVALO VELÁSQUEZ, Otto. “El control de constitucionalidad en el Perú” en *El Control de constitucionalidad en el Derecho Público y Privado*. Buenos Aires, Lerner editora S.R.L., 2005, pp. 383 - 384.

¹⁴⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, 206. Citado por FIGUEROA GUTARRA, Edwin, “Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional: ¿hacia nuevos horizontes en el Derecho?”. *op. cit.*, p. 51.

¹⁴⁵ CIANCIARDO, Juan (coord.). *La interpretación en la era del Neoconstitucionalismo: una aproximación interdisciplinaria*, *op. cit.*, p. 128.

vinculante la Constitución?¹⁴⁶ ¿Quiénes estarían en la posición de obligar a que su interpretación sea la seguida por los demás? Y, en aquel momento, podríamos afinar diciendo que quién puede interpretar de modo vinculante la Constitución: lo puede hacer el TC, lo puede interpretar de modo vinculante el Parlamento, lo puede interpretar de modo vinculante el PJ (sus jueces) y, asimismo, lo puede interpretar de modo vinculante, también, el Poder Ejecutivo¹⁴⁷.

De tal manera, un TC interpreta de modo vinculante (especial) –con un papel preponderante¹⁴⁸- la Constitución, a través de sus sentencias (luego se precisará esto, porque la mayor parte de lo que se diga será enfocar las interpretaciones del TC); interpreta el Parlamento a la hora que emite leyes y se cuestiona si eso que va disponer como ley, está acorde o no con la Constitución, en particular el Parlamento interpreta de modo vinculante la Constitución con las llamadas *leyes de desarrollo constitucional*, se sabe que hay disposiciones de la Constitución que requieren de leyes de desarrollo, por ejemplo cuando se aprobó la ley que regula los derechos de revocatoria o remoción de autoridades, interpreto la Constitución, y la interpreto de modo vinculante; los jueces del PJ, también interpretan la Constitución en sus sentencias; el Ejecutivo, de la misma manera, interpreta la Constitución cuando emite normas con rango de ley o cuando emite normas infralegales.

Se dijo a través de un sentencia del TC, que también, la Administración Pública interpreta de modo vinculante la ley, aunque eso es demasiado discutible, con respecto al caso Salazar Yarlenque, en el cual se estableció que la administración pública (primero de modo general), y luego se emitió una aclaratoria diciendo que

¹⁴⁶ Es decir, quién de todos, –ciudadanos, operadores jurídicos, administración pública, etc.- pueden interpretar la Constitución.

¹⁴⁷ Cfr. AGUILÓ REGLA, Joseph. *La Constitución del Estado Constitucional*, op. cit., p. 53 y ss. De modo particular y similar lo desarrolla SANCHEZ FERRIZ, Remedio y OTROS, *Funciones y órganos del estado constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 283.

¹⁴⁸ En el mismo orden de ideas se ha dicho que: “*la lectura que de la Carta Magna realiza nuestro Alto Tribunal, adquiere un carácter directriz y vinculante respecto de todo intento similar que realice cualquier operador jurídico. En este sentido, la jurisprudencia que ha vendido elaborando el juez constitucional adopta un especial valor en la jerarquía de fuentes jurídicas en nuestro sistema jurídico*”. Planteado por: DÍAZ REVORIO, Francisco. *La Constitución Abierta y su Interpretación*. 1^{ra} Ed., Palestra Editores, Lima, 2004, p. 260. Vide. DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. “*Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional en materia laboral*” en *Guía Operativa N° 5. Soluciones Laborales*, Junio 2011, p. 3.

sólo determinados órganos de la administración pública tienen atribuido el control difuso de la constitucionalidad¹⁴⁹. Eso es bastante discutible; pues en la teoría constitucional¹⁵⁰ se entiende normalmente que la administración pública no realiza ese juego de control de constitucionalidad.

En la misma línea, sostenemos que ni a la Administración pública ni los particulares se les han asignado la potestad de ejercer el control constitucional de las leyes. Pero, el negarles la aptitud para apartarse de aquellas leyes que se consideren inconstitucionales, no quiere decir que se este negando la existencia de leyes que vulneren la Constitución, ni tampoco que no se pueda actuar en contra de su vigencia. Al contrario, se busca que dichas leyes inconstitucionales no lleguen a tener vida jurídica, y para lograrlo se implicarán o en su defecto se declararán inconstitucionales y serán derogadas del ordenamiento jurídico.

Empero, determinar cuándo una norma infraconstitucional vulnera la Ley fundamental y llegar a establecer ya sea su inaplicación o posible derogación no le compete a la Administración pública, pues valiéndose del principio de separación de poderes, cada órgano de poder ejerce sólo aquellas determinadas

¹⁴⁹ CASTILLO CORDOVA, Luis. *Administración pública y control de constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC? En La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 71 - 72. Se formula este debate a la luz de la Sentencia N° 3741-2004 AA/TC del Tribunal Constitucional, la cual plantea una serie de cuestiones de singular importancia para la configuración de la justicia constitucional peruana al establecer la expansión del control Difuso a la Administración Pública. La sentencia judicial que se pretende comentar, caso Salazar Yarlenque contra la Municipalidad de Surquillo mediante la cual el Tribunal supremo establece que los órganos de la administración pública tienen el deber de hacer prevalecer las normas constitucionales por encima de las normas con rango de ley, es un tema altamente controversial, como es de imaginarse, puesto que por tradición se consideraba que el control difuso era exclusivo de los jueces. Amplié sus conocimientos con TIRADO BARRERA, José Antonio. *El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 82 – 83.

¹⁵⁰ “(...)respondiendo a las nuevas teorías constitucionales, y a la formación ya inspirada desde cerca del siglo XIX cuando nace frontalmente, la Teoría Jurídica Constitucional, como respuesta al nacimiento de constituciones en diversos lugares del mundo que perseguían unos objetivos políticos y que se exponían cada una con sus peculiaridades, resaltando los conflictos sociales en sus territorios, su organización política o los controles que a ella se imponían, por ejemplo, a través de la garantía de derechos”. OSPINA RENDÓN, Juan Carlos. *Neoconstitucionalismo y constitucionalización del derecho*. Manizales, Universidad de Caldas – Colombia-, Marzo 2008, p. 1. [ubicado el 22. V. 2011]. Obtenido en http://www.maximogris.net/DERECHO/Art_01_020.doc.

funciones y potestades que tiene atribuidas por el constituyente y es entonces, que esta potestad de contralores se le ha asignado al PJ y al TC.¹⁵¹

Habría que añadir, de modo complementario, que a los particulares al menos en dos situaciones pueden convertirse en intérpretes vinculantes de la Constitución: primero, cuando acuerdan un contrato, es posible que ese contrato sea fruto de la interpretación de la Constitución, y ese convenio tenga efectos vinculantes sólo para los firmantes; y la segunda situación, es cuando conforma asociaciones privadas, y esta la dota de un reglamento y ese reglamento se regula conforme a una interpretación de la Constitución. Obviamente tanto como contrato o como reglamento, la interpretación de la Constitución es vinculante, sólo, con efectos inter partes que intervienen en el negocio contractual o en el negocio asociativo.

Siendo estos primeros intérpretes de la Constitución, antes mencionados, interesa poder distinguir: *que no todo intérprete vinculante de la Constitución, es órgano de control de la constitucionalidad*. El constituyente peruano en el art. 200º, Inc. 1¹⁵², ha establecido que el TC es el órgano de control de la constitucionalidad, lo ha dicho expresamente, y en el artículo siguiente, le reconoce al TC una serie de atribuciones para llevar a cabo esa labor de control de la Constitución.

Tal como lo ha señalado, la jurisprudencia (del TC) ha adquirido un papel elevado y dominante en el marco de las fuentes de Derecho, y con más razón si aquella proviene del mismo TC. En efecto, este mismo órgano reconoce que, si bien existe una pluralidad de intérpretes jurídicos con relación a la Constitución, este se reafirma el lugar privilegiado que ocupa para efectuar una interpretación de la Constitución con carácter jurisdiccional y, sobre todo, vinculante para los poderes

¹⁵¹ Cfr. BONIFAZ FERNÁNDEZ, José Luis. “Ilegalidad de los cobros para la admisión de impugnaciones. Análisis de las tasas como barreras para el acceso a la jurisdicción” en *Revista Jurídica del Perú*. T. 71. Enero 2007, pp. 73 - 74.

¹⁵² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 200º, Inciso 1.- “*Son garantías constitucionales, 1) La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos*”.

del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos¹⁵³.

Ahora preguntémosnos, ¿es posible controlar la Constitución o por el contrario lo que se controla es lo que está por debajo de la Constitución? Siendo posible hablar de controlar la Constitución, porque recoge las exigencias de justicia, para ser llamada como tal, que brotan de la persona. Cuando el constituyente le dice al TC que ha de controlar la Constitución, significa que ha de verificar, que las disposiciones de la Constitución y de las normas a ella atribuidas no contradigan las exigencias de justicia que brotan de la persona¹⁵⁴.

Por ejemplo, imaginemos que una Constitución hubiese dicho que “toda persona tiene derecho a la vida, salvo los analfabetos”, que implicaría interpretar la Constitución, y controlar la segunda parte de esa disposición; es decir, afirmar que “salvo los analfabetos”, es injusto, y al ser injusto no es derecho y al no ser derecho no vincula. Por tanto, se le encarga a un órgano –en este caso al TC– para que se encargue de controlar el contenido recogido en la Constitución, transformándolo en un contenido que se ajusta a las exigencias de justicia que brotan de la persona. Si fuese ese el caso, en el ejemplo que les pongo (donde sería posible hablar de disposiciones constitucionales e inconstitucionales), esta fórmula abierta y general es una contradicción en sí misma y no es una exigencia de justicia necesaria en un Estado Constitucional de Derecho, tal como se ha desarrollado antes.

Así que es posible hablar de controlar la Constitución y demás normas constitucionales, como también de controlar y de disposiciones constitucionales e inconstitucionales. Pues, en primer lugar, tiene sentido hablar de controlar la Constitución y en segundo lugar, tiene sentido que se entienda esa expresión del TC como controlador de la Constitución (órgano de control de la normatividad infraconstitucional).

¹⁵³ Cfr. STC. N° 0004-2004-CC/TC, del 31 de Diciembre de 2004, Fundamento 19.

¹⁵⁴ Cfr. FIGUEROA GUTARRA, Edwin. “Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional: ¿hacia nuevos horizontes en el Derecho?” *op. cit.*, pp. 45 y 47.

El constituyente peruano le ha dicho a la TC, que es el órgano de control, de la constitución con ese doble significado: *contralar la Constitución y controlar la normatividad infraconstitucional*. Y le da esas atribuciones que están recogidas en el art. 202º de la CPP¹⁵⁵, mismas que denotan una “*energía correctora*”, atribuida al TC. Conocer en última instancia la acción de inconstitucionalidad, en última instancia las acciones de amparo, habeas corpus, habeas data y acción de cumplimiento, conocer los conflictos de competencia; en cada uno de estos mecanismos es posible verificar una energía correctora¹⁵⁶.

Por ejemplo, en la acción de inconstitucionalidad, la energía correctora está dirigida a derogar, a declarar sin valor jurídico normas con rango de ley que contravengan la Constitución, por el fondo o por la forma, y en cuanto a la atribución de conocer las demás acciones en última instancia, su energía correctora se encuentra en la posibilidad de anular mandatos, acciones públicas o privadas que vulneren derechos fundamentales y lo mismo en el conflicto de atribución de competencias.

Entonces, para hablar de controlador de la Constitución, hay que hablar de un órgano que tiene atribuidas posibilidades de realizar el control. El constituyente peruano, sólo expresamente para el TC ha referido que es controlador de la Constitución y a la vez le ha preparado atribuciones para ejercer el control. La pregunta es ¿el TC es el único controlador de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico? Si uno lee la Constitución encontraremos, que en ninguna

¹⁵⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 202º.- “*Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad; 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento; 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley*”.

¹⁵⁶ Había dicho GARCÍA DE ENTERRÍA, a inicios de los años ochenta que el Tribunal Constitucional español era, en el panorama comparado de la justicia constitucional en el mundo, el que mayores competencias tenía. Evidentemente, ni entonces ni ahora se está refiriendo a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional encargado del control constitucional pueda ejercer potestades material y formalmente legislativas, como entre nosotros se ha autorreconocido el propio Tribunal Constitucional. Cita de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1983, pp. 135 – 137, Citado por VELEZMORO PINTO, Fernando. “El precedente constitucional vinculante según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el Neoconstitucionalismo” en *Revista Jurídica del Perú*, N° 112, Junio 2010, p. 58.

otra disposición, el constituyente ha dicho de modo expreso de algún otro órgano que sea controlador de la Constitución, lo ha dicho sólo expresamente del TC.

No obstante, si hemos de intentar descubrir, si existe otro controlador, nos hemos de fijar en las atribuciones establecidas. Nos hemos de preguntar si existe otro órgano, distinto al TC, que aunque el constituyente no le haya calificado de controlador de la Constitución, sea posible por sus atribuciones concluir que tiene el encargo de controlar la Constitución, y entonces, lo que se nos viene a la mente, es que ese otro controlador de la constitucionalidad son los jueces del PJ, cuando sus atribuciones reconocidas versan sobre: primero, el llamado control difuso de la constitucionalidad no para derogar normas con rango de ley sino para inaplicarlas¹⁵⁷; segundo, tiene reconocida la acción popular para derogar normas reglamentarias o infralegales que contravengan la Constitución; tercero, conocer en primeras instancias los amparos, habeas corpus, habeas data y acción de cumplimiento¹⁵⁸.

En los jueces del PJ es posible, también, descubrir esa energía correctora que le reconocíamos al TC. Ahora hay dos controladores de la constitucionalidad (los jueces y el TC), por eso es que cuando se intenta convertir al juez en la boca muerta que repite el precedente vinculante establecido por el Colegiado, lo estamos desnaturalizando (vaciando de contenido), porque tanto como el TC, los jueces también son órganos de control de la constitucionalidad.

Entonces, la pregunta que hay que formularse a partir de ahí es, ¿Qué relación existe entre ellos dos? Y por tanto (que es lo que vendrá luego), ¿Qué relación hay entre la jurisprudencia del TC, por tanto de su interpretación constitucional, y la labor del juez, también, como órgano de control de la constitucionalidad? De tal forma, si hay dos órganos de control de la constitucionalidad, es posible

¹⁵⁷ Sobre la aplicación del control de constitucionalidad sobre las normas privadas (control difuso sobre normas privadas o convencionales) consultar las siguientes sentencias: STC. N° 06730-2006-PA/TC, del 11 de junio de 2008 y STC. N° 03843-2008-PA/TC, del 01 de Junio de 2009.

¹⁵⁸ Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis & CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El precedente judicial y el precedente constitucional*, Lima, ARA Editores, 2008, pp. 175 – 181 o en su caso en: CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, pp. 624 – 627.

establecer la siguiente relación: si nos fijamos, el TC tiene unas atribuciones que son mayores en número e intensidad respecto de las atribuciones que tiene el PJ como órgano de la constitucionalidad; mientras el TC puede anular leyes, el Juez sólo pueda inaplicarlas; mientras el Tribunal en última instancia puede resolver amparos, habeas corpus y habeas data, lo jueces del PJ sólo en las primeras instancias; y mientras el Tribunal puede conocer conflictos de competencia, los jueces no¹⁵⁹.

Con base en estos mayores poderes, es posible formular la siguiente regla: “*sólo para el ejercicio de control de la Constitución y demás normas constitucionales, es posible establecer una posición suprema, única y definitiva al Tribunal Constitucional y una posición inferior a los Jueces del Poder Judicial*”¹⁶⁰, es decir, el Tribunal es el supremo o máximo controlador de la Constitución, luego le sigue los Jueces del PJ. Inegablemente, así, el Tribunal es supremo controlador de la constitucionalidad, y también supremo intérprete de la constitucionalidad.

1.4.- La reformulación de la teoría clásica de la interpretación de las fuentes del derecho.

Si las disposiciones de la Constitución que recogen las exigencias de justicia, se formulan en términos abiertos, surge especialmente la necesidad de interpretar. Es decir, las formulas vagas y genéricas como el que: “*todos tienen derecho a la vida o que todos tienen derecho a la libertad de información*”, han de ser concretadas a partir de una actividad interpretativa necesariamente.

Las fuentes del derecho han sido flexibilizadas, procurando un derecho menos rígido y anacrónico y con miras a un mundo jurídico más constructivo, flexible y

¹⁵⁹ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La vinculación a las interpretaciones del Tribunal Constitucional”. En *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 03, Marzo 2008, p. 190.

¹⁶⁰ CANALES CAMA, Carolina. “Eficacia y cumplimiento de las Sentencias del Tribunal Constitucional”, en *La Sentencia Constitucional en el Perú*, 1^{ra} Ed., Lima, Editorial Adrus, Centros de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2010, p. 135. Asimismo, Vide. STC. N° 0020-2005-PI/TC y STC. N° 0021-2005-PI/TC, del 27 de Septiembre de 2005, Fundamento 156, respectivamente.

dinámico¹⁶¹. En el derecho constitucional, el cambio (en síntesis) junto al texto expreso de la Constitución (hace tiempo fuente indisputada de todo el derecho constitucional), *“hoy aparece el juez constitucional, a través de jurisprudencia, como creador consiente de subrogas constitucionales y no simplemente como aplicador pasivo de los textos superiores”*¹⁶². Por su parte, ZAGREBLESKY, ex presidente de la Corte Constitucional italiana, nos acerca aún más a una idea tangible de Neoconstitucionalismo señalando que: *“el Derecho hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del Derecho (...) La ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente de Derecho y comienza un síntoma de crisis irreversible del paradigma positivista”*¹⁶³. Por ello, el poder de decidir qué es el derecho implica el

¹⁶¹ Es decir, *“todo jurista sabe que al final de un razonamiento jurídico la diversidad de fuentes y de normas se reduce a la unidad del Derecho”*. AGUILÓ REGLA, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*, op. cit., p. 55.

¹⁶² VELEZMORO PINTO, Fernando. “El precedente constitucional vinculante según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el Neoconstitucionalismo” en *Revista Jurídica del Perú*, N° 112, Junio 2010, pp. 57 – 58. Por esta razón, *“el juez del nuevo derecho es el juez que garantiza el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, teniendo como referente los postulados de la Constitución de 1991 y actúa en su jurisdicción ideológica y programática. En este sentido, conforme a UPRIMNY, el juez en el Estado social de derecho, derivado de sus principios constitutivos, debe respetar tres exigencias fundamentales: (i) garantizar los derechos de las personas por medio de decisiones previsibles con base en el principio de seguridad jurídica, que es el principal instrumento para que su actividad no sea arbitraria y no vulnere derechos ni libertades (filosofía liberal); (ii) respetar las decisiones mayoritarias de los órganos políticos, porque debido a su carencia de legitimación democrática no tiene una fuente de poder autónomo, debido a lo cual debe respetar los acuerdos sociales mayoritarios expresados en los órganos políticos de origen popular (soberanía popular); y (iii) lograr decisiones materialmente justas, pues la actividad judicial debe contribuir al logro de una sociedad materialmente más justa (principio social)”*. UPRIMNY, Rodrigo. *Estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica en Hermenéutica jurídica*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1997. Citado por GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. “El nuevo derecho en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?” en *Revista de Derecho: Universidad del Norte*, N° 29, Barranquilla 2008, p. 306. Este es un artículo de la investigación “Justicia constitucional y democracia deliberativa”, inscrita en el Grupo de Estudios Jurídicos y Socio jurídicos del Centro de Investigaciones Socio jurídicas de la Universidad de Caldas [Web Site].

¹⁶³ Cfr. ZAGREBLESKY, Gustavo, *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, 65. Citado por FIGUEROA GUTARRA, Edwin, “Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional: ¿hacia nuevos horizontes en el Derecho?” op. cit., p. 47. Agregamos, que para esta nueva etapa en la ciencia jurídica, AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. *Utilidad y sentido metodológico, hermenéutico, ontológico, axiológico y didáctico de la Filosofía del Derecho*. En: *Cultura y conocimiento jurídico*, Revista Semestral del Instituto de Investigaciones Jurídicas, N° 1, México DF. FACDyC, UANI, 2007, pp. 11 – 41. *“Lleva a cabo un estudio detallado sobre los factores que han debilitado los estudios filosófico-jurídicos y la renovación en el estudio de los mismos: (...) la racionalidad instrumental reduce nuestra ciencia del derecho a una mera ingeniería social ligada a los aspectos meramente técnicos o formales, por ello, la necesidad de volver y continuar la*

poder nominador de crear las restricciones o márgenes del poder político¹⁶⁴, por lo tanto toda teoría que pretenda hablar de un monopolio de fuentes deberá dar cuenta de las profundas raíces políticas de su posición.

Ahora, tratemos de entender lo que es interpretar, como la asignación de significados; en la teoría jurídica se suele diferenciar lo que es disposición de lo que es norma. La disposición es el conjunto de signos (palabras) que conforman un enunciado, por ejemplo, toda persona tiene derecho a la vida, ese conjunto de palabras o signos lingüísticos, se le denomina disposición. La norma es el significado que se atribuye a la disposición, la norma viene hacer el producto de haber interpretado un texto lingüístico, formulado en una Constitución o en una ley, etc.¹⁶⁵

Hay que diferenciar, por tanto, disposición y norma respectivamente: el conjunto de palabras y el significado de ese conjunto de palabras. Por ejemplo, el art. 2º, Inc. 4, de la CPP¹⁶⁶, dice textualmente lo siguiente: *“toda persona tiene derecho a la libertad de expresión e información a través de cualquier medio de comunicación oral o escrito”*; y fijémonos lo que dice: *“sin censura previa, sin impedimento alguno y bajo las responsabilidades de ley”*. Esta disposición constitucional, diría lo siguiente: *“toda persona tiene derecho a la libertad de información sin impedimento alguno”*. Entonces un posible significado a atribuir,

vasta obra iniciada por los antiguos sobre estos aspectos”. Citado por VELÁSQUEZ RAMÉREZ, Ricardo y BOBADILLA REYES, Humberto. *Justicia constitucional, Derecho supranacional e integración en el Derecho Latinoamericano*, op. cit., p. 195.

¹⁶⁴ Cfr. ROBLES MORENO, Carmen del Pilar. “Límites del Tribunal Constitucional” en *Jus Constitucional: análisis multidisciplinario*, T. 3, Marzo 2008, pp. 354 – 355.

¹⁶⁵ Cfr. MORALES SARAVIA, Francisco. “La interpretación constitucional”. op. cit., p. 18. *“Por tanto, la Constitución es considerada norma normarum –la norma de creación de las normas –y la lex legis- la ley suprema-, que se extiende a todas las ramas del Derecho, siendo sus principios y disposiciones aplicables no sólo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado porque son de alcance general”*. LANDA ARROYO, César. “Los precedentes constitucionales”. En *Revista Peruana de Justicia Constitucional*, Año III, N° 5, 2007, pp. 32 y ss.

¹⁶⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 2º, Inciso 4.- *“Toda persona tienen derecho, 4) a las libertades de información, opinión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común”*.

sería el siguiente: “*toda persona a publicar, a informar de lo que quiera, cuando quiera y como quiera*”.

Si el propio constituyente ha decidido que la libertad de información se ha de ejercer sin impedimento alguno, y además bajo las responsabilidades de ley, en caso de haber impedimento; un operador jurídico podría crear o atribuir el siguiente significado: *toda persona puede informar lo que quiera, cuando quiera y como quiera*¹⁶⁷. Sin embargo, es posible también asignar a esta disposición un segundo significado, es decir, una segunda norma, y esa diría lo siguiente: “*toda persona tiene derecho a informar lo que quiera, cuando quiera y como quiera siempre que no agreda otros derechos fundamentales*”.

Es posible, con este ejemplo que la disposición del art. 2º, Inc. 4, de la Carta Magna, reconocer en esa disposición al menos dos normas: una que brota de lo que se llamaría interpretación literal de la disposición, (aquella que asignaría que toda persona tiene derecho a publicar sin impedimento alguno cualquier tipo de información), y la segunda, sin embargo, es fruto de una interpretación sistemática que dice que toda persona tiene derecho a publicar, cualquier tipo de información, siempre que no agreda otro derecho fundamental.

Pero, lógicamente, en nuestro entender la segunda norma es la que calza mejor con el significado entero de la Constitución, hay que ver que existen disposiciones en más de una norma, cuando eso ocurre el operador jurídico como intérprete de la Constitución, tendrán que justificar cual de la dos normas es la que se ha de asignar a una disposición.

De esta manera, se establece una transcendencia: cuando más adelante analicemos cómo el TC intenta atribuir significados a disposiciones, y a veces se pondera por un significado o por una norma que no corresponde a una

¹⁶⁷ Un punto en el que insiste ROBERT ALEXY, es sobre “*la protección que ofrecería el derecho a la libre información sería prima facie, no definitiva, pues está dependería del resultado de la ponderación con otros principios con los que colisionase y que justificarían restringir la posición otorgada por la norma de derecho fundamental*”. Citado por DE DOMINGO PÉREZ, Tomás. “Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad” *op. cit.*, p. 263.

disposición, no solo es posible hablar de una extralimitación de este tribunal, sino que consecuentemente es posible justificar un apartamiento por parte del operador jurídico –el juez- y del público en general. Justamente, como estamos empezando, estos elementos de juicio son insumos que más adelante vamos a requerir para el entendimiento pleno del papel del TC y del precedente vinculante del mismo.

Así, la interpretación del Derecho es una labor indesligable para el juez desde el momento en que debe resolver los conflictos sometidos a su conocimiento¹⁶⁸. En esa medida, se hace referencia a aquella nueva doctrina de modelo estatal que en teoría jurídica se ha convenido en llamar Neoconstitucionalismo¹⁶⁹, la que tras

¹⁶⁸ Al respecto, HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Madrid, Dykinson, traducido por J. Brage Camazano, 2003, pp. 33-40. “(...) el juez que debe examinar en cada caso lo exigido o prohibido socialmente, ha de atenerse, como resulta de la naturaleza de la cosa pero también según lo prescrito en el artículo 1.3 de la Ley Fundamental, a aquellas decisiones valorativas fundamentales y a los principios sociales del orden que encuentre en los artículos sobre derechos fundamentales de la Constitución (...)”. Vid. CRUZ, Luis M. “La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al Neoconstitucionalismo” *op. cit.*, p. 20.

¹⁶⁹ GUASTINI presenta así una lista de siete condiciones que un ordenamiento debe satisfacer para ser considerado como impregnado por las normas constitucionales. “La primera condición es la presencia de una Constitución rígida, es decir, ha de estar escrita y debe estar protegida contra la legislación ordinaria, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional. La segunda condición es la garantía jurisdicción de la Constitución, la presencia de algún control sobre la conformidad de las leyes con la misma. Este control puede ser a posteriori (por vía de excepción) e in concreto, ejercido por cada juez en el ámbito de su propia competencia jurisdiccional, como sucede en Estados Unidos; a priori (por vía de acción) e in abstracto, ejercido por un Tribunal Constitucional, o por un órgano similar, según el modo francés; y, finalmente, a posteriori (por vía de excepción) e in concreto, ejercido por un Tribunal Constitucional, a ejemplo de Alemania, Italia o España. La tercera condición es la fuerza vinculante de la Constitución, estos es, la consideración de las normas constitucionales como normas jurídicas genuinas, vinculantes y susceptibles de producir efectos jurídicos. La cuarta condición es la sobreinterpretación de la Constitución, lo cual sucede cuando ésta es interpretada de tal modo que se le extrañen innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política. Cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios libres del Derecho constitucional: siempre cabe encontrar una norma constitucional para toda decisión legislativa. La quinta condición es la aplicación directa de las normas constitucionales, lo cual depende, por un lado, de la difusión en el seno de la cultura jurídica de la concepción de la Constitución como moldeadora de las relaciones sociales; y, por otro lado y como consecuencia de lo anterior, de la actitud de los jueces que emplean las normas constitucionales en ocasión de cualquier controversia. La sexta condición es la interpretación conforme de la ley, tiene relación con la técnica de interpretación, no de la Constitución, sino de la ley. La interpretación conforme es aquella que adecuada y armoniza la ley con la Constitución, eligiendo el significado que evite toda contradicción entre éstas. la finalidad de tal interpretación es de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional. Por último, la séptima condición es la influencia de la Constitución

reconocer la especial peculiaridad de las constituciones a partir de la segunda postguerra mundial derivan importantes consecuencias en torno a la *interpretación constitucional* y a la *posición de los tribunales constitucionales*¹⁷⁰.

Por lo tanto, refiere que la mera subsunción de los hechos en la norma jurídica y el papel pasivo del juez queda de lado para dar paso a un nuevo horizonte del Derecho, en el que cobra protagonismo tanto el TC como los criterios interpretativos de la ponderación y los principios de interpretación constitucional¹⁷¹ o en el control constitucional abstracto.

1.5.- La función jurisdiccional del Tribunal Constitucional en un sistema jurídico abierto y dinámico:

En este escenario, el tipo de decisiones que la democracia demanda de la jurisdicción constitucional impide simplificar su papel al de una entidad útil sólo para dirimir controversias jurídicas y aplicar la ley¹⁷². Por ello, la existencia de una

sobre las relaciones políticas, de manera que las normas constitucionales son utilizadas para resolver conflictos puramente políticos o en la argumentación política para justificar acciones y decisiones". GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano* en Neoconstitucionalismo, p. 49. Citado por CRUZ, Luis M. "La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al Neoconstitucionalismo" *op. cit.*, p. 15.

¹⁷⁰ En: Cfr. FIGUEROA GUTARRA, Edwin. "Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional: ¿hacia nuevos horizontes en el Derecho?" *op. cit.*, pp. 45 y 47. "*La definición más óptima de Neoconstitucionalismo la brinda, (...), Luis Prieto Sanchís [Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, 2001], para quien esta novísima expresión del tradicional Estado Constitucional implica un cierto tipo de Estado de Derecho, (...) una Teoría del Derecho (...) y una ideología que justifica o defiende la fórmula política designada. (...) Así, en el Estado neoconstitucional se varían los supuestos de antaño sobre la forma del Estado, se redefine la fórmula política hacia una concepción más garantista sobre las demandas de los derechos fundamentales y se replantea la forma de resolver las controversias constitucionales*". Así mismo, invitamos la lectura de los apartados de: Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis & CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El precedente judicial y el precedente constitucional*, *op. cit.*, pp. 175 – 181 o en su caso en: Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional", *op. cit.*, pp. 624 – 627; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, Lima, Palestra, 2008, pp. 90 – 96.

¹⁷¹ "*La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante [in toto] y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto*". Vide. STC. N° 5854-2005-PA/TC, del 08 de Noviembre de 2005, Fundamento 12.

¹⁷² Por ejemplo, "*según el artículo 429° de la Constitución de la República del Ecuador (2008) la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. En el artículo 436 CRE se enumeran las atribuciones que tiene la Corte Constitucional para el control de constitucionalidad de todo acto de poder público. No obstante, la Constitución no sólo se encuentra garantizada por la Corte*

jurisdicción constitucional, que incluye tribunales o cortes especializadas, incluso salas generalmente calificadas de constitucionales, a pesar de sus problemas y debilidades, es hasta nuestros días el mejor sistema que se ha creado para asegurar la supremacía de la Constitución como norma decidida por el poder constituyente, para impedir que los poderes constituidos rebasen la competencia y atribuciones que expresamente les señala la propia Constitución, y para la protección real de los derechos fundamentales. En otras palabras, es la mejor defensa del Estado Constitucional de Derecho.

1.5.1.- Los Tribunales Constitucionales como órganos de creación normativa.

Como se sabe, a partir de la finalización de la segunda guerra mundial fue abriéndose paso en la Europa continental un nuevo modo de entender el Estado Legal de Derecho, con base en un nuevo modo de entender la Constitución¹⁷³. Se pasó del Estado Legal de Derecho hacia el estado Constitucional de Derecho.

*Constitucional; los jueces ordinarios también participan de este control. Como dice el profesor PÉREZ TREMPS “todos los órganos jurisdiccionales deben ejecutar, pues, la misión de garantizar la Constitución, ya que la función jurisdiccional no es otra cosa que la de asegurar la primacía del Derecho, y la Constitución no sólo es Derecho, sino el fundamento formal y material de éste dentro del Estado (...) toda aplicación del Derecho supone potencialmente una aplicación constitucional, tanto la del Tribunal Constitucional como la de los órganos del Poder Judicial”. PÉREZ TREMPS, Pablo. *Los procesos constitucionales, la experiencia española*. Primera Edición, Lima, Editorial Palestra, 2006, pp. 47 y ss. Citado por GUIM ALFAGO, Mauricio A. “La Constitución en Serio”, en *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, N° 03, Marzo 2010, p. 437.*

¹⁷³ La concepción de la Constitución como orden de valores u orden objetivo axiológico, que conforma la vida social y demanda su aplicación en todos los ámbitos del Derecho, tiene su punto de partida en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. El punto culminante lo constituye la sentencia de Lüth, de 1958, donde se establecen los conceptos centrales del valor constitucional, en los que apoyará posteriormente el Tribunal Constitucional en numerosas decisiones: Veit Harlam, director de cine, había sido uno de los realizadores alemanes que contribuyó en forma destacada, su película JUD-SÜ&, a la campaña difamatoria contra los judíos durante el régimen nazi. En 1950 realizó una película, *Unsterbliche Geliebte (Amante inmortal)*, que provocó la indignación de Erich Lüth, director de prensa estatal de la ciudad de Hamburgo y presidente del club de prensa de dicha ciudad. En concreto, la apertura de la Semana del cine alemán, así como en una carta abierta remitida a la prensa, incitó a los dueños alemanes de salas de cine y a los arrendadores de películas para que no incluyesen dicha película en su programación, a la vez que instó al público alemán a que no fuese a verla. El Tribunal del Estado de Hamburgo consideró que las expresiones públicas de Lüth incitando el boicot violaban el artículo 826° del Código civil alemán, que establece una obligación de compensación a quien voluntariamente cause daño a otra persona de forma ofensiva hacia las buenas costumbres. Una vez agotadas las vías que le proporcionaba la jurisdicción ordinaria, Lüth recurrió al Tribunal Constitucional Federal. Vid. Cfr. CRUZ, Luis M. “La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al Neoconstitucionalismo” *op. cit.*, p. 17.

Si bien uno y otro tienen en común el hecho de que el poder político, como elemento del Estado, es considerado como una realidad limitada en tanto sujeta al Derecho, sin embargo, se diferenciaban por la pieza a partir de la cual se construía el Derecho y su dogmática. Así, en el primero –que había estado vigente durante todo el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX- fue la ley, y en segundo la Constitución.

A pesar de todo, *“los modos de producción jurídica en el Estado Constitucional de Derecho se encuentran regulados por el propio ordenamiento jurídico, lo que es lógica consecuencia de que el Derecho moderno regule su propia creación y modificación a través de normas primarias (o normas de producción jurídica) y normas secundarias”*¹⁷⁴. De esta manera, la *creación del Derecho* debe ser la obra conjunta del legislador y el juez o magistrado, puesto que el legislador dicta la ley, pero ésta no opera por sí sola, sino a través del juez, quien, mediante la interpretación, establece su razonamiento con relación a un hecho concreto sometido a su decisión, interpretación que servirá de fundamento para la solución de otros casos futuros iguales, de tal modo que éstos no tengan respuestas jurídicas contradictorias.

Por lo tanto, la actividad creativa o transformadora de los jueces, tradicionalmente negada por el modelo exegético y formalista que caracterizaba el Estado Legal de Derecho, ha sido reivindicada exponencialmente por el Estado Constitucional, y más específicamente, en el contexto de los derechos en forma de principios que reconocen las constituciones modernas.

Algo, que en afirmaciones GARCÍA BELAUNDE: *“no puede ser mecánico sino prudente, viendo la realidad a la cual se aplica, y sin desnaturalizar la institución, más aun cuando proviene de otro sistema jurídico”*¹⁷⁵. Así, los mecanismos

¹⁷⁴ De esta forma, *“el Derecho legislado ostenta una pretensión de inmutabilidad sobre el órgano aplicador, cuyo margen de interpretación queda así reducido al mínimo”*. ROJAS BERNAL, José Miguel. “Creación Judicial del Derecho” en *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, op. cit., p. 87.

¹⁷⁵ DOMINGO GARCÍA, Belaunde. *El precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional: a propósito del caso Provías Nacional*, 2006 [ubicado el 12. IV. 2011]. Obtenido en http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/190211/cce-doc-precedente_GARCIA.pdf

interpretativos a que da lugar este nuevo paradigma trastoca desde sus propias bases el sistema de fuentes del Derecho (particularmente, el del *civil law*), otorgándole una preeminencia necesaria al denominado derecho jurisprudencial por sobre el derecho legislado¹⁷⁶. De esta manera, podemos darnos cuenta que en los hechos el TC ha ensanchado su categoría social y política a una velocidad de descompostura –lastimosamente-, tanto que muy bien podría ser este compás el que le esté imposibilitando apreciar con sensatez, humildad y respeto su perspectiva histórica.

Sin embargo, es interesante visualizar ampliamente que una de las razones que justifica la existencia de un TC en cualquier país del mundo es la necesidad de contar con un *órgano jurisdiccional especializado* en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales. Sin embargo, como es de manifiesto numerosos fallos que deberían de tener un efecto *erga omnes*, pueden ser en su interior políticamente falsos en el sentido de que contrarían los legítimos deberes políticos de la conducción del Estado, produciendo en su actuación un desplazamiento hacia ámbitos que le corresponden a otros protagonistas del ejercicio del poder. Con lo que, sin fluctuaciones, importa que el juez menor deba resolver un asunto sometido a su competitividad considerando el fundamento trascendente y medular expresado por el Juez Superior en un caso anterior idéntico o, acerca del cual se presente *una especie de fuente de derecho para un caso concreto*.

No obstante, es momento de hacer una precisión semántica a la pretendida creación normativa del TC, cuando se emite o dictan precedentes, con ese estatuto. Desde los mencionados presupuestos noconstitucionalistas habrá de concluir que no (o que solo en un sentido muy débil de la expresión), propiamente crearía, o implantaría -de su cosecha- una norma nueva, previamente inexistente,

¹⁷⁶ Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México D.F., II JUNAM, Fontamara, 2007, p. 13. Ver también en “La Interpretación: objetos, conceptos y teoría” en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México D. F., Porrúa-UNAM, 2000.

sino que nada más estaría explicitando una regla que ya se hallaría ahí, en la Constitución material, aun cuando no aparezca en su texto¹⁷⁷.

En definitiva, a los efectos, es como con esta regla jurídica se añadiera un enunciado adicional a la norma en cuestión. Hay creación normativa, pero no creación de una norma general y abstracta autónoma (sino complementaria) de la norma principal general y abstracta que se aplica. Por lo tanto, la más clara consecuencia es que, “*en la decisión que produce precedente respecto del modo de interpretar y aplicar una norma principal, no puede engendrarse una contradicción entre esta y la regla interpretativa que se crea*”¹⁷⁸. El tribunal no sustituye aquella norma por una de de su cosecha, sino que complementa coherentemente aquella con esta.

1.5.2.- La función jurisdiccional en el ámbito constitucional.

Una vez reconocido que el TC tiene atribuidas unas funciones tales que permitan catalogarlo no sólo como órgano de control de la constitucionalidad, sino también como encargado mayor del Poder Constituyente, conviene dar un paso más e indagar acerca de su “*tarea de intérprete supremo de los alcances y contenidos de la Constitución*”¹⁷⁹. No es difícil advertir que para realizar una efectiva labor de un control de constitucionalidad de los actos del poder, es necesario tener en claramente establecido, en cada caso en concreto, el orden constitucional que se ha de cumplir.

Sólo así, será posible afirmar que determinado acto del poder se ajusta o no a lo establecido constitucionalmente. Sin embargo, esta claridad en la formulación del contenido está lejos de ser cierta en los textos constitucionales, lo que obliga a reconocer en el TC una función previa de interpretación del texto constitucional que permita velar por su efectivo cumplimiento.

¹⁷⁷ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Precedente constitucional y Neoconstitucionalismo: a propósito de un trabajo de Fernando Velezmoro”. En *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 51, Marzo 2012, p. 281.

¹⁷⁸ Ídem, p. 282.

¹⁷⁹ STC. N° 2409-2002-AA/TC, del 07 de Noviembre del 2002, Fundamento 1. A.

En este contexto, se ha de colocar el papel de intérprete supremo del texto constitucional que se ha de reconocer al TC, y la consecuencia necesaria del mismo: su papel de creador de derecho con calidad constitucional. En efecto, no es posible tener una idea cabal de la posición constitucional del TC en el ordenamiento jurídico peruano sin hacerse referencia a su capacidad de creación de derecho constitucional¹⁸⁰.

Por tanto, la objetividad de la jurisdicción constitucional, que circunscribe tribunales o cortes especializadas, inclusive salas habitualmente calificadas de constitucionales, contrariamente de sus problemas y debilidades, es hasta nuestros días el mejor sistema que se ha creado para asegurar la primacía de la Constitución como norma decidida por el poder constituyente, para impedir que los poderes políticos constituidos extralimiten la competencia y atribuciones que expresamente les señala la propia Constitución, y para la protección real de los derechos fundamentales. En otras palabras, es la excelente defensa del orden constitucional.

La jurisdicción constitucional se constituye por *“el conjunto de garantías constitucionales que la propia Constitución establece para reintegrar el orden fundamental infringido o violado por los órganos del poder”*¹⁸¹. Por tal motivo, en principio, el TC, sin relacionarse el apelativo que muchas veces recibe, es el instrumento de la jurisdicción instituido para estar al tanto y resolver en última instancia sobre los conflictos de interpretación de la Carta Magna a través de las garantías constitucionales-procesales¹⁸². El TC se complace de jerarquía superior

¹⁸⁰ En palabras del Máximo Tribunal Constitucional, *“las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado”*. STC. N° 1333-2006-PA/TC, del 08 de Enero del 2006, Fundamento 11.

¹⁸¹ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI: la quiebra de la bipolaridad sistema americano-sistema europeo-kelseniano y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad*, Publicación electrónica realizada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 3. [ubicado el 12. IV. 2011]. Obtenido en www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artjurisdiccionconstitucional/at_download/file.

¹⁸² CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, op. cit., p. 65.

referente a los órganos inferiores ordinarios y debe tener afirmada su independencia para que realmente resguarde la Constitución¹⁸³.

De conformidad con lo expuesto, la Constitución, en un *modelo neoconstitucionalista*, ha dejado de concebirse tan solo como una realidad elocuente llamativa de principios y postulados, y pasa a formularse como una realidad normativa y efectivamente vinculante para sus destinatarios: "*el poder público y los particulares*"¹⁸⁴. El TC cuenta, sin duda alguna, con una posición preferente respecto de la interpretación constitucional¹⁸⁵. En ese sentido, el Alto Colegiado ha considerado que el precedente vinculante le otorga primacía a sus resoluciones recaídas en los procesos constitucionales frente a la judicatura ordinaria y se haya autocalificado como *primus inter pares* (primero entre iguales).

Esto genera la necesidad de vinculación de todos los poderes públicos y de los particulares en el sistema jurídico general a la jurisprudencia preferente del TC (que deviene así de precedente constitucional vinculante); además, se requiere de estos poderes una acción positiva tendente a promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectiva, lo cual ha sido interpretado como una exhortación a lograr el pleno disfrute de los derechos fundamentales en todos los ámbitos de la vida social.

En buena cuenta, para poder analizar los cánones interpretativos que propugna el modelo estatal del Estado Constitucional, se ha establecido poder reconocer los

¹⁸³ A lo que podríamos asemejar a la Independencia Judicial de los jueces constitucionales "*que (...) radica precisamente en la existencia de una decisión judicial basada no en una sola interpretación, sino en una posible dentro de las varias posibles que tendrá como marco necesario, además del texto de la norma, los propios valores constitucionales que lo informan*". GONZALES MANTILLA, Gorky. *Poder Judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1998, p. 72.

¹⁸⁴ Ello podemos corroborarlo con las siguientes Sentencias Constitucionales emitidos por el supremo interpreté de la Constitución. En primer lugar, citamos la STC. N° 0014-2003-AI/TC; del 10 de Diciembre del 2003, Fundamento 2.1, que dice: "*La Constitución es una norma jurídico-política sui generis. El origen de dicha peculiaridad, desde luego, no solo dimana de su posición en el ordenamiento jurídico, sino también del significado que tiene, y de la función que está llamada a cumplir*", y por último, la STC. N° 0042-2004-AI/TC; del 13 de Abril del 2005, Fundamento 25, nos expresa que: "*la Constitución no es una prédica moral ni una encíclica pastoral; por ello, no puede plantearse, al menos directamente, ni la tarea de hacer felices a los seres humanos ni el de hacerlos buenos. Su principal cometido es encarnar el consenso jurídico-político alcanzado y ser por ello garantía de paz y libertad*".

¹⁸⁵ Cfr. STC. N° 3741-2004-AA/TC, del 14 de Noviembre del 2005, Fundamento 49.

rasgos distintivos que tiene el TC peruano para dictar precedentes vinculantes. En tal sentido, lo que se ha intentado demostrar es que la figura del precedente constitucional vinculante, tal como singularmente lo entiende el controlador e intérprete de la Constitución, constituye una concreción del *Neoconstitucionalismo*, y al mismo tiempo insta en la *fuerza vinculante* y la auténtica naturaleza de *fuentes explicitadora y desarrolladora del derecho constitucional nacional* de las interpretaciones constitucionalmente vinculantes y los precedentes vinculantes decididos como tales por el máximo intérprete de la Constitución. Por lo demás, hasta aquí, qué es Estado de Derecho, qué es Constitución y su contenido material, la exigencia de interpretación, los intérpretes de la Constitución, y en particular el TC como intérprete supremo de la Carta Magna.

Con ese entendimiento, un Tribunal Constitucional como el peruano puede sentirse habilitado a formular normas constitucionales generales y abstractas sin reconocerse propiamente creador de normas constitucionales nuevas, que no estaban en la Constitución misma, que, con ellas, no es nada más que el portavoz de los dictados que la Constitución materialmente contiene de por sí.

CAPITULO 2:

LA TEORÍA ARGUMENTATIVA GENERAL DEL
PRECEDENTE VINCULANTE: ASPECTOS
CONCEPTUALES BÁSICOS

*“La ley que marca la vida buena de las constituciones
es el desarrollo en la continuidad. El instrumento normal es la jurisprudencia;
la enmienda es un instrumento excepcional”
(G. ZAGREBELSKY, 2006)¹⁸⁶*

CAPITULO 2:

LA TEORÍA ARGUMENTATIVA GENERAL DEL PRECEDENTE VINCULANTE: ASPECTOS CONCEPTUALES BÁSICOS.

Si tuviéramos que señalar un triunvirato esencial del Constitucionalismo Moderno, sin duda serían: *la supremacía de la Constitución, la limitación del poder, y la salvaguarda de los derechos fundamentales*. Ahora bien, esta última tiene una singular relevancia que resaltar, pues los *derechos fundamentales*, como lo señala REYNALDO BUSTAMANTE, no solamente implican la admisión de *facultades* de acción u omisión identificadas en beneficio de los diferentes sujetos de derecho, sino que, principalmente constituye *elementos objetivos* que tutelan, regulan y garantizan las diversas relaciones y esferas de la vida social, con propia fuerza de la mayor jerarquía¹⁸⁷. Entendiendo que el precedente, *fuerza primaria del derecho*, brinda a los justiciables la posibilidad de recibir decisiones idénticas ante situaciones jurídicas similares, bajo el fundamento del *principio de igualdad*, para resolver un caso concreto.

Es indudable que toda persona relacionada con el Derecho debe guardar especial atención a la fuente jurisprudencial. En efecto, actualmente el juez ha dejado de ser *“la boca muerta de la ley”*, función que, como anotaba

¹⁸⁶ Discurso por los 50 años de la Corte Constitucional Italiana. En: *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*. N° 03, Palestra, Lima, 2006, pp. 291 y ss.

¹⁸⁷ Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El Derecho a probar como elemento esencial de un Proceso Justo*. Lima, ARA Editores EIRL, 2000, p. 10.

MONTESQUIEU, se le atribuía al PJ¹⁸⁸, y ha pasado a ser, en buena cuenta, creador de Derecho. Ello responde a la evidente constatación de que la ley, fundamentalmente de tenor genérico, no siempre resulta clara, precisa o completa, por lo que su lectura e interpretación requieren que la *jurisdicción constitucional*¹⁸⁹ delinee sus alcances en cada caso particular, acorde con el contenido material que guarda para sí nuestra Constitución¹⁹⁰.

¹⁸⁸ MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*, traducido por Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, 1984, p. 100. Citado por CHAIRES ZARAGOZA, Jorge. *La independencia del poder judicial*, en *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Biblioteca Jurídico Virtual, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, N° 110, Mayo - Agosto, 2004. [ubicado 20. X. 2011] Obtenido en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/110/art/art4.htm>. Esto nos recuerda que: “(...) hace mucho tiempo que los jueces eran seres inanimados por cuya boca salían las palabras de la ley, seres inanimados que no podían moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley. Para esta concepción originaria, la jurisdicción no era más que la labor desarrollada por un órgano estatal para la simple aplicación de la ley al caso concreto, a través de jueces que eran la boca por la que habla la ley”. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas*, Lima, Editorial Justicia Viva, Instituto de Defensa Legal: PUCP, 2006, p. 27.

¹⁸⁹ Ésta expresión se encuadra en “un sistema jurídico-político que establece y permite el control del poder, de manera que los diversos poderes estatales pueden limitarse mutuamente así como mediante su división y distribución. En otras palabras permite que el poder pueda frenar al poder. Sólo en un sistema donde exista el control del poder puede haber garantía esencial de todos los valores de la propia democracia como el respeto a la voluntad popular, la vigencia de los derechos humanos, el pluralismo político y la alternancia en el ejercicio del poder”. ALVARADO TAPIA, Katherinee. “El Tribunal Constitucional como instaurador de la Jurisdicción Constitucional”. En *IUS - Revista de Investigación Jurídica* de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Vol. I, Enero – Junio 2011, p. 2. [ubicado 20. IV. 2012] Obtenido en <http://www.usat.edu.pe/usat/ius/files/2011/07/EL-TRIBUNAL-CONSTITUCIONAL-COMO-INSTAURADOR-DE-LA-JURISDICCION-C3%93N-CONSTITUCIONAL-2.pdf>. El término más acertado para referirse a una “capacidad de los órganos del Estado para pronunciarse sobre temas constitucionales y que sus decisiones sean de carácter vinculante”. Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Sobre la Jurisdicción constitucional*, En: QUIROGA LEÓN, Aníbal. “Sobre la Jurisdicción Constitucional” Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1990. p. 36.

¹⁹⁰ Ahora bien, para tener en cuenta, “la noción de Constitución, como la conocemos actualmente, surge con la modernidad, más precisamente durante el constitucionalismo revolucionario del siglo XVIII (en Estados Unidos y Francia). Si bien antes existían las nociones de gobierno de las leyes y de norma superior, así como formas de organizar el poder político, y estatutos que reconocían derechos y privilegios específicos, no habían normas que puedan ser consideradas constituciones en sentido estricto. En este sentido, sobre el significado de Constitución resultan especialmente ilustrativos tanto el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (Francia, 1789), que prescribe: Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, carece de Constitución; como el inicio del Preámbulo de la Constitución de Estados Unidos (1787), que señala: Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos (...) establecemos y sancionamos esta Constitución. En el primer caso se destaca el límite del poder público frente a los derechos de las personas así como la necesidad de que este sea controlado y regulado; en el segundo caso, el origen popular o democrático en que se basa el constitucionalismo. SOSA SACIO, Juan Manuel. “Constitución” en *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, 1ª Ed., Lima, Gaceta Jurídica y Constitucionalismo Crítico, 2012, p. 53 – 54.

Naturalmente la Constitución no escapa a tal labor jurisdiccional y es objeto también de una serie de interpretaciones jurisdiccionales. Sin embargo, no toda exégesis de aquella califica como vinculante u obligatoria. En este sentido la jurisprudencia (como fuente del derecho), se ve claramente reforzada con el hecho de que la norma suprema de un Estado, tiene como guardián a un órgano jurisdiccional supremo que, a la vez, tiene la autoridad suficiente para trazar los parámetros de interpretación de aquella a partir de sus sentencias y especialmente mediante la emisión de ciertos pronunciamientos considerados como vinculantes.

En nuestro país dicho órgano está representado por el TC el cual, a partir de su labor exegética de la Constitución, viene interpretando dicho cuerpo normativo (precisando), de manera vinculante, varios de sus dispositivos constitucionales. Es así que a través de estos fallos reiterativos se unifica las decisiones de los jueces, siendo un Tribunal el único organismo capaz de interpretar la Constitución, a pesar de lo tropiezos que ha tenido el Perú para finalmente independizar la Justicia Constitucional.

2.1.- Aspectos conceptuales básicos: el precedente vinculante en la Jurisdicción Constitucional actual

Tenemos una raíz y orientación *legista* o legislativa en cuanto a *las fuentes del derecho positivo*¹⁹¹, porque hay un predominio indiscutido de la ley y se toma en cuenta de modo subordinado tanto la *costumbre*¹⁹² como a la *jurisprudencia*¹⁹³.

¹⁹¹ Se entiende por fuentes del derecho la causa generatriz o productora del Derecho. Por su parte, RODRÍGUEZ MANCINI considera que son “*aquellas formas de producción por medio de las cuales se crean las normas jurídicas*”. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993, p. 71.

¹⁹² Como productora de normas jurídicas, no se tratará de cualquier costumbre sino de la costumbre jurídica, esto es, la “*práctica general, uniforme y constantemente repetida de una determinada conducta por los miembros de una comunidad, con la convicción que se trata de una regla obligatoria*”. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho: Teoría General del Derecho*, 3^{ra} ed., Lima, IDEMSA, 2006, p. 471.

¹⁹³ En general se puede decir que toda jurisprudencia es fuente del Derecho para las partes pues la resolución que ponga fin al conflicto es de cumplimiento obligatorio para ellas. Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico (Introducción al Derecho)*, 8^{va} ed., 6^{ta} Reimpresión, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2006, p. 185. Pero no sólo se toma a la jurisprudencia como fuente del derecho para las partes del

Nuestro sistema jurídico es *neo romanista* y positivista, y esta forma tradicional de entender las fuentes del derecho implica que los jueces aplican la ley, sin crearla; los pronunciamientos judiciales ilustran las normas positivas sólo cuando éstas son obscuras o ambiguas; la obligación de fallar se cumple preferente o exclusivamente por la obediencia de las reglas establecidas, bien por el constituyente, o bien por el legislador; los jueces están *atados* a la ley pero son independientes frente a las sentencias judiciales con las que fallaron casos anteriores, porque la jurisprudencia es considerada como una fuente *secundaria* o *auxiliar* del derecho, que sólo opera en casos de silencio de la fuente primaria; y, finalmente, el derecho se concibe como un complejo de reglas prioritariamente establecidas en normas jurídicas positivas de origen legislativo y codificadas.

De tal manera, lo cardinal del Constitucionalismo Moderno se asienta sobre una base normativa, que es la Constitución, la cual contiene esos derechos y garantías fundamentales del ser humano. La estructura constitucional se ha visto inmersa en una transformación –que en el anterior capítulo ya hacíamos mención- que ha vivido desde dictaduras y totalitarismos, siempre inútilmente afirmados en una legalidad formal resultante de esa concepción deliberante y positivista del Estado, hasta llegar aquel garantismo de derechos que ofrece el

conflicto concreto resuelto, sino también para otros conflictos similares, es decir como precedente vinculante, en cuyo caso se exige que se trate de las resoluciones dictadas por la Corte Suprema (artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial) o el Tribunal Constitucional (artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). De esta forma, un argumento a favor de la jurisprudencia como precedente obligatorio o vinculante para los jueces es que permite aplicar el principio de equidad, es decir, los casos similares serán resueltos en el mismo sentido, lográndose la justicia. Para ellos nuestra legislación interna manifiesta los siguientes. Vide. LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL: Artículo 22°.- *Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.*: “Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial “El Peruano”, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”.

verdadero Estado Constitucional de Derecho¹⁹⁴. Así, que de forma genérica respecto al tema de precedentes, la jurisprudencia constitucional es considerada como fuente secundaria o auxiliar del derecho, que sólo opera en casos de silencio de la fuente primaria o elemental.

2.1.1.- El umbral del precedente constitucional

Hablar del instituto del precedente vinculante en una realidad jurídica que responde históricamente a la tradición o familia romano-germánica¹⁹⁵, es todavía una buena forma de despertar enraizados prejuicios. Más concretamente, afirmar que una sentencia (o parte de ella) pueda ser considerada una fuente de derecho, parece ser mal recibido por los seguidores de las cunas del *civil law*. Inmediatamente, surgen las voces que acusan a tal suceso de significar una usurpación de las competencias del Parlamento (vulneración del Principio de Separación de Poderes), advirtiendo además de que ello supondría importar instituciones del *common law* a tradiciones jurídicas ajenas.

Resumidamente, para reprobar el fenómeno de la creación jurisdiccional de Derecho (con una concepción casuística y empirista: *parámetro normativo*), *algunos*¹⁹⁶ (influenciados seguramente por su formación jurídica acorde con las

¹⁹⁴ Haciendo una retro memoria, importante a lo que vamos a desarrollar, podemos recordar que entre “*el constitucionalismo fue la conquista de los pueblos en su lucha contra el absolutismo monárquico y, desde el punto de vista histórico, representó la culminación de un esfuerzo mil veces secular para convertir el gobierno del más fuerte en un régimen jurídico, expresión de la justicia, en el cual el hombre no se impone al hombre ni se somete al hombre, sino que éste obedece a la ley, al Derecho formulado en normas, como dice tan lúcidamente el jurista español Adolfo Posada (1860 - 1944)*”. BORJA, Rodrigo. *Sociedad, cultura y sociedad*, Quito, Editorial Planeta del Ecuador S. A., 2010, p. 335.

¹⁹⁵ Se basa en la supremacía de la ley como fuente del derecho y la anglosajona se configura como derechos jurisprudenciales en los que la costumbre todavía conserva una importancia ideológica fundamental como justificación y fundamento de la fuente por excelencia de estos sistemas jurídicos. Costumbre, ley y precedentes judiciales son hechos o procedimientos de producción normativa más relevantes.

¹⁹⁶ Como es el caso del congresista ÁNTERO FLORES-ARÁOZ, quien presentó un Proyecto de Ley 14321/2005-CR1, en el que se proponía recortar las facultades del Tribunal Constitucional en materia de interpretación constitucional (tal como, que el TC deje de ser un legislador positivo, es decir, que abandone la tarea de crear derecho —vía interpretación— y que simplemente se dedique a ser un legislador negativo encargado de declarar si una norma es constitucional o no, y nada más) y en su función de supremo y definitivo intérprete de la Carta Política (eliminando la facultad). Igualmente, se tiene conocimiento de parte de la Bancada Fujimorista, representada por el congresista ROLANDO SOUSA, quienes consideraban que el

prácticas) creen suficiente describir la tradición jurídica a la que responde nuestra historia, resaltando la ausencia formal del precedente en sus memorias. Pero en modo alguno aportan un juicio crítico y examinador, situando en la balanza las virtudes o defectos que la institucionalización del precedente constitucional vinculante pueda representar.

En las páginas que siguen se pretende plantear una cierta interpretación de los historiales de la teoría argumentativa del precedente vinculante¹⁹⁷, así como los enraizados prejuicios a su arcaica institucionalización en el Constitucionalismo moderno. En este sentido, en toda visión impera el concepto de que el Derecho, como lo advirtiera ZARATE, es predominantemente un “conjunto de normas establecidas legislativamente en un lugar y tiempo determinado”¹⁹⁸, es decir, una

Tribunal Constitucional se extralimitaba en su labor porque su Ley Orgánica le atribuía algo no reconocido por la Constitución, estableciendo así que sólo por ley y no por la Constitución era supremo interprete, consecuentemente proponiéndose que el Tribunal no sea más considerado supremo interprete. Mientras que, desde el lado de las personalidades mundiales tenemos, al Doctor MICHELE TARUFFO (Profesor de Derecho Procesal en la Universidad de Pavía - Italia), que con su ensayo “Dimensiones del precedente judicial” –*Dimensioni del precedente giudiziario*- se pronuncia sobre la figura del precedente constitucional desconfiando de los ordenamientos jurídicos que, como el peruano, tratan de imponer la práctica de seguimiento al precedente a través de un vínculo formal, es decir por la consagración legislativa de la obligatoriedad del precedente; obra que forma parte de los *Studi Inmemoria di Gino Gorla* (Milán, 1994) y pareció en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Año XLVIII, Nº 2. Además, lo encontramos en “Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria”, expresa su extrañeza respecto a la posibilidad de que el precedente pueda ser formulado mediante reglas abstractas y generales al igual que la ley, en razón de que esta clase de actitud resulta atentatoria al principio de independencia de los jueces; su ensayo se publica en *Studi in memoria di U. Scarpelli* y en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993. Asimismo, están los estudios de GINO GORLA, titulado “Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per l’interpretazione delle sentenze”, en *Il Foro italiano*, 1964.

¹⁹⁷ El precedente como técnica argumentativa “es utilizado, principalmente en la actividad jurisdiccional y consiste en extraer de una resolución jurisdiccional el principio o fundamento que permite la solución del caso, con la finalidad de que sea considerado como regla al momento de resolver otro similar o idéntico, pero posterior. Esto implica un proceso de retroalimentación entre los jueces de primera instancia y los tribunales supremos”. LOZANO TELLO, Jeannette. “¿Hasta qué punto era necesario adaptar el precedente constitucional peruano a nuestra realidad jurídica?”. En *Revista Actualidad Jurídica*, T. 217, Lima, Gaceta Jurídica, Diciembre 2011, p. 178.

¹⁹⁸ ZARATE, José Humberto. *El sistema jurídico contemporáneo*. México D.F., Editorial Mc Graw-Hill, 1997, p. 1. Asimismo, reflexionemos lo que con mucha anterioridad ARSITÓTELES, nos predicaba como concepto análogo del Derecho, la forma de norma: “en un contexto social hay normas que van a regir la conducta del ser humano, y pueden ser de carácter natural o positivo. La norma es la regla y medida de derecho. Esta norma puede a su vez constituir, regular o medir las relaciones jurídicas. Si los derechos son de alguien, lógicamente son exigibles frente a aquel que interfiera en su ejercicio o frente a la posibilidad de interferencia; y, para evitar esa interferencia real hay reglas de respeto”.

definición que empieza invariablemente catalogada como un conjunto articulado y coherente de normas.

Así, el principio fundamental del derecho y sus fuentes que establecen los textos legales inspirados en el Código Civil de Bello¹⁹⁹ y en el Código de Napoleón, es el de la prohibición de que los jueces por medio de sus sentencias *podieran pronunciarse por la vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que se les sometiesen*, como lo señala el art. 5º del Código Civil francés²⁰⁰. De este modo, el único que podía crear derecho a través de la generación e interpretación de la ley, es el legislador y no el juez.

En la concepción que plasman estos textos legales, la “ley” predomina totalmente sobre la costumbre y la jurisprudencia, y esta circunstancia tiene como explicación histórica, el hecho de que en Francia aquello era una forma de creación del derecho propia del *ancien régime*²⁰¹, por lo que los códigos pos-revolucionarios prohibían utilizar la costumbre y la jurisprudencia como fuentes, para impedir que estas fuentes del derecho antiguo usurpen la voluntad general soberana que sólo se puede expresar por medio de la ley²⁰².

La posición antijurisprudencial del legalismo francés fue modificándose con el tiempo en Europa Continental, y desde la mitad del siglo XIX los franceses empezaron a hablar de la *jurisprudencia constante*, mientras los españoles

¹⁹⁹ El Código Civil de las Repúblicas de Chile, Colombia y Panamá (también conocidos como Código de Bello) fue obra del jurista Andrés Bello. Y en el Derecho Civil Comparado, los países de España, Francia, Perú, Paraguay, Japón y Grecia son códigos de gran inspiración para el código civil colombiano de Bello.

²⁰⁰ CASTRO PATIÑO, Nicolás. “Hay que establecer un verdadero precedente constitucional vinculante” en *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, Publicación Semestral, N° 02, Febrero 2009, p. 302.

²⁰¹ Se llama Antiguo Régimen al régimen social y político (fines siglo XVI-fines siglo XVIII) que la Revolución Francesa destruyó. Se considera el reinado de Luis XV, en Francia, como el prototipo del Estado del Antiguo Régimen (A.R.); que ha nacido de la sociedad feudal y que podemos considerar grosso modo como la última pervivencia de una Cristiandad en Europa. BROCOS FERNÁNDEZ, José Martín. *El Antiguo Régimen y la Revolución Francesa*, Libros para la Historia en Libertad, Coordinado por Ángel David Martín Rubio, 2010. [ubicado 20. X. 2008] Obtenido en <http://www.religionenlibertad.com/articulo.asp?idarticulo=9626>.

²⁰² Cfr. CASTRO PATIÑO, Nicolás. “Hay que establecer un verdadero precedente constitucional vinculante”. *op. cit.*, pp. 302 – 303.

hicieron de la *doctrina legal*, expresiones que tradujeron un cambio en la concepción del Derecho. Invariablemente, el resultado fue que comenzó a rehabilitarse el valor normativo de la jurisprudencia, que tuvo en Francia autoridad persuasiva y en España, obligó a los jueces inferiores, hasta el punto de que la violación de la doctrina legal era causal suficiente para cesar el fallo.

Para tal fin, precisamente, surge la idea del precedente constitucional vinculante, que en clave anglosajona determina que un tribunal inferior siempre está vinculado por el precedente establecido por los tribunales superiores, correspondiéndole a aquél determinar que hay *identidad sustancial* entre los casos²⁰³, en virtud de que esta circunstancia es la que da lugar a la obligación de aplicar el precedente vinculante.

La doctrina del *precedente* se remonta a “*los primeros periodos de la historia inglesa, establecida en el siglo XVIII; y observa ser (...) una regla establecida (...) para mantener la balanza de la justicia firme y estable, y no se sujeta a variación con la opinión de cada nuevo juez (...). Convirtiéndose ahora en una permanente “rule” –regla- que no puede ser alterada o modificada por ningún juez posterior de acuerdo con sus sentimientos privados, (...) él -Juez- no ha sido considerado para pronunciar un derecho nuevo, sino para conservar y exponer el viejo*”²⁰⁴. De la misma forma, en retrospectiva a la *doctrina del*

²⁰³ Cfr. LOZANO TELLO, Jeannette. “¿Quiénes son los jueces posteriores en el precedente constitucional peruano?” En *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 57, Setiembre 2012, p. 370.

²⁰⁴ BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, 15th ed., Printed by A. Strahan for T. Cadell and W Davies, London, 1809, Libro Primero, pp. 68 - 69. Citado por TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coord.). *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada*. Arequipa, Editorial Adrus S.R.L., 2009, p. 27. Como bien a recabado Jhonny Tupayachi, todo esto empieza desde el fin de la guerra de independencia en Norteamérica, las colonias se separan de la Corona inglesa, empezando el dilema de mantener el orden jurídico existente a la fecha o el iniciar un nuevo modelo jurídico propio a un Estado naciente, con el reto de llevar a la práctica los grandes principios sobre los que se estructuraba su orden constitucional. El reto principal que tenían era el de “*americanizar el derecho inglés en concordancia con las condiciones que se vivían en Norteamérica*”. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa, *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, Madrid, McGRAW-HILL, 2001, p. 4. Este mismo autor nos narra que “*los historiadores del derecho inglés y norteamericano coinciden en señalar las cuestiones básicas que impulsaron el afianzamiento de la doctrina del precedente actual. En primer término, la existencia de un sistema confiable y eficiente de publicación de sentencias (law reports). La única forma en que se podía predicar la obligatoriedad de las reglas contenidas en las decisiones judiciales previas era si se aseguraba que tales reglas fueran conocidas por todos y que, además, los law*

precedente se ha entendido, que la función totalizadora y global de la ley fue siempre así o, por lo menos, que lo que ahora representa la ley en los estados modernos, es fruto de la marcha del Derecho.

Sin embargo, el antecedente histórico relevante es que aquí aparece la “*modernidad jurídica*”²⁰⁵; ésta entonces, ocasiona el alejamiento del Derecho respecto de la sociedad, en estricto, esta separación tiene como instrumento la reducción del Derecho a la “*legalidad*”²⁰⁶, con el efecto de que aquél se divorcia de los valores sociales. Y que por cierto, se somete a un mandato superior que alcanza contundencia con la *teoría kelseniana* que, a este efecto y condensando la existencia del Derecho a la consistencia de la norma fundamental, se convierte en una enorme corteza que cobija a toda la modernidad jurídica.

*reports fuesen lo suficientemente fiables como para que existiesen diferentes versiones de una misma decisión judicial. Pero además, y sobre todo, la configuración de la doctrina del precedente requería de la sustentación de la concepción iusnaturalista u ortodoxa del common law, según la cual la función de los jueces era descubrir los principios subyacentes en las decisiones judiciales previas y aplicarlos al caso en concreto, por una concepción positivista en la que abiertamente se reconociese que las decisiones judiciales creaban derecho y que el common law era un derecho de creación judicial (judie-made law). El concepto de precedente vinculante solo tiene sentido si se admite que las decisiones judiciales en sí mismas son derecho y, por lo tanto, que el common law no es un derecho separado de tales decisiones. Tanto en América como en Inglaterra, ambas cuestiones fueron evolucionando paralelamente. Lo hicieron a partir de una dialéctica interna muy peculiar: cuanto más estricta se volvía la teoría del precedente, fueron surgiendo law reports más fiable, pero, al mismo tiempo, cuantos más law reports fiables existieron, mayor atención y autoridad le daban los jueces a sus decisiones previas”. Sobre este tema ver: TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coord.). *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada*, op. cit., p. 25 y cita textual a pie de página pp. 26- 27.*

²⁰⁵ “Situación novedosa en aquellos ordenamientos ajenos a la influencia anglosajona, donde el valor del precedente se encuentra devaluado y rige una tradicional cultura legalista”. ABAD YUPANQUI, Samuel, “El precedente en el Derecho Procesal Constitucional Peruano: una indispensable fuente del Derecho”, En *Jus Constitucional*, T. I, Enero 2008, p. 45.

²⁰⁶ En la Europa Continental (durante el siglo XIX), los jueces parten de la premisa, propia de las teorías normativistas, de que el Derecho es un dato, una formalización normativa, abstracta y general que les viene dada. El juez está obligado a fallar de acuerdo con ciertas normas o estándares preexistentes y conocidos por las partes. “*El modelo del juez vinculado, que ante todo viene a fallar de acuerdo con ciertas normas o estándares preexistentes y cuya función es satisfacer unas expectativas que nacen, no de la confianza de sus cualidades personales, sino de unas prescripciones conocidas por las partes*”. PRIETO SANCHEZ, Luis. *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Editorial Tecnos, 1993, p. 13. “(...) para el Juez norteamericano, en cambio, el Derecho es abierto, incompleto y dinámico. Bajo esta perspectiva, función del Juez no puede ser sólo la de aplicar el derecho preexistente, en algunos casos también tendrán que crear derecho nuevo para dar solución jurídica al problema planteado”. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa. , *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, op. cit., p. 64.

A pesar de lo anteriormente dicho, ¿qué se ha perdido en esa traslación a la modernidad? Quizá la salida histórica más trascendente sea que, al convertirse la *ley* en un *acto de voluntad* más que un *acto de conocimiento de la realidad social*, ha ocurrido lo que MAGALONI KERPEL describe como “*el quebrantamiento de la dimensión inteligente del derecho*”²⁰⁷. Los fallos ya no son producto de la comprensión de la realidad social y tampoco del razonamiento consciente que condensa una práctica histórica anterior, sino el juego de voluntades que lleva a que las masas parlamentarias resuelvan aquello que oportunamente les pueda resultar más cómodo para persistir el ejercicio monopólico del poder de aquellos a los cuales les sirve; convirtiéndose en algo que se acepta sin crítica.

Este preámbulo tiene una razón empleada en el análisis central del presente trabajo: *si el divorcio entre el Derecho y la sociedad es en gran medida el elemento histórico responsable de la actual crisis del Derecho, ¿no sería recomendable gestar un Derecho que tenga como punto de partida los fenómenos sociales?*²⁰⁸ Una de las expresiones de la crisis del Derecho en el *civil law*, antes anotada, es que el exceso de la legalidad ha determinado que se haya perdido la *certeza* del derecho, probablemente uno de los objetivos más importantes que debe alcanzar un sistema jurídico. En el *civil law* se ha enfrentado el tema de la certeza con la formulación de *reglas abstractas* que ordenen la vida en sociedad, con la ley. En el “*common law*”²⁰⁹ el mismo problema ha sido enfrentado con la

²⁰⁷ MAGALONI KERPEL, Ana Luisa, , *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, op. cit., p. XX. Para que se explique, “(...) es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual –satisfecho o saciado- diferente de la interpretación jurídica ordinaria (hermenéutica), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales de las normas jurídicas ordinarias. Como ya se ha visto, mientras que las primeras son esencialmente políticas -sustento en la realidad social- (...), las segundas son de básico contenido subjetivo o material, de modo tal que siendo diferentes no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación, pues el resultado resultaría erróneo”. QUIROGA LEÓN, Aníbal., *Los Excesos del Tribunal Constitucional Peruano. A propósito del control concentrado de la Constitución*, 2005, p. 36. [Web Site].

²⁰⁸ “El dinamismo de la realidad social hace que siempre exista una zona de media luz en el derecho que el legislador no puede iluminar a priori. Sin embargo, siendo el common law un derecho preexistente al derecho legislado, se mantiene como un derecho de carácter supletorio: todo aquello que el legislador no reguló expresamente se podrá regular a través de la técnica del common law”. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa, *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, op. cit., p. 67.

²⁰⁹ Institución compleja desarrollada en muchos años, que tiene como antecedente en el *principio de stare decisis* (estar a lo decidido). Donde su jurisprudencia es fuente de derecho. Asimismo, cabe decir, que el filósofo RONALD DOWRKIN (es el teórico constitucional estadounidense que lidera el enfoque moral de la Constitución, pero advierte que existe un contraste paradójico entre la *practica constitucional prevaleciente*,

doctrina del precedente, esto es, vinculado al juez a las decisiones expedidas por ellos mismo y, sobre todo, por sus superiores.

Así, la interpretación del Derecho es una labor indesligable para el juez desde el momento en que debe resolver los conflictos sometidos a su conocimiento²¹⁰. En esa medida, se hace referencia a aquella nueva doctrina de modelo estatal que en teoría jurídica se ha convenido en llamar *Neoconstitucionalismo*, la que tras reconocer la especial peculiaridad de las constituciones a partir de la segunda postguerra mundial derivan importantes consecuencias en torno a la *interpretación constitucional* y a la *posición de los tribunales constitucionales*²¹¹.

Por lo tanto, refiere que la mera subsunción de los hechos en la norma jurídica y el papel pasivo del juez queda de lado para dar paso a un nuevo horizonte del

que confía especialmente en un lectura moral de la Constitución y la *teoría constitucional prevaleciente*, que rechaza esa lectura. Justamente los que critican esa postura se basan en que el discernimiento es fácil en teoría, pero no en la práctica, convirtiéndose en una fuente indeterminada, manipulable y que en definitiva depende del juicio subjetivo de valor de cada juez, por ejemplo, en materias tan controvertidas como el aborto) afirma que: *No es el juez “boca de la ley” del positivismo, sino el juez “Hércules” creador de derecho al interpretar leyes*. Por todo ello, es una creación judicial o jurisprudencial del derecho, a partir de una realidad concreta (en dialogo con la sociedad), más sensible a los cambios, de elaborar el derecho. Cfr. BARKER, Robert S., *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2005, p. 187.

²¹⁰ Al respecto, HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Madrid, Dykinson, trad. J. Brage Camazano, 2003, pp. 33-40. “(...) el juez que debe examinar en cada caso lo exigido o prohibido socialmente, ha de atenerse, como resulta de la naturaleza de la cosa pero también según lo prescrito en el artículo 1.3 de la Ley Fundamental, a aquellas decisiones valorativas fundamentales y a los principios sociales del orden que encuentre en los artículos sobre derechos fundamentales de la Constitución (...)”. CRUZ, Luis M. “La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al Neoconstitucionalismo”, *Revista de Fundamentación Jurídica DÍKAION*, Año 23, Nº 18, Diciembre 2009, p. 20.

²¹¹ Cfr. FIGUEROA GUTARRA, Edwin. “Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional: ¿hacia nuevos horizontes en el Derecho?”, *Revista Jurídica del Perú*, Nº 117, Noviembre 2010, pp. 45 y 47. “*La definición más óptima de Neoconstitucionalismo la brinda, (...), Luis Prieto Sanchís [Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, 2001], para quien esta novísima expresión del tradicional Estado Constitucional implica un cierto tipo de Estado de Derecho, (...) una Teoría del Derecho (...) y una ideología que justifica o defiende la fórmula política designada. (...) Así, en el Estado neoconstitucional se varían los supuestos de antaño sobre la forma del Estado, se redefine la fórmula política hacia una concepción más garantista sobre las demandas de los derechos fundamentales y se replantea la forma de resolver las controversias constitucionales*”. Así mismo, invitamos a la revisión de los apartados de los siguientes autores: CASTILLO ALVA, José Luis & CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El precedente judicial y el precedente constitucional*, op. cit., pp. 175 – 181; CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional” en TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coord.). *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada*. op. cit., pp. 624 – 627.

Derecho²¹², en el que cobra protagonismo tanto el TC como los criterios interpretativos de la ponderación y los principios de interpretación constitucional o en el control constitucional abstracto.

Contrariamente de que el *civil law* ha adquirido la calidad de valor, entendida la tesis de que *el juez crea derecho cuando resuelve un caso*, queda claro del mismo modo que la afirmación sobre plenitud del ordenamiento jurídico es sólo una *ficción* (es decir, algo que se acepta sin crítica) que sostiene la eficacia del *civil law*; siempre será inevitable que el interprete –entre ellos los jueces de preferencia- cubra los vacíos. Esta función creadora resulta vital mostrarse de acuerdo a que la ley no sólo está desvalida de alternativas, sino que regularmente no se desplaza al compás del cambio social. Por esta razón, no es excepcional advertir como en muchos sistemas del *civil law* que la *jurisprudencia*²¹³ es la que incorpora figuras jurídicas casi en simultáneo con lo que ocurre en el *common law*.

De ahí que, normalmente se exponga la necesidad de pretender una adaptación óptima de la doctrina argumentativa del precedente vinculante, por la extrema necesidad de referir un Derecho que sea *previsible* para sus usuarios, pero que a su vez tenga suficiente *flexibilidad y dinámica* de las reglas como para enfrentar con fallos justos los diferentes retos de una sociedad en constante cambio²¹⁴. Entonces, cuando indagamos en la posibilidad de obtener consecuencias efectivas de la doctrina del precedente, estamos admitiendo que la *certeza* sigue

²¹² Vide. STC. N° 0030-2005-AI/TC, de 10 de febrero de 2006, Fundamento 40: “*La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51°), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38° y 45°). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución)*”.

²¹³ Entendiéndose como un “*conjunto de criterios y orientaciones que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales han sido establecidos en las resoluciones tanto del Tribunal Constitucional como de las máximas instancias del Poder Judicial, para la aplicación e interpretación de la Constitución*”. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, “Precedente Vinculante”, *op. cit.*, p. 39.

²¹⁴ Una concepción instrumental del Derecho que significó exigir a los jueces que se involucrasen en la reforma del derecho y elaborasen consideraciones sustantivas de carácter extranormativos, buscando así configurar un nuevo orden jurídico a través de un proceso de casuística judicial flexible y dinámica. Cfr. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa. *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, *op. cit.*, p. 12.

siendo, a pesar de los actuales tiempos modernos, un valor que debe ser perseguido y obtenido, sin renunciar a un derecho que no se colme en fundamentos que se respetan sólo por su antigüedad.

Aquí cabe cuestionar, entonces, si el *precedente*²¹⁵ en los sistemas del *civil law* debe ser un dato estadístico a tener en cuenta, o un valor formal previamente establecido por la norma, o un efecto vinculante sobre los jueces inferiores de quien expidió la regla o finalmente, una técnica que debe ser incorporada sin prescindir de presupuestos que requiere necesariamente.

Algo que también se hace manifiesto en la doctrina del precedente vinculante es que uno de los fenómenos más relevantes de los ordenamientos constitucionales actuales ha sido la universalización de la jurisdicción constitucional, en sus lineamientos fundamentales²¹⁶. Hoy en día se señala la creciente aproximación de los dos sistemas clásicos y se advierte, por una parte, que el régimen de la *Judicial Review* norteamericana se ha acercado en forma muy apreciable al modelo europeo continental, debido a la institución de la autoridad del precedente que se adopta con la existencia de un órgano jurisdiccional supremo para todo el ordenamiento jurídico, y que además, ha culminado con otorgar a las sentencias de este último, así sea de manera indirecta, efectos generales o *erga omnes*, bien

²¹⁵ “*El precedente vinculante se configura como una auténtica norma, como una conjunción de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, al igual que las demás normas*”. Se trata, según puede advertirse, de una noción amplia que excluye eventuales restricciones como las que podrían derivarse de atribuir el valor de “precedentes” sólo a las decisiones emanadas de las cortes supremas respectivas, o que expresen criterios “reiterados” en otras decisiones, o que estén “firmes” (esto es que gocen del status de la *res iudicata*), o que hayan sido publicadas. Cfr. TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coord.). *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada. op. cit.*, pp. 28 – 29.

²¹⁶ Los dos polos opuestos de los sistemas de justicia constitucional, en el que el modelo norteamericano calificado como difuso tiene una vía prejudicial que solo puede proponerse por las partes y en ocasiones por el juez en una controversia concreta, sus efectos son especiales para la desaplicación de las normas legislativas aplicables en relación con las partes en el proceso y de una naturaleza declarativa que implicaba la declaración de certeza retroactiva de la decisión. Por el contrario el modelo continental europeo, denominado como concentrado, de manera que es ejercido el control por un único y especial órgano constitucional, al cual se accede por vía principal y cuestiona la legitimidad constitucional de las normas legales impugnadas sin tomar en cuenta una controversia concreta; sus efectos son generales y tienen carácter constitutivo pues valen para el futuro, pero se respeta para el pasado la validez de la ley inconstitucional. Cfr. FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI: la quiebra de la bipolaridad sistema americano-sistema europeo-kelseniano y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad*, pp. 1 - 3 [ubicado el 12. IV. 2011]. Obtenido en www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artjurisdiccionconstitucional/at_download/file.

diferentes a la mera desaplicación en el caso en concreto, procurando articularlas de manera dinámica²¹⁷, con lo cual en la práctica este tipo de resoluciones ha dado la eficacia del precedente en términos semejantes al *modelo norteamericano*.

Definitivamente, de esta manera, es normal comprender que algunos pueblos hispanoamericanos hayan adoptado, al presente, una *mixtura* o una *dualidad* de los dos modelos tradicionales de control constitucional, como de las figuras y prácticas de ambos sistemas. No sólo en Hispanoamérica sino en el mundo entero. Justamente, el valor del precedente vinculante que tradicionalmente constituye un rasgo característico en los países del *common law*, poco a poco se ha propagado hacia los países de *tradición romano-germánico*. Una de las manifestaciones de esta hibridación aparece cuando las jurisdicciones constitucionales concentradas progresivamente han venido incorporando instituciones con arraigo en el sistema del *common law*.

Esto sucede precisamente con la fuerza vinculante del precedente constitucional vinculante, que fue creado por el sistema jurídico anglosajón y ha tenido especial eco en los países derivados de la doctrina del *stare decisis* en la práctica judicial de los Estados Unidos; si bien con ciertos acondicionamientos, no sin cierta polémica y complicaciones que la acompañen.

Por esa razón, la figura del precedente vinculante se encuentra enraizada en el sistema anglosajón, donde la jurisprudencia expedida por los órganos jurisdiccionales debe ser obligatoria tanto para ellos mismos como para los jueces de nivel inferior. Sin embargo, no son pocos los ordenamientos de tradición romano-germánica que consagran normas expresas en las que regulan la institución del precedente vinculante. Actualmente el precedente vinculante se

²¹⁷ “(...) la óptica dinámica del sistema jurídico americano, lo relevante es explicar el modo como las decisiones judiciales van desarrollando el derecho (...), la doctrina del precedente constituye la herramienta jurídica básica para penetrar en el mundo de las decisiones judiciales y descubrir cómo el derecho se mueve bajo ciertos patrones de orden (...) que van desarrollando y transformando el derecho al ritmo de los cambios sociales, políticos y económicos”. Cfr. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa. *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, Op. Cit, p. XXVII.

aplica en el Perú, España y Alemania, por aparecer reguladas tales facultades en las leyes orgánicas de sus Tribunales Constituciones. En México también aparece en su Ley de Amparo; en Colombia por creación jurisprudencial y en el caso brasileño por una enmienda ha quedado establecido que la jurisprudencia constitucional sea vinculante.

La recepción del precedente vinculante en el Perú ha significado contar con una herramienta distinta de aquella originaria del modelo norteamericano y de la clásica jurisprudencia de la tradición romano-germánica que conocemos mejor. Así lo entendió el TC al recibir del legislador la breve previsión sobre el precedente vinculante contenida en el art. VII del TP. del CPCCont.²¹⁸. El colegiado se encargó de definirlo, regularlo y precisarlo, dándole un sentido a su presencia en el ordenamiento: *“la incorporación de la técnica del precedente constitucional en nuestro Derecho comparte la necesidad de fijar parámetros que respondan a nuestro contexto y a nuestra tradición jurídica”*²¹⁹. Esto, en el marco de que el Tribunal Constitucional en el Derecho Procesal vigente es auspiciado por la *autonomía procesal constitucional*^{220,221} que preconiza.

²¹⁸ Cfr. TITO PUCA, Yolanda Soledad. “Cómo vincula el precedente constitucional vinculante”. En *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*, 1^{ra} Edición, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2011, pp. 114 - 115.

²¹⁹ Vide. STC. N° 03741-2004-PA/TC, de fecha 14 de noviembre de 2005, Fundamento 38.

²²⁰ Este principio establece una potestad del juez constitucional para la interpretación e integración de las normas procesales constitucionales. De esta manera, la autonomía procesal constitucional denota *“la potestad de creación judicial del derecho, más específicamente, la potestad de creación judicial del derecho procesal constitucional. Se trata de la creación de derecho procesal constitucional, pero no derecho constitucional sustantivo. En tanto se trata de creación judicial, ella viene a ser el producto del ejercicio de función jurisdiccional y, por ello, son las resoluciones (autos y sentencias) los medios a través de los cuales se crea ese derecho procesal constitucional”*. Este principio, apareció en el contexto del derecho procesal constitucional y tuvo lugar en el ámbito de la jurisprudencia constitucional alemana (1950). Cfr. MENDOZA ESCALANTE, Mijail. “La autonomía procesal constitucional”, en *Justicia Constitucional*, Diplomado de Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, Núm. 4, 2007, pp. 1 y 4.

²²¹ Al respecto, ha señalado el Tribunal Constitucional que: Por lo demás, la potestad de crear ex novo reglas procesales, con el objeto de suplir, completar o perfeccionar el ordenamiento procesal constitucional, es una potestad que este Colegiado ha asumido como doctrina jurisprudencial en un sinnúmero de resoluciones. Así, en la RTC 0020-2005-PI/TC se ha sostenido que: *“El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia, en el marco de los principios generales del Derecho Constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales”*. En dicha resolución se plantearon en forma enunciativa los temas que podían ser regulados por la autonomía normativa del Tribunal Constitucional, al haberse señalado que:

2.1.2.- Definición y apología de su realidad.

El sustantivo *precedente* se refiere a una fase de creación del derecho distinta y posterior a la de su configuración dispositiva. Por esta razón, la producción normativa no se agota en la configuración dispositiva. Posteriormente, el órgano de aplicación debe asignarle un significado a la disposición, para resolver el caso, utilizando para el efecto la interpretación o la integración del derecho.

KELSEN, sostuvo que la interpretación: *“es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a un norma inferior, y que en el caso de la interpretación de una ley se trata de saber cómo aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer”*²²². Y

“El espectro es bastante amplio, por ejemplo respecto a plazos, emplazamientos, notificaciones, citaciones, posibilidad de modificación, retirada, acumulación y separación de demandas, admisibilidad de demandas subsidiarias y condicionales, derecho por pobre, procedimiento de determinación de costas, capacidad procesal, consecuencias de la muerte del demandante, retroacción de las actuaciones y demás situaciones que, no habiendo sido previstas por el legislador, podrían ser el indicio claro de la intención del mismo de dejar ciertas cuestiones para que el Tribunal mismo las regule a través de su praxis jurisprudencial, bajo la forma de principios y reglas como parte de un pronunciamiento judicial en un caso concreto”. Es en esta perspectiva que la decisión de suplir el vacío normativo indicado, a través de la modificación reglamentaria (lo que le otorga un mayor grado de seguridad jurídica), es desde todo punto de vista legítima y no puede ser cuestionada, en base a argumentos que en muchos otros casos son aceptados con toda naturalidad. Así, por ejemplo: a) El recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional creado mediante la RES. recaída en el Exp. N.º 00168-2007-Q/TC. En aquella ocasión se utilizó la autonomía normativa del Tribunal Constitucional para “realizar un redimensionamiento del recurso de agravio constitucional” que significó ampliar los alcances del artículo 202º de la Constitución, b) Otro caso fue el recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Poder Judicial creado mediante la RES. recaída en el Exp. N.º 00201-2007-Q/TC. En esta oportunidad se utilizó la autonomía normativa del Tribunal Constitucional para realizar, por segunda vez, un redimensionamiento del recurso de agravio constitucional. Se consideró que *“de manera excepcional puede aceptarse la procedencia del RAC cuando se trata de proteger la ejecución en sus propios términos de sentencias estimatorias emitidas en procesos constitucionales (...) para quienes lo han obtenido mediante una sentencia expedida por el Poder Judicial”*, pese a que la Constitución y la ley no lo permiten, c) Asimismo, la figura del partícipe en el proceso de inconstitucionalidad creado mediante la RTC N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (Acumulados). Al respecto, en la RTC 0006-2009-PI/TC el Tribunal Constitucional reconoce que *“a partir del principio de autonomía procesal, el Tribunal Constitucional ha incorporado la figura del partícipe constitucional [fundamento 23 de la STC N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC], el mismo que se incorpora al proceso, sin ser actor, en atención a las funciones que la Constitución les confiere y su funcionalidad en el proceso es la de aportar una tesis interpretativa que enriquezca los puntos de vista que el Tribunal deberá evaluar”*. Vide. STC. N.º 00228-2009-PA/TC-LA LIBERTAD, Caso Flor de María Ibáñez Salvador, de fecha 18 de abril de 2011, Fundamento 03.

²²² KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México D.F. 1983.

GARCÍA MAYNES, al referirse al proceso de integración dice: “cuando el juez llamado a resolver una controversia descubre que las reglas interpretativas son impotentes para ofrecerle la pauta de solución que busca, tiene, para cumplir su misión específica, que formular la norma aplicable al caso o, lo que es lo mismo, debe dejar de ser intérprete para asumir un papel muy semejante al del legislador”²²³. Es decir, el juez tiene siempre el deber de resolver las controversias y la insuficiencia o falta de ley, no lo releva del cumplimiento de tal obligación.

Fue por esto que COSSIO afirmó que “el juez debe juzgar siempre porque es juez, es decir, porque así es su ontología”²²⁴. De ahí que cuando se habla de precedente se alude a la norma que crea el juez para resolver el caso planteado, la misma que debe servir para resolver un caso futuro sustancialmente análogo, siempre que se trate de un precedente vinculante²²⁵. Precisamente, el adjetivo vinculante entraña la fuerza con que se proyecta la creación de la norma para la solución de los casos futuros, sustancialmente idénticos aquél en el que fuera establecido.

La noción vinculante guarda relación con el concepto de fuente del derecho, entendida ésta como “aquellos hechos o actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”, según la predicación de BOBBIO²²⁶. Subsiguientemente, estamos frente a un precedente vinculante

²²³ GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Introducción al Estado del Derecho*, 7ª Ed., México D.F., Editorial Porrúa, p. 366.

²²⁴ COSSIO, Carlos. *La plenitud del ordenamiento jurídico y la interpretación judicial de la Ley*, 2ª Ed., Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1947, p. 59.

²²⁵ El adjetivo vinculante entraña la fuerza con que se proyecta la creación de la norma para la solución de los casos futuros, sustancialmente idénticos a aquél en el que fuera establecido. De lo mismo, más detalladamente, lo explica ARAGÓN REYES, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 17, 1986, pp. 110 y ss.; “Las normas son un parámetro de decisión indisponible y preexistente para el juzgador, (...) gran parte del debate en torno al problema de la interpretación legal y constitucional se centra en la búsqueda de cánones de valoración objetivos y de criterios predeterminados de composición de esos cánones, de tal forma que la interpretación y aplicación del derecho por los jueces no sea una mera decisión política”. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa, *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, op. cit., p. 65. La actividad judicial por lo general presupone que existe un enunciado normativo previo que comprende el supuesto de hecho y que, además, a través de la actividad interpretativa, es posible atribuir un significado a ese enunciado.

²²⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Editorial Temis, 1987, p. 158.

cuando la norma creada a nivel jurisdiccional se incorpora al derecho objetivo, con carácter general, obligando a los operadores jurídicos a aplicarla, siempre que quede identificado el cumplimiento de su supuesto normativo.

Con la Constitución vigente, no consta que el Congreso pueda interpretar la Carta Magna, aunque tiene atribución para hacerlo con la ley, como puede consultarse en el art. 102º, Inc. 1²²⁷, de la CPP. Así mismo, en los arts. 201²²⁸ y 202²²⁹, las normas establecen que el TC es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia y que genera jurisprudencia vinculante en materia constitucional (lo que en parte satisface nuestra aspiración que realmente va más allá), pues se trata de que se incluya en nuestro sistema jurídico el instituto del precedente constitucional vinculante como una fuente del derecho²³⁰; advirtiendo que no es lo mismo el concepto de precedente constitucional vinculante y el de jurisprudencia vinculante (que es el concepto al que se refiere la Constitución).

Por consiguiente, negativa es la posibilidad de asumir una concepción del derecho que tenga como único referente a la Constitución y a la ley, porque en ese escenario no se tendría en cuenta la textura abierta y muchas veces indeterminada de la Constitución, y entrañaría renunciar a que ésta sea expresión del pluralismo que se concreta en la vida diaria por la vía de la interpretación.

²²⁷ Vide. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 44º.- “Son atribuciones del Congreso. 1.- Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes”.

²²⁸ Vide. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 201º.- “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. (...)”.

²²⁹ Vide. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 202º.- “Corresponde al Tribunal Constitucional: 1.- Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. 2.- Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. 3.- Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley”.

²³⁰ Vide. STC. N° 00047-2004-AI/TC, del 08 de mayo de 2006, Fundamento 15. “La fuerza vinculante de los precedentes constitucionales significa entrelazar y armonizar el pasado con el futuro, de tal modo que los jueces de la constitucionalidad adapten el contenido de la doctrina y resuelvan nuevos conflictos en la materia, sin desconocer o ignorar los principios y reglas establecidos por los jueces que les precedieron. (...) el stare decisis hace que la interpretación y aplicación de la Constitución se convierta en un proceso colectivo e histórico, en el cual convergen las diversas ideologías y posiciones de los miembros que van conformando el Tribunal a lo largo del tiempo”. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa, *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, op. cit., p. 206.

No olvidemos que el Estado Constitucional de Derecho es en esencia *Estado de la Jurisdicción*, en cuanto en la jurisprudencia reside el resguardo último de los derechos fundamentales, como lo proclamó HÄBERLE²³¹. Tampoco olvidemos que cuando la jurisdicción constitucional resuelve casos en los que debe hacer frente a las decisiones del Estado, puede ser un poder contra mayoritario, que lejos de representar es una amenaza para la democracia, que confiere su razón de ser.

Éste es el motivo por el que las dictaduras no soportan vivir con Cortes, Tribunales²³² o Jueces constitucionales “*independientes*”, porque ante los asaltos del dictador, o frente al ejercicio de un poder concentrado y autocrático, los derechos fundamentales hablan a través de los jueces, por lo que conviene mejor silenciarlos.

En consecuencia, hay que hacer una apuesta a firme por los jueces y su labor creadora en la jurisprudencia. Sólo así habremos dado un paso mayor en la reestructuración profunda de nuestras fuentes del derecho: el precedente constitucional vinculante constituirá en ese escenario medio idóneo para conseguir la realización plena del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley, a la predictibilidad y a la seguridad jurídica²³³.

²³¹ Cfr. HÄBERLE, Peter, *El estado constitucional*, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie doctrina jurídica N° 47, 2003, p. 55. Para ampliar una definición y finalidad de la *jurisdicción* recomendamos la lectura de FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI: la quiebra de la bipolaridad sistema americano-sistema europeo-kelseniano y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad*, *op. cit.*.

²³² A continuación detallamos algunos de los principales Tribunales Constitucionales de América Latina y Europa: Tribunal Constitucional del Perú, Tribunal Constitucional de Bolivia, Tribunal Constitucional de Chile, Corte Constitucional de Colombia, Conseil-Constitutionnel Francia, Tribunal Constitucional Alemán, Tribunal Constitucional Austríaco, Tribunal Constitucional de España, Corte Constitucional de Italia, Tribunal Supremo de los EE.UU., Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

²³³ Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Caso Colegio de Notarios de Junín (Exp. N° 0016-2002-PI/TC, de fecha 30 de abril de 2003), ha sostenido lo siguiente: “(...) *la predictibilidad de las conductas (en especial, la de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad (...)*”. DONAYRE MONTESINOS, Christian. “Precedente constitucional vinculante a la peruana: algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional”. En *Justicia Constitucional: Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Año III, N° 5, Lima, Palestra Editores, Enero – Junio 2007, p. 103.

Entonces, la expedición de un precedente, según ETO CRUZ, constituye la cristalización de un *proceso racional de argumentación* que se refleja en la sentencia, y que el juez asume como lo suficientemente correcto para su aplicación a otros casos similares. Es la expresión jurídica del *principio kantiano universal*, según el cual uno debe estar convencido de la *validez moral universal* de una conducta, a fin de estar dispuesto a comportarse de acuerdo a ella con cualquier interlocutor ocasional²³⁴.

De esta forma, el TC, jurisprudencialmente ha definido al precedente como *“aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal decide establecer como regla general; y, que por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza análoga. En este contexto (...) la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos, con efecto similar a una ley”*²³⁵. Lo que nos evidencia que el propio TC es el que decide qué parte de su sentencia es vinculante (con alcances generales).

Al respecto, cabe señalar que el TC en el caso Ramón Salazar Yarlenque [STC. N° 3471-2004-PA/TC] ha establecido que *“el precedente es una técnica para la adecuación de la jurisprudencia permitiendo al mismo tiempo que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia ha ido delimitando paulatinamente (...)”*. El precedente queda inserto en el derecho objetivo, desplegando como bien afirma RODRÍGUEZ SANTANDER, *“la fuerza general que le es inherente. Por ende, tiene por su*

²³⁴ Cfr. ETO CRUZ, Gerardo. “Presentación del Libro”. En *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada*. op. cit., p. 10.

²³⁵ En “Municipalidad Distrital de Lurín” (Exp. N° 0024-2003-AI/TC) o las precisiones hechas a las mismas en “Salazar Yarlenque” (Exp. N° 3741-2004-AA/TC). Preocupa entonces que el criterio esbozado primero en “Teodorico Bernabé Montoya” (Exp. N° 03173-2008-PHC/TC) y consolidado en “Provías Nacional” (Exp. N° 03908-2007-PA/TC). Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En *Palestra del Tribunal Constitucional*, Año II, N° 04, Lima, Palestra Editores, Abril 2007, p. 581.

*condición de tal efecto similar a una ley*²³⁶. Consecuentemente, solo los jueces del PJ quedan vinculados a los contenidos de los precedentes vinculantes, es decir, quedan obligados a interpretar los dispositivos constitucionales del modo como lo haya establecido el TC en el precedente constitucional vinculante.

Pues bien, lo que precedente vinculante significa es que, en el futuro, y mientras el precedente no se anule, los tribunales vinculados que apliquen esa misma norma a casos en los que se den circunstancias iguales o similares en lo que importe –y en los que no concurra algún dato adicional que haga que el problema interpretativo sea de otra apariencia- dicha norma ha de ser aplicada bajo aquella misma interpretación, con aquel mismo sentido establecido en la decisión anterior que vale como precedente²³⁷.

Un precedente será considerado como constitucional en la medida en que para efectos de la creación de la norma o regla jurídica que contiene, hayan participado los dispositivos constitucionales²³⁸. Así, podría ser que el precedente se establezca con la sola interpretación de la Constitución, o se derive de la interpretación de la ley con el marco constitucional o de omisiones evaluadas a la luz de los dispositivos constitucionales²³⁹.

²³⁶ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos. En estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007, p. 57. Citado por: GARCÍA TOMA, Víctor, “Las sentencias constitucionales: el precedente vinculante”. En *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada. op. cit.*, p. 55.

²³⁷ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Precedente constitucional y Neoconstitucionalismo: a propósito de un trabajo de Fernando Velezmoro”, *op. cit.*, p. 282.

²³⁸ En efecto, de ahí que es importante distinguir entre precedente constitucional, precedente legal y el precedente en el *Common Law*. Así, se alude al primero cuando la norma jurídica ha sido creada por el juez al momento de aplicar la Constitución como norma decisoria del litigio. Estaremos ante un precedente legal, si se acudió al derecho legislado para tal efecto, y si más bien fue establecida en base a las decisiones del *common law*, se trata de un *common law precedent*. Sobre el particular puede revisarse: MAGALONI KERPEL, Ana Luisa. , *El precedente constitucional en el sistema norteamericano, op. cit.*, pp. 31 – 32. De ahí que, quizá las principales diferencias entre el precedente constitucional previsto en el artículo VII del Código Procesal Constitucional peruano y el precedente propio del *common law* sean: en primer lugar, que está regulado en una norma jurídica escrita, es decir, en la ley, y, en segundo término, que mientras en el precedente del *common law*, es al juez posterior a quien corresponde determinar la *ratio decidendi* que servirá de norma aplicable para los futuros casos análogos, en nuestro país, la regla es precisada por el propio Tribunal Constitucional.

²³⁹ Cfr. DONAYRE MONTESINOS, Christian. “Precedente constitucional vinculante a la peruana: algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional”, *op. cit.*, p. 106.

2.1.3.- Fundamentos cardinales al interior del Precedente Constitucional Vinculante.

2.1.3.1.- El Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución.

Esta es tal vez la formación más frecuente en la jurisprudencia principal y constituye la premisa principal de la mayoría de sus actuaciones y resoluciones. No por nada esto se sostiene expresamente en la propia STC. N° 04853-2004-PA/TC: “*la posición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete guardián de la Constitución y de los derechos fundamentales*”²⁴⁰. Por ello, dadas las innumerables veces en las que se ha verificado censuras y reparos a las funciones interpretativas del TC referentes al control de la Constitución, y sobre todo alrededor de la existencia de extralimitaciones, estas han significado una controversia entre los jueces, en tanto se ha advertido su carácter aplicativo obligatorio como categoría *sui generis* respecto de la interpretación jurídica en general.

Sin embargo, las observaciones son incompatibles a la juricidad propia de la actividad interpretativa, ello, porque no es posible controlar la Constitución, sin realizar una *actividad interpretativa*²⁴¹ previamente. Cómo saber si una ley

²⁴⁰ Vide. STC. N° 04853-2004-AA/TC, del 19 de abril de 2007. Asimismo, puede revisarse la STC. N° 0050-2004-PI/TC (acumulados), de fecha 03 de junio de 2005, Caso Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c/. Congreso de la República (*Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530*): “*El Tribunal Constitucional, dada su condición de supremo intérprete de la Norma Fundamental, sustenta la validez funcional de su actuación justamente en la naturaleza de la Constitución. Desde el punto de vista estructural y funcional, la Constitución es la norma que fundamenta el sistema jurídico y político democrático. En tal sentido, se proclama la dualidad jurídico-política de la Norma Suprema. Por lo tanto, la Constitución no solamente es una norma de rasgo eminentemente jurídico, sino que el fortalecimiento del régimen democrático irá condicionando su validez y eficacia*”.

²⁴¹ El Doctor DÍEZ PICAZO manifiesta que: “*la interpretación constituye una operación jurídica básica dentro del conjunto de actividades que con llevan a la aplicación del Derecho por parte del Juez, y tiene siempre por objeto precisar el sentido y alcance de una disposición. Dicha operación siempre sitúa al intérprete ante una serie de opciones y variantes y, según se diga en uno u otro sentido, la solución del caso puede ser diferentes*”. DÍEZ-PICAZO, Luís María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2da Ed., Madrid, Editorial Thomson, 2005, p. 325. Asimismo, recomendamos, para la expansión del tema, la lectura de los siguientes libros: ORTEGA GOMERO, Santiago (editor). *Interpretación y razonamiento jurídico*. Lima, ARA Editores, 2009; GUASTINI Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México D.F., Editorial Porrúa, 2000; GASCON ABELLAN Marina y GARCIA FIGUEROA Alfonso. *La Argumentación en el*

contraviene o no la Constitución, cuando ésta tiene en su mayoría formulas abiertas, cómo saber si una ley vulnera o no el derecho a la igualdad, si la Constitución simplemente dice que todos somos iguales; cómo saber, por ejemplo, si una ley que dispone que está permitido desconectar a un enfermo terminal del respirador artificial, vulnera o no la Constitución, si solamente la Constitución dice que todo tenemos derecho a la vida.

Para poder controlar, hay que determinar primero qué manda la Constitución, y para determinar qué manda la Constitución hay que interpretarla, es decir, hay que “asignar normas a las disposiciones de la Constitución”²⁴². Consecuentemente, si eres el supremo controlador necesariamente serás supremo interprete de la Constitucionalidad, y eso proviene del propio mandato constitucional²⁴³. El propio Constituyente le ha dicho al TC que en su oportuna

Derecho. Lima, Palestra Editores, 2003; ITURRALDE SESMA, Victoria. *Sistema jurídico, validez y razonamiento judicial*. Lima, ARA Editores, 2010 y CASTILLO ALVA José Luis, LUJAN TUPEZ Manuel y ZAVALETA RODRIGUEZ Róger. *Razonamiento judicial, Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*. 2da Ed., Lima, ARA Editores, 2006.

²⁴² CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La vinculación a las interpretaciones del Tribunal Constitucional” en *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 03, Marzo 2008, p. 196.

²⁴³ En contra de lo que algunos consideran, la condición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, no emana en última ratio de lo previsto por el artículo 1° de su Ley Orgánica, pues éste no es sino una plasmación a nivel legal de una previsión que emana de la propia sistemática constitucional. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos. En estudios al precedente constitucional. op. cit.*, p. 58. “En efecto, si es a través de los procesos constitucionales (artículo 200° de la Constitución) que se garantiza jurisdiccionalmente la fuerza normativa de la Constitución, y es (el Tribunal Constitucional) el encargado de dirimir en última (en el caso de las resoluciones de denegatoria expedidas en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento) o única instancia (procesos de inconstitucionalidad y competencial) tales procesos (artículo 2003° de la Constitución), resulta que al interior del Poder Jurisdiccional –llamado a proteger en definitiva (artículos 138° y 200° a 204° de la Constitución) la supremacía normativa de la Constitución (artículo 38°, 45° y 51° de la Constitución)- el Tribunal Constitucional es su órgano supremo de protección (artículo 201° de la Constitución) y, por ende, su supremo intérprete. No el único, pero sí el supremo. Es por ello que así lo tiene estipulado actualmente el artículo 1° de su Ley Orgánica –Ley N° 28301- y el artículo 1° del Reglamento Normativo. Y es por ello que el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, luego de recordar el poder-deber de los jueces de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución (artículo 138° de la Constitución), establece que no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por este Colegiado en un proceso de inconstitucionalidad, y que deben interpretar y aplicar 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. Éstas no son creaciones ex novo del legislador del Código Procesal Constitucional, sino concretizaciones de un interpretación conjunta de los artículos 138°, 201° y 203° de la Constitución”. Cfr. STC. N° 0030-2005-PI/TC, del 13 de Febrero del 2006, Fundamentos 46 y 47.

entidad recae el control de la Constitución y además se ha de entender de modo supremo porque es él que tiene mayores facultades para realizar el control²⁴⁴. Por ende, se ha de reconocer en él, también, la posición de supremo intérprete.

El TC tiene como situación jurídica ser supremo intérprete y supremo controlador de la Constitución²⁴⁵. El PJ también controla e interpreta la Constitución²⁴⁶, pero no de modo supremo. Por eso es que tiene sentido, y nos es posible hablar de jurisprudencia vinculante del TC; de este punto se finiquita que la jurisprudencia constitucional (en las que se contiene las interpretaciones de la Constitución) vinculan al controlador secundario, que son los jueces²⁴⁷. La pregunta, difícil de responder y que es objeto del presente análisis es ¿qué significa esa vinculación del juez, y en general de todos los operadores jurídicos, a la jurisprudencia vinculante del TC? Por ahora sólo se advierte que debe existir algún tipo de subordinación, pero no una subordinación vía administrativa ni propiamente jurisdiccional, sino una subordinación sólo como controlador e intérprete de la Constitución²⁴⁸.

²⁴⁴ Entre los cimientos del control difuso, que datan desde 1788 en el que se publicó lo siguiente: "(...) *los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales (...)*". HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John. *El Federalista*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 332. Citado por RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos. En estudios al precedente constitucional. op. cit.*, p. 46.

²⁴⁵ Una consecuencia necesaria de que el Tribunal Constitucional es supremo intérprete de la Constitución, es que nadie, por encima de él, puede emitir juicios de constitucionalidad. Si reconocemos que alguien, por encima de él, puede emitir juicios de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, entonces éste ya no sería supremo intérprete.

²⁴⁶ Esta base parte de reconocer que si bien los preceptos constitucionales pueden ser interpretados por diversos agentes, son el Tribunal Constitucional y los magistrados del Poder Judicial los llamados a hacerlo de modo vinculante, en la medida en que se trate en ambos casos de comisionados del Poder Constituyente. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 2^{da} Edición, Madrid, Civitas, 1991, pp. 197 – 2005.

²⁴⁷ Cfr. CANALES CAMA, Carolina. "Eficacia y cumplimiento de las Sentencias del Tribunal Constitucional", en ETO CRUZ, Gerardo (Coord.). *La Sentencia Constitucional en el Perú*, 1^{ra} Ed., Lima, Editorial Adrus, Centros de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2010, p. 130.

²⁴⁸ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "¿Activismo extralimitado del tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del tribunal Constitucional" en *Palestra del Tribunal Constitucional*, Revista mensual de Jurisprudencia, Año 02, N° 24, Abril 2007, p. 581.

La consideración de supremo intérprete, en opinión del TC, parece extender tal carácter a su obra jurisprudencial. Así: *“si bien reconocemos la pluralidad de intérpretes jurídicos con relación a la Constitución, también reafirmamos el lugar privilegiado que ocupa el Tribunal Constitucional para efectuar una interpretación de la Constitución con carácter jurisdiccional y, sobre todo, vinculante para los poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos”*²⁴⁹. De este modo, el TC se ha esforzado especialmente en señalar que su jurisprudencia constituye fuente de Derecho, en la que puede distinguirse, con especial énfasis, el valor normativo del precedente constitucional vinculante.

Si el TC es, entonces, supremo intérprete de la Constitución conviene preguntarse o plantear una cuestión: si el TC, como se ha concluido desde la propia Constitución, es el llamado por el Constituyente a ser el supremo intérprete y controlador de la Constitución ¿puede ser inconstitucional alguna asignación de normas a las disposiciones constitucionales?, o mejor dicho ¿puede incurrir en inconstitucionalidad a la hora de interpretar y concretar un tema constitucional?

El TC cuando resuelve un caso desde la Constitución, asigna normas a una disposición constitucional; por ejemplo, cuando el Tribunal resolvió la pregunta en el Caso Salazar Yarlenque sobre sí la Administración Pública tenía o no atribuido control difuso, y el art. 138⁰²⁵⁰ de la CPP le dice que los jueces pueden inaplicar leyes, entonces el TC se preguntó ¿Qué significa jueces, significa

²⁴⁹ Vide. STC. N° 0004-2004-CC/TC, de fecha 31 de diciembre de 2004, Caso Poder Judicial vs. Poder Ejecutivo: aduciendo que éste ha invadido sus competencias en materia presupuestaria al presentar el “Proyecto de Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005” al Congreso de la República, Fundamento 19.

²⁵⁰ Vide. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 138°.- *“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*.

solamente magistrado del PJ, o significa también en un sentido lapso juez administrativo (de la administración pública)?²⁵¹.

Éste Tribunal decidió interpretar que por la palabra “*jueces*” se ha de entender no sólo magistrados del PJ, sino también órganos de decisión de la Administración Pública. Y así lo estableció -y como precedente vinculante además-, asignando un significado a una disposición constitucional²⁵². Complementario a ello, siendo que el TC es el supremo intérprete y controlador de la Constitución permite quizás asumir que la asignación de significados a las disposiciones constitucionales, serán siempre constitucionales, o es posible afirmar –por el contrario- que el TC puede incurrir en inconstitucionalidad a la hora de asignar un significado a una disposición y resolver un caso²⁵³; siendo una cuestión que obligatoriamente se debe formular.

²⁵¹ De antemano, podemos advertir una definición preliminar, de acuerdo al común entendimiento de las palabras. En tales aristas, la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA en su Vigésima segunda edición, establece como definición de juez: “1.- *Persona que tiene autoridad y potestad para juzgar y sentenciar.* 2.- *Miembro de un jurado o tribunal*”. [ubicado el 12. VIII. 2011]. Obtenido en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=JUEZ.

²⁵² El Tribunal Constitucional estableció en el Caso Salazar Yarleque (Cfr. STC. N° 3741-2004-AA/TC, del 14 de Noviembre del 2005) un precedente vinculante, donde la Administración actúa como órgano resolutor frente a una concreta actuación o petición formulada por un ciudadano y donde el alcance de la decisión administrativa sólo comprenderá a quien participó de dicho procedimiento. Cfr. TIRADO BARRERA, José Antonio, *El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 80. Posiciones encontradas, las podemos ubicar en CASTILLO CORDOVA, Luis. *Administración pública y control de constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC? En La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos: Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Lima, Palestra Editores, 2007; y FERNÁNDEZ, J. “Ilegalidad de los cobros para la admisión de impugnaciones. Análisis de las tasas como barreras para el acceso a la jurisdicción” en *Revista Jurídica del Perú*. T. 71. Enero 2007.

²⁵³ Esto cuando partamos de la idea de que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, no habría la posibilidad de afirmar de que existen interpretaciones que estén por encima de este órgano controlador. Sin embargo, se tiene la opinión, de que esta afirmación teórica no imposibilita que en la práctica sí pueden haber significados constitucionales que en algunos casos son manifiestamente inconstitucionales. Por ejemplo, la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional, respecto del régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), por que la dice el Tribunal Constitucional viene hacer una interpretación suprema, es decir, constitucional; pero los argumentos esgrimidos son inconstitucionales, cuando estos contratos atentan contra derechos laborales de los trabajadores en forma general, ya ganados. Por todo ello, sí se cree que pueden haber normas constitucionales, asignadas a disposiciones, que son inconstitucionales. Esta sería una línea de opinión para aceptar que, no es posible sostener la, siempre, constitucionalidad de las interpretaciones o de la jurisprudencia en general del Tribunal Constitucional. Cfr. STC. N° 00002-2010-PI/TC, del 07 de Setiembre del 2010, Fundamentos 10 al 39. Sumado a ello, está presente con fecha 20 de setiembre 2010, la publicación de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional Constitucional del Perú del 31 de agosto 2010, Exp. N° 00002-2010-PI/TC que como

Hay que tener en cuenta también que este TC es un órgano constituido, y no un órgano constituyente; de hecho el propio TC y todos los operadores jurídicos reconocen que tiene un límite material que es la Constitución²⁵⁴. Si el TC tiene un límite en la Constitución, que nos puede llevar a pensar que no trasgredirá el límite; porque si fuese el caso que el TC por su propia naturaleza en ningún caso pudiese trasgredir el límite, estaría demás darle dicho límite²⁵⁵. Si el TC en ningún caso, por su propia naturaleza, estaría en condiciones de trasgredir la Constitución estaría demás la señalización de la Carta Magna como límite material de arbitrariedad.

Volviendo a la pregunta anterior, porque antes de decir -por ejemplo- que la sentencia del TC en los Contratos de Administración de Servicios (CAS)²⁵⁶, es

precedente vinculante ha establecido que el Contrato Administrativo de Servicios es un contrato laboral y no civil.

²⁵⁴ El Tribunal Constitucional se erige así en el órgano de control de la Constitución, lo que determina su naturaleza *sui generis* dentro de la estructura institucional del Estado y su *status* dentro del orden constitucional. Todo ello, a partir de que “*los jueces constitucionales asuman una postura equilibradora: de defensa de la división del poder a través de la corrección funcional de las mayorías y minorías, de la integración de las demandas de la sociedad y de los poderes de la autoridad, del respeto de la autonomía del poder político y del poder judicial, así como, del balance de poder entre el gobierno central y los gobiernos locales*” (LANDA, Cesar. *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*, México D.F., Editorial Porrúa, 2006, pp. 106 – 109). De la definición de la naturaleza del Tribunal Constitucional, rescatamos el carácter fundamental que revisten sus pronunciamientos en el desenvolvimiento de la propia jurisdicción constitucional. Con referencia en: CANALES CAMA, Carolina. “Eficacia y cumplimiento de las Sentencias del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, pp. 130 – 132.

²⁵⁵ “*si los hombres fueran ángeles, no sería necesario el gobierno. Si los ángeles fueran a gobernar a los hombres, no sería necesario ningún control interno o externo sobre el gobierno. En la organización de un gobierno administrado por hombres sobre otros hombres (...) primero se debe permitir al gobierno controlar a los gobernados; y luego obligarle a controlarse a sí mismo. La dependencia del pueblo es, sin duda, el primer control sobre el gobierno; pero la experiencia enseñado a la humanidad la necesidad de precauciones auxiliares*”. Entre los cimientos del control difuso, que datan desde 1788 en el que se publicó lo siguiente: “*(...) los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales (...)*”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John. *El Federalista*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 331 – 332. Citado por RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos. En estudios al precedente constitucional. op. cit.*, p. 46.

²⁵⁶ Vide. STC. N° 00002-2010-PI/TC-LIMA, del 07 de setiembre de 2010, en Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos, contra el Decreto Legislativo N.º 1057 que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios [*El Decreto Legislativo N.º 1057 fue expedido por el Poder Ejecutivo al amparo de facultades delegadas otorgadas por el Congreso de la República mediante Ley N.º 29157, que delega facultades de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, y con el apoyo a la*

inconstitucional se tiene que resolver primero la interrogante de si el supremo intérprete puede incurrir o no en inconstitucionalidad. Porque si no puede incurrir en inconstitucionalidad, está de más preguntarse sí, en ese caso en concreto, el TC ha incurrido en contradicciones con la Constitución.

Entonces, el TC como supremo intérprete de la Constitución, no admite una instancia por encima de él como intérprete de la Constitución. Cuando llegan los casos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), este Órgano Internacional no resuelve casos según la Constitución, resuelve casos según la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica)²⁵⁷; es decir, no aplica juicio de constitucionalidad, sino que aplica juicio de convencionalidad.

En la instancia máxima nacional quien formula juicios de constitucionalidad, es el TC. La Corte IDH sería supremo intérprete de la Constitución peruana si ésta resolviese los casos aplicando la Constitución; pero no la aplica, lo que se verifica, más bien, es si el Estado peruano –no el TC-, ha cumplido o no con la

competitividad económica para su aprovechamiento]. El Decreto Legislativo N° 1057, que aprueba el denominado Contrato Administrativo de Servicios, en su artículo 1° regula un régimen especial de contratación administrativa que tiene por objeto garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública; STC. N° 03331-2011-PA/TC-PIURA, del 13 de setiembre de 2011, en el Caso de Alfredo Lecarnaque Olivos.

²⁵⁷ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Humanos. Y que de acuerdo a su Parte I respecto de los Deberes de los Estados y derechos protegidos nos detalla dos articulados específicos: en su artículo primero se establece que: “*los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones públicas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (...)*”; y su artículo segundo establece que: “*si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”. Vide. DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL: Organización de los Estados Americanos, Washington D.C. / Tratados Multilaterales. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html#Perú>. Un resumen doctrinal de esta figura, se encuentra en ORTECHO VILLENA, Víctor. *Los Derechos Humanos su desarrollo y protección*. Lima, Ediciones BLG, 2006, pp. 25 – 71; VALAREZO T., Miguel. *Derechos Humanos: Guía didáctica*. 1ª Edición, Loja, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Abril 2009, pp. 43 – 49 y 54 – 79.

CADH; si ha incumplido, se declara el incumplimiento y la sanción correspondientemente, y lo hace porque realiza interpretación de la CADH.

El TC es supremo intérprete de la Constitución, por tanto, dicho esto el TC –sin caer en la ingenuidad, y por el contrario darse cuenta- y sus miembros son falibles (inexactos y erróneos); más aún, cuando la Constitución se formula como un límite material, porque se posibilita la extralimitación real, y comprueban así, que es posible esa extralimitación al verificar que los miembros, jueces o magistrados del TC son realidades falibles y no infalibles²⁵⁸.

En tal orden, ¿qué consecuencia puede brotar de estos elementos? Pues bien, que las interpretaciones y las resoluciones del TC serán siempre constitucionales, sólo desde un punto de vista procedimental o formal, porque no hay una instancia más a la que recurrir para pedir juicio de constitucionalidad (la Corte IDH realiza juicios de convencionalidad, que no es lo mismo); formalmente son siempre constitucionales, “*materialmente*” pueden ser inconstitucionales²⁵⁹. La sentencia del TC sobre los Contratos Administrativos de Servicios (CAS) no se puede recurrir en su constitucionalidad, porque ya la dio el supremo intérprete de la Constitución. Por tanto, formalmente o procedimentalmente siempre serán constitucionales, materialmente en su contenido pueden disponer cosas contrarias a la Constitución y ser inconstitucionales²⁶⁰.

²⁵⁸ Cfr. ABAD YUPANQUI, Samuel, “El precedente en el Derecho Procesal Constitucional Peruano: una indispensable fuente del Derecho”, *op. cit.*, pp. 52 – 53.

²⁵⁹ Cfr. LEÓN VÁSQUEZ, Jorge. “El valor jurídico de la interpretación y de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en ETO CRUZ, Gerardo (Coord.). *La Sentencia Constitucional en el Perú*, 1ra Edición, Lima, Editorial Adrus, Centros de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2010, p. 265.

²⁶⁰ Lo cierto es que ello nos recuerda poder revisar el Fundamento de Voto del Magistrado Beaumont Callirgos, quien juzgo conveniente manifestar algunos argumentos adicionales a lo expresado en el Expediente N.º 00002-2010-PI/TC y su respectiva resolución de aclaración, como por ejemplo: 1.- “(...), puede afirmarse que el Contrato Administrativo de Servicios (CAS) ha establecido condiciones más favorables para un determinado grupo de trabajadores del sector público, (...). Por ello, aún cuando desde determinados puntos de vista el régimen CAS es más beneficioso en el contexto actual y por ello resulta válido desde una perspectiva constitucional, (...), estimo que dicho estatus de constitucionalidad es uno que con el tiempo podría devenir en inconstitucional si es que el Estado peruano, dentro de un plazo razonable, no toma acciones dirigidas a mejorar las condiciones ya implementadas y , materializar la respectiva igualdad exigida por la Constitución y, por el contrario, persista en mantener indefinidamente el régimen

Entonces, cuando se enfrenta a una sentencia del TC, no se ha de cuestionar, acerca de su constitucionalidad formal -en sentido de que lo ha dicho ya el supremo intérprete, y se tiene una decisión, en ese sentido, suprema-; sino preguntar si aún siendo procedimentalmente inimpugnable (por tanto, formalmente constitucional), no se estaría disponiendo algo que contraviene un principio, un valor o un derecho fundamental.

Y en esa labor el Derecho asume que *“el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, ha de realizar –especialmente- autolimitaciones, es decir, las limitaciones que no vienen ni del Parlamento ni del Poder Ejecutivo, etc., sino que han de provenir de el mismo”*²⁶¹. Respecto del poder constitucional siempre se habla de autolimitación, las autolimitaciones -en particular- se verifican en las argumentaciones²⁶², porque las decisiones serán constitucionales o inconstitucionales según la justificación sea correcta o incorrecta desde el punto de vista constitucional.

Consecuentemente, si uno desea determinar, si el TC ha dispuesto algo materialmente inconstitucional, siempre habrá de preguntarse: ¿sí es posible dar una justificación distinta a la que da el Tribunal, y ser esa justificación distinta, una justificación mejor? La justificación mejor sólo existe (cuando al establecer el Derecho), respecto de las *“decisiones que han de ser tomadas en base a argumentos fuertes; es decir, en una justificación fuerte significaría que*

laboral CAS tal y como está regulado en el Decreto Legislativo N.º 1057 y su reglamento, el Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM. De esta forma, 3.- si bien este tránsito, que exige nuevos o mayores gastos públicos, debe producirse de manera progresiva, tal como lo dispone la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Norma Fundamental, no puede desconocerse que es deber del Estado la materialización de la «igualdad exigida por la Constitución entre los derechos de los trabajadores CAS y aquellos derechos de otros regímenes laborales del sector público”.

²⁶¹ SILES VALLEJOS, Abraham. *TC aclara su Rol como Supremo Intérprete de la Constitución*, Lima, 2006. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/tribuna/tr_20080616_52.pdf; Vide. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La vinculación a las interpretaciones del Tribunal Constitucional”. *op. cit.*, p. 198.

²⁶² Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “¿Activismo extralimitado del tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del tribunal Constitucional”. *op. cit.*, pp. 584 – 585.

a esta no le es posible oponer una justificación mejor”²⁶³. Por ejemplo, al dar lectura a la sentencia de los Contratos Administrativos de Servicios (CAS), se preguntaría si la justificación que tiene el TC, es posible presentar una justificación mejor, si la respuesta es afirmativa, entonces, la justificación del Tribunal es una justificación que no es fuerte, sino por el contrario, que es débil. Y muy posible, inconstitucional.

Así, posiblemente se tiene la seguridad, de que el TC en más de una oportunidad ha incurrido en inconstitucionalidad material. Poniendo, tan sólo un ejemplo: dice el art. 154^o, Inc. 2²⁶⁴ de la CPP que los jueces y fiscales no ratificados del PJ y del Ministerio Público, no regresan a sus dependencias correspondientes.

El TC, ha interpretado esa disposición, y por tanto, le ha asignado el siguiente significado: *“los jueces y fiscales no ratificados si pueden regresar al Poder Judicial y al Ministerio Público”*²⁶⁵. Y a saber de la mayoría, esa decisión en su razonamiento es extremadamente débil, y lo es por lo siguiente: dice el TC que se vulnera el principio de igualdad, porque el constituyente, en la prohibición de reingreso al PJ y/o al Ministerio Público, no la ha previsto ni tan siquiera para aquellos que han sido destituidos, mucho menos se ha de entender que es una

²⁶³CASTILLO ALVA José Luis, LUJAN TUPEZ Manuel y ZVALETA RODRIGUEZ Róger. *Razonamiento judicial, Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales. op. cit.*, 2006, p. 125.

²⁶⁴ Vide. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 154^o.- *“Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura: 2. Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias”*.

²⁶⁵ Ello lo podemos encontrar, de manera mucho más amplia, en el desarrollo jurisprudencial que hace la STC. N° 03361-2004-AA/TC, del 31 de diciembre de 2005, en el Caso de Jaime Amado Álvarez Guillén, Fundamentos 7 y 8, 17 a 20 y 26 a 43. Esta explicación expone la aplicación del cambio de jurisprudencia sobre la evaluación y ratificación de jueces y fiscales a los casos futuros [La Ley 29277 -Ley de Carrera Judicial-, se refiere al proceso de evaluación integral, pero señala en una de sus disposiciones finales que este equivale al proceso de ratificación al que se refiere el art. 154.2 de la Constitución.]. Entonces, al respecto, el Tribunal Constitucional –en reiterada jurisprudencia-, ha manifestado que *“la no ratificación no constituye una sanción”*. Vide. BACA ONETO, Víctor. “La potestad disciplinaria y el control por el Tribunal Constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura” en *Revista De Derecho*, Vol. 8, Universidad de Piura, 2007, p. 269. Citado por HAKANSSON NIETO, Carlos. “El prospective overruling en las resoluciones en materia de ratificación de magistrados”, en TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coord.). *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada. op. cit.*, p. 278.

prohibición que ha de funcionar para quienes no son ratificados –en la lógica que la no ratificación es menos grave que una destitución-, si por una destitución, que es más grave, no está prohibido regresar al PJ y/o al Ministerio Público, no se ha de entender entonces que está prohibido regresar al que no es ratificado²⁶⁶.

Por ende, al fijarnos en la Constitución, cuando habla de la destitución de jueces y fiscales, simplemente se dice que pueden ser destituidos, no dice que regresan o no regresan, al contrario, no dice nada; sin embargo, sí lo dice para cuando es el supuesto de no ratificado.

Si el TC tuviese herramientas finas de interpretación, y supiese aplicarlas, tendría que haber concluido lo siguiente: *“el constituyente manda que los no ratificados, no pueden regresar, -ya que no dijo nada expresamente respecto de los destituidos-, si los no ratificados no pueden regresar, con mucha más razón no pueden regresar los destituidos”*²⁶⁷. Pero, el TC hizo un razonamiento al revés, al decir que: *“como los destituidos si regresan, los no ratificados también regresan”*²⁶⁸, pero el constituyente no ha dicho que regresen los destituidos; lo que ha dicho es que no regresan los no ratificados, sino regresan los no ratificados, no regresan los destituidos, y por tanto, no hay tratamiento desigual.

²⁶⁶ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El proceso de ratificación de jueces y fiscales y la prohibición de reingreso a la carrera judicial: comentario a la Sentencia del Exp. N° 1333-2006-PA/TC” En *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima, Editorial y Librería Jurídica Grijley, 2010, pp. 504 – 512. De la lectura se extrae que la interpretación constitución vía precedente respecto a la disposición del artículo 154° Inciso 2 de la Constitución, expresamente dice que los no ratificados “no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”; sin embargo, el Tribunal interpreta todo lo contrario, prohibiendo al CNM y a cualquier institución impedir la postulación y reingreso de los no ratificados a la carrera judicial. Vide. STC. N° 1333-2006-PA/TC, del 08 de enero de 2006, en el Caso de Jacobo Romero Quispe, Fundamentos 4 al 7, 24. b y 25 en su Regla Sustancial.

²⁶⁷ HAKANSSON NIETO, Carlos. “El prospective overruling en las resoluciones en materia de ratificación de magistrados”, *op. cit.*, p. 282. Asimismo se puede extraer un argumento semejante en la STC. N° 1941-2002-PA/TC, Fundamento 20.

²⁶⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El proceso de ratificación de jueces y fiscales y la prohibición de reingreso a la carrera judicial: comentario a la Sentencia del Exp. N° 1333-2006-PA/TC”, *op. cit.*, p. 493; Vide. también la STC. N° 1333-2006-PA/TC, del 08 de enero de 2006, en el Caso de Jacobo Romero Quispe, Fundamentos 6.

No obstante, en el común entender de las personas²⁶⁹ que se avala del art. 205²⁷⁰ de la CPP para presuntamente reclamar una –erróneamente denominada- jurisdicción supranacional en materia de garantías. En este caso hubo un precedente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la que los jueces destituidos en la época del gobierno de Alberto Fujimori, a nivel nacional perdieron en todas las instancias nacionales pertinentes con una acción de amparo, y después yéndose a la Corte IDH, ella resuelve que la resolución que daba el Estado peruano había estado mal hecha, como consecuencia se crea -a nivel nacional- un precedente vinculante, por eso es que se dice que el TC agacha la cabeza respecto de lo dicho por la Corte IDH al actuarse erróneamente; resolviéndose entonces que los jueces deben volver por destitución o por no ratificación²⁷¹. A pesar de este hecho, no se está siendo coherente con la sistemática que plantea la constitucionalidad y el nivel internacional o supranacional.

Ahora bien, que si han vuelto los jueces y/o fiscales a su correspondientes dependencias por vulneración del debido proceso como derecho humano, debe quedar claro que no han vuelto porque estaba mal interpretado el art. 154^o, Inc. 2 de la CPP²⁷²; es decir, si los jueces han sido separados de sus cargos de juez o de fiscal, sin haberse realizado una audiencia previa, se ha vulnerado -real y

²⁶⁹ Como es el caso del congresista Rolando Sousa y la bancada Fujimorista, quienes pretenden –en el caso de Alberto Fujimori-, que como el indulto, al estar Alberto Fujimori sentenciado por delitos de lesa humanidad, no es dable ni posible en su realización; entonces han interpuesto un proceso de Hábeas Corpus, para que el Tribunal Constitucional se pronuncie, y después de agotada la vía interna, acudir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que ellos se pronuncien sobre si ese derecho fundamental ha sido vulnerado o no. Generando se una mal conciencia de disputa entre lo que dice la Corte Interamericana que se han violado de acuerdo al congresista Rolando Sousa, los derechos fundamentales del Ex Presidente Alberto Fujimori.

²⁷⁰ Vide. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 205^o.- “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”.

²⁷¹ En el que las resoluciones del Tribunal Constitucional anteriores al precedente que comentamos que conocían los procedimientos de ratificación de magistrados a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), consideraban, de manera polémica, que se trataba de un procedimiento sancionatorio. Cfr. STC. N° 0578-2003-AA/TC. Acción de Amparo interpuesta por doña Julia Eleyza Arellano Serquén con el CNM y sus integrantes.

²⁷² Vide. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 154^o.- “Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura: 2. Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias”.

manifiestamente- el derecho al debido proceso. Por eso, cuando la Corte IDH decide la controversia, no lo decide desde la Constitución (si lo dijera, estaría realizando juicios de constitucionalidad); el intérprete que puede realizar juicios de constitucionalidad es el TC (como órgano supremo formalmente). La Corte IDH lo que emite es un juicio de convencionalidad, es decir, si se ajusta o no a la CADH un determinado comportamiento atribuible al Estado, y no de un órgano concreto en sí mismo, sino una conducta que se atribuye Estado miembro de la Convención²⁷³.

Y siguiendo con las malas interpretaciones a la existencia de una vía supranacional (a modo de comentario), y a propósito del ejemplo fujimorista, más bien, se planteará como estrategia de la defensa del Ex Presidente Alberto Fujimori, agotar la vía interna para ir a la vía internacional o supranacional. En esta vía la Corte IDH no podría juzgar el caso con base en la Constitución peruana, tendrá que hacerlo con base en la CADH, ahí es que se salva, esa postura del TC como máximo intérprete de la Constitución. Ahora, las cuestiones se mantienen a flote cuando se puede percatar que lo que dice la CADH es prácticamente lo mismo que dice la Constitución peruana al establecerse, por ejemplo, que todos tienen derecho a la vida, todos tienen derecho a la propiedad, a la libertad de información, al debido proceso, etc.²⁷⁴

Entonces, la pregunta es ¿realmente no se estará aplicando Constitución?, ¿qué es lo que hay en común entre uno y otro?; pues la respuesta es muy clara, lo común es la exigencia de justicia humana, porque el debido proceso, ya lo diga la CADH o ya lo diga la Constitución peruana, simplemente

²⁷³ Por eso, la Corte Interamericana no dice nada acerca de la Constitución, si es que está bien hecha o mal hecha la resolución al respecto, no puede decirlo y en el caso en concreto no lo ha dicho, lo que ha expresado es que al declararse fundada y acogerse la denuncia, dice que estos jueces y estos fiscales han sido destituidos sin un procedimiento previo -que es muy distinto-. Es decir, ahí hay vulneración de la Convención Americana que reconoce el derecho fundamental al procedimiento previo, pero no dice nada acerca de si los no ratificados deban de regresar o no como también los destituidos o no destituidos; ese es un problema de constitución interna. La Corte Interamericana, en este caso, lo que verifico fue que estos jueces y fiscales han sido destituidos sin un previo proceso, eso vulneraría la Convención Americana, y por tanto, acoge la denuncia y ordena lo que ordenó. Cfr. LEÓN VÁSQUEZ, Jorge. "El valor jurídico de la interpretación y de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *op. cit.*, p. 266.

²⁷⁴ Cfr. Ídem, p. 265.

reconocen algo que es justo para la persona. Cuando se trata de operar y dar una sentencia (por ejemplo) no se deja de emplear esa exigencia de justicia humana independientemente de que esté en la norma internacional o en la norma nacional²⁷⁵. Los juicios que se hagan como órgano jurisdiccional -en el caso de la Corte IDH -, si bien es cierto tienen en esa exigencia de justicia que brota de la persona su luz conceptual, ha de invocar la norma que es competente para interpretar.

La Corte IDH no es competente para interpretar la Constitución peruana, no es competente tampoco, por ejemplo, para interpretar la Convención de Roma²⁷⁶, ella es competente para interpretar la CADH, por tanto, éste documento internacional sobre DD. HH. es lo que ha de aplicar cuando resuelve los casos, aunque la CADH contenga las mismas exigencias de justicia que brotan de la persona que están contenidas en la Constitución.

Esa es la diferencia, si bien se trate de lo mismo, porque tanto la Convención Americana como la Constitución peruana hablan de los mismos DD. HH. reconocidos; pero por un tema de competencia la Corte IDH no puede aplicar la Constitución peruana para resolver el caso, más bien, ha de aplicar la CADH,

²⁷⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de Derecho". En CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4^{ta} Editorial Trotta, UNAM, Madrid, 2009, pp. 21 - 22.

²⁷⁶ CONVENIO DE ROMA (4 de noviembre de 1950), para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: Los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, a) Considerando la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 diciembre 1948; b) Considerando que esta Declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ella enunciados; c)- Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; d)- Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan; e) Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertades y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal. HAN CONVENIDO lo siguiente: Artículo 1.Reconocimiento de los derechos humanos: Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Tít. I del presente Convenio. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/110/art/art4.htm><http://www.intermigra.info/intermigra/archivos/legislacion/internac011.htm&usg=AFQjCNEsc98S-fPvEoVp5XQf Eo9DMP6iQ>

(esta Corte IDH nace para aplicar y vigilar la correcta aplicación de la CADH sobre DD. HH.).

En ese sentido, entonces en ningún caso se desdice la posición de intérprete supremo de la Constitución que tiene el TC, por tanto, si se pensase (como en el caso propuesto) en la existencia de disposiciones constitucionales inconstitucionales, precisamente cabría analizar y reflexionar si las Convenciones o Tratados Internacionales que recogen disposiciones contradictorias a las exigencias de justicia, serán vinculantes.

Dice la Constitución peruana que el operador jurídico ante el ejercicio de su función (en el que tenga que establecer que significa un derecho fundamental), tendrá que guiarse de la interpretación que hace la Corte IDH. Y que tal sí la Corte IDH ha interpretado de modo injusto, y vincula a los operadores jurídicos en general, con base en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución²⁷⁷. Sobre esto se puede decir mucho, la verdad, y sólo esto daría para plantear un nuevo proyecto de tesis.

En deducción, lo que ha establecido el constituyente (de que el supremo intérprete de la Constitución Política sea el TC) para el desarrollo de los conflictos a los operadores jurídicos lo que les va a interesar en sí es dar solución a un caso en concreto²⁷⁸. En el momento, si el TC no le da la razón, (al no considerar que se ha vulnerado un derecho fundamental), entonces se estaría expedito accionar no a las –erróneamente- denominadas instancias supranacionales, sino a los Convenios Internacionales con los que cuenta el Estado peruano. En esos casos, los que se recurren a la Corte IDH, y digamos que, de alguna manera lo que buscan es hallar ahí una solución que se ha

²⁷⁷ Cfr. LEÓN VÁSQUEZ, Jorge. “El valor jurídico de la interpretación y de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*, pp. 269 – 270. Vide. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ (1993) Cuarta Disposición Final y Transitoria.- “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

²⁷⁸ Cfr. ROBLES MORENO, Carmen del Pilar. “Límites del Tribunal Constitucional” en *Jus Constitucional: análisis multidisciplinario*, T. 3, Marzo 2008, p. 356

denegado en la vía interna, es indiscutible tratar de rebatir que el TC no es supremo intérprete, y tampoco que hay un dictamen superior a las decisiones que tome²⁷⁹.

2.1.3.2.- El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Neoconstitucionalismo.

Cuando se estudie lo que es el precedente constitucional vinculante, y en general las interpretaciones de la Constitución que realiza el TC, se ha de fijar en que el Tribunal crea derecho constitucional, y al crear derecho constitucional, desde luego significa obviamente, interpretar y de ser el caso, también puede integrar (una integración como modo o variante de interpretación) o llenar un vacío o llenar una laguna²⁸⁰.

Porque la Constitución, está compuesta de principios y de valores, se dice incluso que los derechos fundamentales son principios, y diciendo que son principios (algo que va más allá), lo que afirma ROBERT ALEXY, que los derechos fundamentales son mandatos de optimización que tienden a expandirse de modo ilimitado²⁸¹. Y como la convivencia no es posible con base en derechos ilimitados habrá que “sacrificar” algún derecho, por ejemplo, entre

²⁷⁹ Cfr. LEÓN VÁSQUEZ, Jorge. “El valor jurídico de la interpretación y de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*, p. 272.

²⁸⁰ Cfr. MORALES SARAIVA, Francisco. “La interpretación constitucional”. En *Revista Jurídica del Perú*. T. 71. Gaceta jurídica. Lima. 2007, p. 15.

²⁸¹ Para el autor, el antecedente de su afirmación fue la cuestión al contenido de las Constituciones, es decir, ¿Qué tiene la Constitución, reglas o principios? Entonces ALEXY advirtió que: “(...) los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídica es determinado por los principios y reglas opuestos (...)”; mientras que las “(...) las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 589. En definitiva, las normas constitucionales principio son las que informan a todo el sistema constitucional y, a través de él, a todo el sistema jurídico y deben cumplirse extensivamente (aplicación generalizada y permanente en todo el Derecho), más que, identificar las normas constitucionales principio permite su aplicación extensiva. Sin embargo, no puede interpretarse como normas individuales sino como criterios informadores de todo el sistema constitucional y jurídico.

un ciudadano, y un informador que quisiera publicar información o noticias sobre la vida privada del ciudadano, se genera un conflicto que debe ser resuelto por el PJ. El juez dice que en la posición del informador este tiene “derecho” a publicar (que dicho derecho se expande porque es un principio) y el ciudadano tiene derecho a la intimidad (también se expande al ser principio), por tanto al ponderar los pesos de los derechos encontrados o chocados el informador tendría que sacrificar su derecho a informar. Entonces, el juez le dice al informador que ha de sacrificar su derecho para permitir la convivencia pacífica.

Más allá de tener un modo particular de ver las cosas, ese efecto de expansión tiende a llenar los vacíos, y por tanto, a realizar una actividad integradora, que también se podría realizar mediante una manera menos traumática de interpretar los derechos²⁸², que es diciendo, que se tiene derecho a algo y no a todo.

El gran asunto del que hay que darse cuenta posiblemente, para resolver como operadores jurídicos (en referencia a derechos fundamentales y/o a jurisprudencia vinculante) es saber manejar herramientas de interpretación -que a veces el TC no usa bien-, es decir, utilizar instrumentos de interpretación para saber a qué te da facultades o prerrogativas el Derecho, (a qué te faculta el derecho a la libertad de información, o a qué te faculta el derecho a la intimidad, o a qué te faculta el derecho a la libertad religiosa)²⁸³. Ya que el Derecho no otorga facultades ilimitadas, y como “el derecho no otorga facultades para todo”, cuando se pretende ejercer extra limitadamente un derecho, como por ejemplo el periodista que quiere publicar algo de la vida privada de un particular, el que ejerce el derecho extralimitadamente no tiene que sacrificar nada, porque para sacrificar antes hay que tener, y quien no tiene el derecho, no sacrifica el derecho.

²⁸² Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor. *Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional peruano*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 384. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/22.pdf>

²⁸³ Cfr. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas*, op. cit., p. 35.

En este contexto ha sido posible y necesaria la implantación de una jurisdicción constitucional, a través de la cual al menos se consiguieran los dos siguientes objetivos: primero vigilar que la Constitución rigiese efectivamente como una norma jurídica elemental; y segundo, establecer las concreciones y determinaciones de los preceptos constitucionales necesarias para una vigencia efectiva de la Constitución. Esta jurisdicción constitucional está encargada tanto a los jueces del PJ como al TC²⁸⁴.

Este fenómeno, conocido normalmente como el término *Neoconstitucionalismo*²⁸⁵, no ha pasado de largo al ordenamiento jurídico peruano. En efecto, es posible hablara también de constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano. Así, la Constitución peruana cumple al menos con las cuatro características mencionadas anteriormente que se han reconocido en una Constitución de un Estado Constitucional de Derecho: la Constitución peruana se ha reconocido así misma como una norma jurídica efectivamente vinculante a los poderes públicos y a los particulares (arts. 38° y 45° de la CPP²⁸⁶), y como una norma jerárquicamente superior del ordenamiento jurídico (art. 51° CPP²⁸⁷), que se reforma a través de un procedimiento diferente al legislativo (art. 206° CPP), asimismo los dispositivos constitucionales reúnen los valores de la comunidad peruana²⁸⁸ (como la dignidad –art. 1° y 3° CPP-, la igualdad –art. 2°.2 CPP-, la justicia –art. 44°

²⁸⁴ Cfr. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1991, pp. 197 – 205.

²⁸⁵ Cfr. PRIETRO SANCHIS, Luis. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., pp. 101 – 102.

²⁸⁶ Como ha reconocido el Tribunal Constitucional, la Constitución constituye el fundamento de todo el orden jurídico y la más importante fuente normativa (STC. N° 00047-2004-PI/TC, de fecha 24 de abril de 2006, Fundamento 10); consecuentemente, actúa como parámetro, en la medida que es la *Lex Legum* (STC. N° 00014-2003-PI/TC, de fecha 05 de diciembre de 2003, Fundamento 21).

²⁸⁷ Consecuentemente, habrá que admitir con el Tribunal Constitucional en que la Constitución exige no solo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma –interpretación conforme con la Constitución- (Acumulados: STC. N° 0020-2005-PI/TC y STC. N° 0021-2005-PI/TC, de fecha 27 de setiembre de 2005, Fundamento 19).

²⁸⁸ Acierta el Tribunal Constitucional cuando afirma que la Constitución es la norma que, por otra parte, debe entenderse como el instrumento jurídico receptor de los valores fundamentales de la sociedad en la que se adscribe (STC. N° 0014-2002-PI/TC, de fecha 21 de enero de 2002, Fundamento 64).

CPP- y la solidaridad –art. 14° CPP-²⁸⁹), y, en fin, se ha encargado la jurisdicción constitucional tanto a los jueces del PJ como al TC (art. 138° y 202° CPP)²⁹⁰.

De entre estos dos encargados de la jurisdicción constitucional en el Perú, el TC tiene una posición preferente. Esta posición preferente se manifiesta no sólo en las mayores facultades que respecto de los jueces del PJ tiene asignado el referido TC (la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y la resolución de los conflictos competenciales), sino que incluso en las competencias que comparte con los jueces del PJ, actúa como una instancia última (procesos constitucionales). Esto hace del TC el supremo velador de la Constitución, y en la medida que velar por la Constitución exige interpretarla, se convierte también en supremo intérprete de la Constitución (art. 202° y art. 1° de la LOTC)²⁹¹.

También constituye lugar común afirmar que la jurisprudencia del TC posee efectos generales como consecuencia de la propia eficacia general de la norma constitucional. Así, lo ha sostenido cuando en sus sentencias expresa lo siguiente: *“rebasan con largueza la satisfacción del interés particular o de beneficio de un grupo, ya que teleológicamente resguardan los principios y valores contenidos en la Constitución, que, por tales, alcanzan a la totalidad de los miembros de la colectividad política”*²⁹². Entonces, el fundamento de la extensión de los efectos interpretativos realizados por el TC se encuentran, según su propia construcción, en el carácter general del objeto que le sirve de parámetro material de control: la Constitución.

²⁸⁹ Ha dicho el Tribunal Constitucional que la Constitución, que no quiere ser un ordenamiento neutral, ha introducido con los derechos fundamentales un ordenamiento valorativo objetivo (STC. N° 0976-2001-PA/TC, de fecha 13 de marzo de 2003, Fundamento 05).

²⁹⁰ La jurisdicción constitucional no ha sido encargada a la Administración Pública como mal ha entendido el Tribunal Constitucional. Al respecto Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Administración Pública y control de la constitucionalidad de la leyes: ¿otro exceso del TC?* En *Dialogo con la jurisprudencia*, Noviembre 2006, pp. 31 – 45.

²⁹¹ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de una caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 580.

²⁹² Vide. STC. N° 0024-2003-AI/TC-LIMA, Fundamento 03, en el Caso de Municipalidad Distrital de Lurín; GARCÍA TOMA, Víctor. *La Sentencia Constitucional*, p. 2. [Web Site].

El enfoque del TC se deduce de toda una doctrina muy presente en la literatura jurídica contemporánea denominada neoconstitucionalismo²⁹³ y que tiene reflejo en la llamada constitucionalización del ordenamiento jurídico. Por este puede entenderse al *“proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”*²⁹⁴. Al decirse, entonces, que el ser supremo intérprete de la Constitución, supone consecuentemente admitir que respecto de los demás operadores jurídicos, en particular, respecto a los demás intérpretes vinculantes de la Constitución (especialmente referente a de los jueces), tienen un papel de subordinación interpretativa (entiéndase bien sólo para la interpretación, es decir, para la concreción de la Constitución)²⁹⁵.

Corresponde ahora preguntarse ¿en qué consiste esta vinculación de los jueces, y en general de todos los operadores jurídicos a las interpretaciones del TC?, para resolver esta pregunta será necesario tener en claro todo, lo antes mencionado, lo que permitirá tener las condiciones de poder afrontar la

²⁹³ Los términos de constitucionalismo y neoconstitucionalismo designan, en palabras de COMANDUCCI, *“en un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales”* COMANDUCCI, Paolo. “Formas de Neoconstitucionalismo: un Análisis Metateórico”. en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4^{ta} Editorial Trotta, UNAM, Madrid, 2009, p. 75.

²⁹⁴ GUIM ALFAGO, Mauricio A. *La Constitución en Serio*. en *Revista Jurídica Online: Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2011, pp. 428 – 429. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=651&Itemid=116;

GUASTINI, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4^{ta} Editorial Trotta, UNAM, Madrid, 2009, p. 49.

²⁹⁵ Este papel de subordinación, tiene su origen en *“dos posibles formas coexistentes de concebir el poder normador de los tribunales: el maximalismo y el minimalismo (dos caras de la doctrina del precedente norteamericano); estos modelos jurisdiccionales proponen métodos distintos para que el tribunal posterior determine la regla del precedente y sustentan diferentes concepciones respecto de lo que significa la fuerza vinculante de las decisiones judiciales. El maximalismo se preocupa por la continuidad, la certeza y la predictibilidad del derecho, mientras que el minimalismo pone énfasis en la flexibilidad, el dinamismo y la capacidad de adaptación del case law a los nuevos escenarios sociales”*. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa, *op. cit.*, p. 63.

pregunta sobre el significado de la vinculación de los jueces en particular y en general de todos los operadores jurídicos, a la jurisprudencia del TC. Sin embargo, con el propósito de desentrañar la cuestión antes planteada, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico constitucional peruano, distinta puede ser la respuesta desde ordenamientos jurídicos incomparables²⁹⁶.

Al parecer la respuesta resulta obvia pues es el propio TC de manera general, ha señalado: *“las sentencias del Tribunal Constitucional –dice el propio Supremo- en cualquier proceso tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos, y también frente, a los particulares, si no fuese así la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional”*²⁹⁷. Esta afirmación del TC se ha formulado en términos genéricos, de lo que se trata es que esa respuesta general, sea desarrollada y explicada desde el ordenamiento peruano, y esa respuesta necesariamente tiene que construirse, en base a los artículos VI y VII del TP. del Código Procesal Constitucional (en adelante CPCont.)²⁹⁸, en estas dos disposiciones

²⁹⁶ Como por ejemplo, en la doctrina comparada, tenemos paradigmas especiales respecto a la potestad de la jurisdicción constitucional de interpretar la Constitución con efectos vinculantes, tal es el caso de: Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Chile, México y Venezuela.

²⁹⁷ Vide. STC. N° 0024-2003-AI/TC, en su primera consideración previa; STC. N° 3741-2004-AA/TC, del 14 de Noviembre del 2005, Fundamento 42 y 49, en el Caso de Ramón Hernando Salazar Yarlénque. Asimismo, CAMPANA AÑASCO, Dany Fernando. *El Proceso Constitucional de Hábeas Corpus y el control constitucional de los actos del Ministerio Público*, Junio 2010. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/proceso_constitucional.pdf.

²⁹⁸ Según los especialistas, el “Código Procesal Constitucional es la denominación jurídica oficial que se la asigna al conjunto de normas legales reunidas en materia de Derecho Procesal Constitucional y que conforman un cuerpo normativo organizado sistemática y metódicamente. En él se encuentran debidamente determinados y regulados los procesos constitucionales así como los órganos encomendados en las tareas de resolución y de control de la constitucionalidad”. ZARAGOSA GONZÁLES, César. “Código Procesal Constitucional” en *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, op. cit., p. 48. Investigación que se consulta de: ABAD YUPANQUI, Samuel. *Constitución y Procesos Constitucionales: Estudio Introductorio, legislación, jurisprudencia e índices*. Lima, Palestra Editores, 2006. Vide. CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (LEY N° 28237). Artículo VI.- “Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe referir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. 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”; Artículo VII.- “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la

encontramos la razón de ser de los efectos vinculantes de la jurisprudencia del TC peruano.

2.2.- Componentes del precedente constitucional vinculante.

Antes de entrar de lleno a la vinculación de los precedentes se debe plantear unas dos diferenciaciones, con base también en la jurisprudencia del TC. La primera, es que hay que diferenciar en las sentencias del TC entre las *ratio decidendi* y los *obiter dicta*²⁹⁹. Es decir, cuando se trata de preguntarse sobre la vinculación de la jurisprudencia del TC, esa vinculación varía si es que lo dicho por el supremo intérprete va recogido en una *ratio decidendi* o va recogida en una *obiter dicta*³⁰⁰.

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". Asimismo, podemos asemejar dichas disposiciones con la RES. Administrativa N° 095-2004-P/TC (Competencia espacial del Pleno), cuyo artículo 13 manifiesta: *"los procesos referidos en el artículo, iniciados ante las respectivas Salas de las Cortes Superiores, y todos los que, al ser resueltos, pueden establecer jurisprudencia constitucional o apartarse del precedente, deben ser vistos por el Pleno, a petición de cualquier de sus miembros. En tales casos se produce conforme al artículo 5° de la Ley N° 28301 (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)".*

²⁹⁹ Vide. STC: N° 4119-2005-PA/TC, del 29 de agosto de 2005, Fundamento 12. A ello debe precisarse que *"si bien el Tribunal Constitucional se ha dedicado al análisis del precedente vinculante no debe pensarse que ha relegado el estudio de la jurisprudencia. A través de los fundamentos jurídicos N° 32 al 39 de la sentencia del Exp. N° 00047-2004-AI/TC, la jurisprudencia es reconocida como una fuente normativa con rango distinto a la ley, precisándose que el poder Judicial y el Tribunal Constitucional son los órganos productores de jurisprudencia siendo el hecho de que este último por mandato legal expide en ciertos casos precedentes vinculantes de obligatorio cumplimiento. La doctrina y nuestro ordenamiento jurídico señalan que el precedente o lo que este puede construir, es el fundamento, argumento o considerando de la sentencia que sostiene o fundamenta la decisión o fallo. A esta parte, argumento o considerando de la sentencia se le da el nombre de ratio decidendi (razón de la decisión). Lo que no se considera vinculante se le denomina obiter dicta, es decir, son aquellas consideraciones jurídicas que elabora el Tribunal y que, en su opinión no son necesarias para fundamentar la decisión".* FIGUEROA BERNARDINI, Ernesto. "El precedente vinculante desde la perspectiva del Tribunal Constitucional". En *Jus-Doctrina & Práctica*, T. 09, Setiembre 2007, p. 290. En la doctrina extranjera, comparte la estructura y definición de los componentes, tal es el caso de TARUFFO, Miguel. "Dimensiones del Precedente Judicial". En *Jus-Constitucional*, T. 01, Enero 2008, pp. 25 – 43.

³⁰⁰ Ahora bien, ha tener en cuenta que todo fallo constitucional del Tribunal Constitucional, entre ellos el precedente vinculante, está conformado de varias secciones. En este sentido habría que precisar respecto de cuál de ellas se predica la vinculatoriedad del precedente. Es por ello, que el Tribunal consideró necesario estipular su estructura tal como fue planteada en el caso de la Municipalidad Distrital de Lurín (Exp. N° 0024-2003-AI/TC). Tal órgano ha indicado que la estructura interna de sus decisiones se compone de los siguientes partes: la razón declarativa-teológica, la razón suficiente (*ratio decidendi*), la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la invocación preceptiva y la decisión o fallo constitucional (*decisum*). CAMPOS

Bien se sabe que las sentencias tienen una parte resolutoria, que es el fallo, éste vincula sea con efectos *erga omnes* o *inter partes*, el fallo siempre se cumple y vincula. Pero, de conocerse esta afirmación, cabría preguntarse ¿si los efectos jurídicos vinculan?; esa es la pregunta que en buena cuenta se trata de resolver, y en vista, sirve al diferenciar que hay fundamentos jurídicos (parte considerativa) que son *ratio decidendi* y fundamentos jurídicos que son *obiter dicta*.

El TC ha definido la *ratio decidendi* en sus sentencias constitucionales de la siguiente manera: “*la ratio decidendi es aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir, estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional, es decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable, y por tanto, como justificante para resolver la litis*”³⁰¹. *Ratio decidendi*, es entonces, esas razones que están contenidas en los fundamentos jurídicos; aquellas razones necesarias para el fallo o que justifican el fallo. Por tanto, la inexistencia de una *ratio decidendi* –una razón necesaria-, haría que otro fuese el fallo o veredicto³⁰².

ASPAJO, Liliana. “El precedente vinculante en el Derecho Constitucional: una visión sistemática”. en *Revista Jurídica del Perú*, T. 119, Enero 2011, p. 57. De estas, a efectos de las presentes cuestiones, importa destacar la segunda y la tercera. Vide. STC. N° 0024-2003-AI/TC, en su primera consideración previa. Cita extraída de DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. “*Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional en materia laboral*” en *Guía Operativa N° 5. Soluciones Laborales*, Junio 2011, p. 7.

³⁰¹ GARCÍA TOMA, Víctor. *Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional* peruano. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 384. [Web Site]; Vide. STC. N° 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre de 2005, en su primera consideración previa. Bajo este perfil, “*diversas cosas son consideradas como ratio decidendi en los distintos ordenamientos y también en el mismo ordenamiento; sin embargo, la determinación de la ratio decidendi depende en gran medida, de la interpretación del precedente realizada por el juez del caso sucesivo*”. TARUFFO, Miguel. “Dimensiones del Precedente Judicial”, *op. cit.*, p. 29. Así como también se puede encontrar la cita, con otras palabras: la “*razón suficiente ha sido definida como aquella parte de la sentencia en la que se expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional*”. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”. En *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada. op. cit.*, p. 632.

³⁰² La expresión *ratio decidendi* se usa en dos sentidos: “1) *la regla para la cual un caso es obligatorio, y 2) la regla de derecho contenida en la opinión del Juez y que constituye la base de su decisión*”. J. L. MONTROSE, *Annual Law Review of the University of Western Australia*, 1953, 319. La cita la tomamos de R. CROSS y J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford, 4ª ed., 1991, 72. Citado por MAGALONI KERPEL, Ana Luisa, *op. cit.*, p. 83.

La *ratio decidendi* es la parte de la sentencia que tiene fuerza vinculante general pues es el principio de derecho y el hecho relevante considerado por el juez. Entonces, “*tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en la parte motiva que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que indica directamente ella*”³⁰³. Ahora bien, con el precedente la identificación de lo vinculante, es decir, de la *ratio decidendi*, resulta ser una tarea resuelta por el legislador (art. VII del TP. del CPCont.).

Mientras que el *obiter dicta* ha sido definido por el TC de la siguiente manera: “*es parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones y/o postillas jurídicas marginales o aleatorias, que no siendo imprescindibles para fundamentar las decisiones adoptadas por el Colegiado, se justifican por razones pedagógicas y orientativas, según sea el caso, en donde se formula. La finalidad del obiter dicta, es proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende una materia jurídica*”³⁰⁴. A diferencia de la *ratio decidendi*, dice el TC, los *obiter dicta* contiene razones que son accesorias, aleatorias, accidentales, es decir, que pueden faltar o puede ser una distinta

³⁰³ Siguiendo a la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-03 de 1996. Por medio de esta referencia extranjera, invitamos la adquisición y la lectura de un libro colombiano que explica los antecedentes y realidades de precedente vinculante con connotaciones anglosajonas: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. 2^{da} Ed., Colombia, Legis Editores S.A., 2008.

³⁰⁴ VINATEA MEDINA, Ricardo Guillermo. *La aplicación del precedente vinculante del Tribunal Constitucional peruano en la jurisprudencia nacional*. Juez Supremo de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República del Perú. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en http://projusticia.org.pe/Articulos/Presente_vinculante_tc.pdf; *Ibíd.* En este extremo, este elemento brinda una ayuda relevante; en general, expone una visión más allá del caso específico, por ende, permite una óptica global acerca de las aristas de dicha materia. (...) La finalidad de estas sentencias [la razón subsidiaria o accidental aparece en las denominadas sentencias instructivas] es de orientar la labor de los operadores del Derecho mediante la manifestación de criterios que podrían utilizarse en la interpretación jurisdiccional que estos realicen en los procesos a su cargo, (...). PALOMINO MANCHEGO, José. “La sentencia constitucional en las acciones de inconstitucionalidad ante el tribunal Constitucional del Perú”. en *Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional: Memorias II*, San José de Costa Rica, 08 y 09 de julio de 2004, CD-ROM. Citado por CAMPOS ASPAJO, Liliana. “El precedente vinculante en el Derecho Constitucional: una visión sistemática”. *op. cit.*, p. 57.

que la decisión o fallo que no cambia³⁰⁵. *Ratio decidendi*, por tanto, son necesarias para el fallo o veredicto, *obiter dicta*, razones no necesarias, accidentales por tanto, para la decisión³⁰⁶.

Entonces, ¿cómo vincula una *ratio decidendi* y cómo vincula un *obiter dicta*?, el TC ha dado respuesta a esto y ha dicho lo siguiente: “*son las razones decisivas –la ratio decidendi-, para el caso, las que vinculan; más no las consideraciones tangenciales o de ornamento –los obiter dicta-*”³⁰⁷. Dice el TC que en los fundamentos jurídicos el fallo vincula siempre, ya sea *inter partes* o *erga omnes*, según que proceso se trate.

En los fundamentos jurídicos, en un primer momento, hay que diferenciar la *ratio decidendi* de los *obiter dicta*; el Colegiado además agrega que, luego de hacer la diferenciación lo que vincula son las *ratio decidendi*, los *obiter dicta* – dice el Tribunal- no vinculan.

2.2.1.- La vinculación a la *ratio decidendi* contenida en el precedente vinculante.

La *ratio decidendi* vincula (según el TC); ahora cabe cuestionar ¿si dicha vinculación es absoluta o no? Por ejemplo, el TC en un caso, no como precedente vinculante sino como *ratio decidendi* en una sentencia, expresó lo

³⁰⁵ A ello le agregamos que “*se considera obiter todo lo que no entra en la ratio decidendi*”. TARUFFO, Miguel. “Dimensiones del Precedente Judicial”, *op. cit.*, p. 34.

³⁰⁶ Como ya se dijo, en “*una sentencia constitucional los fundamentos jurídicos son las llamadas interpretaciones por el Tribunal Constitucional, y ellas se encuentran divididas en ratio decidendi y obiter dicta. Tomando en cuenta tanto que la ratio decidendi o razón suficiente es la base y a la vez la consideración determinante del contenido y sentido del fallo en una sentencia constitucional, así como que el obiter dicta o razón subsidiaria o accidental no son imprescindibles para fundamentar el fallo, entonces se puede concluir pacíficamente que la vinculación de los poderes públicos y de los particulares al fallo de una sentencia en un proceso constitucional, se extiende necesariamente hacia las ratio decidendi o razones suficientes, antes que hacia los obiter dicta*”. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”. *op. cit.*, p. 633. Y sumado, tenemos además que “*el nivel de generalidad y abstracción de la regla que establece un precedente será distinto y, por tanto, también lo serán sus futuras aplicaciones.; sin embargo, ellos es lo que impide que exista una solo ratio decidendi (...) en una decisión judicial y un único método para determinar*”. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa, *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, *op. cit.*, p. 86.

³⁰⁷ Vide. STC. N° 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre de 2005, en el Caso Municipalidad Distrital de Lurín.

siguiente: “que el artículo 2º Inciso 4 de la Constitución, que dice que toda persona tiene derecho a la libertad de información, ha de ser interpretada de la siguiente manera: que ese derecho fundamental solo da cobertura constitucional a la información veraz”³⁰⁸. El TC señaló que solamente proporcionaba cobertura constitucional aquella investigación de información veraz, cierta, evidente e indiscutible, y lo desarrolla cuando el operador jurídico (el juez en concreto), no puede alegar algo distinto a lo que expone la *ratio decidendi*. Es decir, el juez no podrá aseverar (en sus resoluciones) que el art. 2º Inc. 4 de la CPP da cobertura constitucional a la información aparente, inveraz, falsa o inexistente (no puede establecer algo desigual).

Pero sí podrá el juez (en particular), valorar el caso en concreto que tiene que resolver, y determinar si le es aplicable o no la *ratio decidendi*³⁰⁹. Por ejemplo, un caso que ocurrió ante los Tribunales Españoles, es que hubo un periodista (comentarista político radial), que había llamado a un concejal (que hace las veces acá de un regidor dentro de los miembros de un consejo municipal), le había dicho que lo reputaba como un “*enano, feo y bueno para nada*”. Imaginando un caso de esta naturaleza, un operador jurídico (en concreto el

³⁰⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El contenido constitucional del derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento constitucional peruano*. Defensoría del Pueblo – Sede Piura, p. 3. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en http://www.defensoria.gob.pe/WEB-PIURA/ponencias_archivos/Ponencia-Luis-Castillo-C.pdf; Vide. STC. N° 3362-2004-PA/TC, del 13 de octubre de 2006, en el Caso de Prudencio Estrada Salvador, Fundamentos vinculantes 10, 14, 20, 24 y 27.

³⁰⁹ Esta doble constatación permite afirmar la siguiente regla: “en los casos en los que el Tribunal Constitucional haya establecido que determinadas razones son razones suficientes o *ratio decidendi*, esas valdrán como tales y vincularán a los operadores jurídicos, en particular a los jueces del Poder Judicial; si, por el contrario, el Tribunal Constitucional no ha manifestado nada al respecto en su sentencia constitucional, entonces será el operador jurídico -en particular los jueces del Poder Judicial- los encargados de establecer cuáles han sido las razones suficientes que constituyen la base del fallo. A esta regla se han de agregar, sin embargo, dos afirmaciones complementarias. La primera es que una de las maneras que tiene el Tribunal Constitucional de establecer las razones suficientes es a través de la figura de los precedentes vinculantes; sobre esto no se dirá nada más por ahora, pues su estudio se abordará con amplitud más adelante. Y la segunda es que en una sentencia en la que el Tribunal Constitucional no haya expresamente diferenciado entre razones suficientes y razones accesorias, le corresponde decidir al juez del Poder Judicial. Obviamente, si en el futuro el Tribunal Constitucional vuelve a manifestarse sobre un mismo asunto y reitera su jurisprudencia esta vez estableciendo la *ratio decidendi* -por ejemplo a través de los precedentes vinculantes-, entonces lo así establecido vinculará a todos los operadores jurídicos, incluidos los jueces del Poder Judicial”. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”. *op. cit.*, p. 637.

juez) tiene que resolver una demanda en la que un periodista ha llamado a otro, con apelativos insultantes.

Suponiendo que éste regidor interpone una demanda de tutela de derechos constitucionales, pretendiendo se deje sin cobertura constitucional esa información agravante; y el periodista le explica al juez, que su despacho no puede negarle cobertura constitucional a dicha información, porque el Tribunal Supremo Español, ha dicho que tiene cobertura constitucional la información que es veraz y evidente (en efecto, el concejal es enano, mide 1.40 metro, es feo en presencia real y se ha mantenido siempre con las rentas de sus pagos, como un bueno para nada). Esta información fáctica al ser declarada veraz e incontrastable constitucionalmente (a favor de la defensa del periodista). Efectivamente, entonces, la judicatura ordinaria debería de aplicar la *ratio decidendi* que el Tribunal Supremo Español ha establecido y declarar que la información emitida por el periodista es una información que tiene cobertura constitucional³¹⁰.

Si el juez se manejase por la idea de que el caso ya fue resuelto por el Tribunal Supremo a la hora que se estableció esa *ratio decidendi*, se expresaría que su actuar inmediato es declarar que esa información tiene cobertura constitucional. Sin embargo, *“el juez desde una perspectiva distinta, no debe olvidar que los jueces, son tales de investidura, del caso en concreto”*³¹¹. Entonces, en ese

³¹⁰ En efecto, la vinculación y la obligatoriedad de cumplimiento predicada en el fallo se extiende también a lo que a él se encuentra vinculado de modo estrecho e imprescindible: la *ratio decidendi*. En este mismo sentido se ha manifestado el parecer del Tribunal Constitucional al manifestar que (...) *“el carácter vinculante de las sentencias de este Tribunal, (...) no sólo se extiende al fallo, sino a su ratio decidendi, es decir, a aquellas motivaciones y argumentos que le permiten concluir en la decisión final del proceso”*. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”. *op. cit.*, p. 633.

³¹¹ *“En los jueces y la política (TAURUS, 1999), GUARNIERI y PEDERZOLI se preguntan si acaso no se están sobrevalorando los aspectos positivos de la cada vez más intensa intervención de la judicatura en el proceso político, que se refleja en hechos como el activismo judicial en países tradicionalmente alérgicos a los jueces, la aparición de formas de justicia trasnacional, la creación de organizaciones de autogobierno - como los consejos de la magistratura o judicatura-, la erosión del poder del órgano de casación (choque de trenes), el debilitamiento de la relación juez-ley por el hecho del control constitucional, la expansión de la justicia sobre los políticos (pérdida de investidura) y la reducción de los espacios políticos de decisión (judicialización de la política)”*. MONCADA ZAPATA, Juan Carlos. *Corte constitucional y colegislación*. Abogado de ORTEGA & MONCADA ABOGADOS ASOCIADOS – Argentina. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://www.avancejuridico.com/actualidad/articulos/Constitucional.html>; BARRANCO

caso concreto, resulta que darle cobertura constitucional a esa información sería injusto e indebido.

Consecuentemente, lo que debe de hacer el juez es argumentar que el caso que tiene que resolver es distinto respecto del cual se formuló la *ratio decidendi* (la información solo da cobertura constitucional si es veraz); está se debería referir a hechos, pero en el caso que tiene por resolver no está referida a hechos sino a opiniones o valoraciones³¹².

De esta forma, se nota la diferencia que al apuntar que una persona es un bueno para nada, enano y feo no es un elemento fáctico sino más bien es una apreciación, una valoración y un juicio subjetivo. Y las valoraciones no son veraces o inveraces, como sí son los hechos, las valoraciones son ofensivas o no ofensivas. El juez en este caso determinaría que el caso es distinto, pues el Tribunal Supremo estableció que en la *ratio decidendi* solo tiene cobertura constitucional la información veraz, estableciéndola cuando la información trata de hechos, y por tanto, cuando un hecho no es veraz o se dice una falsedad de un hecho que no ha ocurrido, no hay cobertura constitucional.

El presente caso (que tiene entre manos el juez), es muy distintito, no se trata de hechos, y al no tratarse de hechos no exige veracidad, no aplica esa *ratio decidendi* sino que aplica una interpretación que no es contraria a la que proporciona el Tribunal Supremo pero es distinta, disímil y desemejante³¹³.

AVILÉS, María del Carmen. *Constitucionalismo y función judicial*. Lima, Editorial y Librería Jurídica Grijley, 2011, p. 63; BREY BLANCO, José Luis. *Los jueces y la política: ¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?* Universidad Complutense de Madrid (UCM), Foro, Nueva Época, núm. 00/2004, p. 37. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://www.ucm.es/BUCM/revistas/der/16985583/articulos/FORO0404120037A.PDF>.

³¹² Cfr. CASTILLO ALVA José Luis, LUJAN TUPEZ Manuel y ZAVALETA RODRIGUEZ Róger. *Razonamiento judicial, Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*. op. cit., p. 102.

³¹³ Entonces, como se trata de saber si el Tribunal Constitucional tiene libertad plena para constituir cualquier razón suficiente o *ratio decidendi* en un precedente vinculante o, por el contrario, existe algún tipo de limitaciones. Esta pregunta ha sido contestada por el mismo Tribunal Constitucional quien ha establecido que su labor de crear precedentes vinculantes con la eficacia erga omnes propia de una ley se haya restringida al menos por las cuatro siguientes exigencias: una de las primera es que debe existir una relación directa entre el caso o controversia con base en la cual se formula el precedente y el contenido del precedente vinculante. En

Entonces, para dar cobertura constitucional a esa información no ha de contener valoraciones ofensivas.

Analizando esta reflexión, se aprecia el método de vinculación de una *ratio decidendi*; el juez no puede decir algo distinto a lo que dijo el Tribunal Supremo, pero sí valora, argumenta y decide. Si el caso concreto (que él tiene por resolver), es un caso que atañe o incumbe una interpretación contenida en una *ratio decidendi* consignada por este Supremo Tribunal³¹⁴.

Sin embargo, al hablar del precedente vinculante, se dice que existe un espacio para la decisión judicial, cuando el TC emite un precedente vinculante, no le está resolviendo los casos al juez. El juez no deja de ser el magistrado del caso en concreto; es decir, cuando el TC emite un precedente vinculante no anula ni desautoriza al juez, no lo convierte en boca muerta que repite el precedente, sino que siendo el precedente una norma (regla jurídica), el juez la ha de aplicar, si corresponde aplicarla, si no corresponde aplicarla, entonces no la aplicará.

Sobre el precedente vinculante (que supone hacer un adelanto a un tema venidero), el propio TC dice que éste es una regla jurídica general abstracta. Y a saber de todos, las reglas son supuesto de hecho más consecuencia jurídica.

este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido que *"es verdad que la configuración del caso en nuestro sistema jurídico no siempre se relaciona con hechos concretos sino con la evaluación en abstracto de normas, como ocurre en el caso del control de constitucionalidad de la Ley, por ejemplo"* [Exp. N° 3741-2004-AA/TC, Fundamentos 45]; confirmando de esta manera la posibilidad de que también en las sentencias de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional pueda establecer precedentes vinculantes. Y ha reconocido también que el precedente vinculante que declare el Tribunal Constitucional, debe ser necesario para la solución del caso planteado. Y la segunda exigencia es que si bien el precedente vinculante debe estar directamente relacionado con la controversia que intenta resolver, no puede referirse y agotarse en los hechos que conforman esta litis, sino que ha de trascender de ellos a efectos precisamente de adquirir ese carácter y valor general propio de las normas. Ha dicho el Tribunal Constitucional que *"el precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos"* [Ídem, F. J. 46.]. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional". *op. cit.*, pp. 654 – 655.

³¹⁴ Cfr. VELEZMORO PINTO, Fernando. "El precedente constitucional vinculante según la jurisprudencia del tribunal Constitucional peruano y el neoconstitucionalismo". en *Revista Jurídica del Perú*, T. 112, Junio 2010, p. 64. Asimismo, corrobórese la información con las STC. N° 4119-2005-PA/TC, *cit*, Fundamento 12 y la STC. N° 0012-2005-PI/TC, del 26 de setiembre de 2005, Fundamento 04.

El juez, ha de analizar si en el caso concreto que tiene él por resolver, se verifica o no el supuesto de hecho; si no se verifica el supuesto de hecho, no aplica la consecuencia jurídica³¹⁵.

Y ello no supone haber contradicho el precedente vinculante, por el contrario, eso supone aplicación del precedente porque solo exige aplicar la consecuencia jurídica cuando en el caso ocurre que se cumple el supuesto de hecho. Lo rechazable es que, cumpliéndose el supuesto de hecho, el juez no aplique la consecuencia jurídica o lo criticables es que el juez reformule la regla jurídica que el TC ha establecido.

En efecto, la *ratio decidendi* es entonces aquel núcleo de argumentos contenidos en la sentencia, y cuya lectura y análisis permitirá comprender los fundamentos de hecho y de derecho a partir de los cuales se desprende o encuentra basamento el *decisum*³¹⁶. Y es que si el obiter dicta no guarda directa vinculación con el *decisum*, lo que, sin embargo, sí es predicable respecto de la *ratio decidendi*, y la lógica de los precedentes constitucionales vinculantes en términos generales es la creación de reglas abstractas para la resolución de futuros casos análogos, es posible entender que será *ratio decidendi* la que contenga el precedente vinculante.

Siendo así, destacando algo que supone un adelanto al tema de los precedentes, es que se debe tener en claro, que la jurisprudencia vinculante – los precedentes vinculantes en concreto- no anulan la labor del juez. La labor del juez es ser creador de la decisión justa al caso en concreto, esa decisión justa que ha de crear al caso en concreto, no la dio ya el supremo intérprete, (quien conoce el caso concreto es el juez, y no el TC).

³¹⁵ Cfr. HUERTA OCHOA, Carla. *La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 929. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://www.biblioteca.org.ar/libros/90956.pdf>.

³¹⁶ Cfr. ADRIÁN CORIPUNA, Javier. “La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial”. En *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra Editorial, 2007, p. 133.

Por eso, el precedente vinculante no debe ser entendido como una losa que aplasta al juez, sino ha de ser visto como un instrumento o herramienta que se dota de mayor predictibilidad para hacer justicia constitucional, para construir el juez la decisión justa³¹⁷; sí al caso concreto, la aplicación de un precedente vinculante, lo convierte en injusto, el juez no la ha de aplicar, obviamente tendrá que justificar porque es que la aplicación al caso en concreto la hace injusta.

2.2.2.- El carácter persuasivo de la interpretación contenida en un *obiter dicta*.

La cosa cambia, cuando se trata del *obiter dicta*, para el TC peruano este tiene fuerza persuasiva, es decir, el TC emite juicios a través de *obiter dicta* con la finalidad de persuadir al juez ordinario para que se pliegue a ese modo de entender las cosas³¹⁸; como se comprenderá, es esencial –al carácter persuasivo- la posibilidad de que no persuada a nadie.

Lo que tiene representación de persuasivo necesariamente sobrelleva la posibilidad e idea de que no persuada. Si el propio TC dice que lo que va contenido en un *obiter dicta* tiene perfil de persuasivo, significa que lo que va contenido ahí podría no persuadir al juez, y éste no solamente puede no

³¹⁷ Porque, un precedente vinculante en ese mismo perfil, procura también “*optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de la sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales*”. Cfr. DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. “*Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional en materia laboral*”. *op. cit.*, p. 6.

³¹⁸ Viéndolo de esa manera, “(...) *esta razón del mencionado desmarque de la interpretación contenida en un obiter dicta sólo estará permitido si y sólo si existe una argumentación realmente válida para ello* [Exp. Nro. 0024-2003-AI/TC, dos reglas generales de la argumentación jurídica pueden recordarse aquí: “(Fundamento 13) *Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse. (Fundamento 14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación*”]. ALEXANDER, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 265. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Configuración de los precedentes vinculantes en el ordenamiento peruano”. en *Jus-Constitucional*, T. 01, Enero 2008, p. 60. *Si ésta argumentación no existe o es manifiestamente insuficiente o existiendo el juez no la presenta ni justifica su aplicación en una litis concreta, entonces estará obligado a seguir el obiter dicta. Esta facultad de seguir o no el camino trazado por un obiter dicta se condice con el carácter orientativo y persuasivo que del mismo ha reconocido el Tribunal Constitucional; y la exigencia de una argumentación constitucionalmente válida para no seguir el criterio marcado por el obiter dicta se condice con el reconocimiento con un grado de vinculación -aunque de intensidad menor al de la ratio decidendi- de los obiter dicta*”. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”. *op. cit.*, p. 635.

aplicarlo a casos distintos, sino incluso tener una concepción contraria a la que se recoge en el *obiter dicta*³¹⁹. En deducción, por tanto, el contenido de la *ratio decidendi* no se puede cambiar por el juez, lo que puede hacer es valorar las circunstancias que lo lleven a determinar que, aquella *ratio decidendi* no se aplica al caso en concreto³²⁰.

Con el *obiter dicta* ocurre una cosa distinta, el juez puede efectivamente (si no le persuade el *obiter dicta*) no aplicarlo al caso en concreto, porque el caso en concreto es distinto al caso respecto del cual se refiere ese *obiter dicta*³²¹. No obstante, el propio Tribunal ha insistido en decir que son la *ratio decidendi*, mas no los *obiter dicta*, los que vinculan.

Las sentencias del TC en su parte considerativa no agrupan las razones o los fundamentos jurídicos (según sea el caso: una *ratio decidendi* o un *obiter dicta*); porque al poder dar lectura a las sentencias constitucionales puede verificarse que los fundamentos expuestos en ellas se concretizan en una lista larga, sin que ello haga referencia a plasmar fundamentos jurídicos³²², que por una lado,

³¹⁹ Un ejemplo: un chico, de nombre Carlos le dice a un amigo Juan, que está enamorado de Laura, y que consecuentemente se le va a declarar; entonces Carlos va y se declara a Laura, y este le pregunta si le gustaría salir con él, y ella le contesta que no; Carlos vuelve donde Juan y le dice que no logró persuadir a Laura. Vide. STC. N° 4119-2005-PA/TC, *cit*, Fundamento 12. Y no puede ser de otra forma, “*como se ha puesto de manifiesto anteriormente, el Tribunal Constitucional ha definido el obiter dicta o razón subsidiaria reconociéndole simplemente un valor orientativo o persuasivo. No habría sido posible, no al menos sin incurrir en una grave incoherencia, atribuir este carácter persuasivo u orientativo a los obiter dicta y a la vez afirmar que sirven de base para establecer precedentes vinculantes. De modo que si una razón considerada subsidiaria o accidental no merece un simple carácter persuasivo, sino que por el contrario permite -y exige- reconocerle un carácter vinculante a través de la figura de los precedentes vinculantes, entonces lo más probable es que esa razón no sea una razón subsidiaria sino una razón suficiente. Por tanto, los precedentes vinculantes sólo podrán ser declarados como tales desde las ratio decidendi o razones suficientes para el fallo, y no desde los obiter dicta o razones subsidiarias*”. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”. *op. cit.*, p. 647.

³²⁰ Vide. STC. N° 4835-2004-PA/TC, del 19 de abril de 2007, Fundamento 16.

³²¹ Esta justificación “*supone no solo la explicación ordinaria de las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión, sino que incluye una exigencia suplementaria de justificación del apartamiento del criterio anterior*”. Vide. GASCÓN ABELLÁN, Mariana. *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, TECNOS, 1993, pp. 39 – 40. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Configuración de los precedentes vinculantes en el ordenamiento peruano”. *op. cit.*, p. 60.

³²² Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo y ETO CRUZ, Gerardo. “Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Perú”. en ETO CRUZ, Gerardo (Coord.). *La Sentencia Constitucional en el Perú*, 1^{ra} Ed., Lima, Editorial Adrus, Centros de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2010, p. 78.

son *ratio decidendi* y por el otro, son *obiter dicta*. Por el contrario, sólo es una memoria –a veces- larga de razones o fundamentos jurídicos.

Ahora, la pregunta a plantear es: ¿quién diferencia un fundamento jurídico que es *ratio decidendi*, de uno que se plantea como un *obiter dicta*? La respuesta lógica a plantearse expresaría que quién se ve llamado a diferenciar es el hacedor de la sentencia constitucional, es decir, el TC; sin embargo, ocurre todo lo contrario: que no lo hace ni lo forja. A su turno, pese a una omisión valiosa del hacedor jurisdiccional, cabe reconocer que sí lo haría, sería sólo en una ocasión o posibilidad, que ha de tratarse más adelante.

A pesar de lo afirmado, la fórmula que interesa esbozarse como criterio general, plantea que quien hace o debe cargar con forjar la diferenciación entre una y otra razón, es el juez; quien teniendo la sentencia ante sí, tiene que preguntarse si lo que dice el TC lo está apuntando en un *obiter dicta* o en una *ratio decidendi*³²³.

Afirmar que el juez es quien hace la diferenciación abre las puertas a un riesgo, que el juez con la finalidad de desvincularse de lo que dice el Tribunal, puede que diga que algo es *obiter dicta* para así poder desmarcarse claramente cuando en realidad es una *ratio decidendi*³²⁴. Si el juez es quien decide, qué

³²³ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”. *op. cit.*, p. 658.

³²⁴ En este contexto, debe ser interpretada la siguiente afirmación: “*la ratio decidendi será aquella que los jueces posteriores reconozcan en una sentencia anterior y apliquen para una caso presente. Está en una consideración básica que se deriva de la estructura del Derecho como una praxis jurídica compleja. Solo el juez posterior puede evaluar cuáles son las razones que fundamentaron el sentido de los fallos anteriores (...) De este modo, solo con base en una análisis ulterior de los hechos, pretensiones, disposiciones constitucionales relevantes y los criterios determinantes de la decisión puede el juez posterior determinar cuál fue la ratio decidendi de una caso anterior y, de esta manera, aplicarla al caso actual*”. Vide. BERNAL PULIDO, Carlos. *El Neoconstitucionalismo a debate*. 1^{ra} Edición, Impreso en Perú, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006, pp. 65 – 66. Una misma interpretación la encuentra en BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 179. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Configuración de los precedentes vinculantes en el ordenamiento peruano”. *op. cit.*, p. 61. Asimismo, puede consultarse la reciente publicación de LOZANO TELLO, Jeannette. “¿Quiénes son los jueces posteriores en el precedente constitucional peruano?” En *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 57, Setiembre 2012, p. 367 – 374.

parte de la sentencia es *ratio decidendi* y qué parte es *obiter dicta*, se corre el riesgo de que un juez que quiere ir por su cuenta y, por ende, desvincularse de la jurisprudencia del TC, diga que algo es *obiter dicta* cuando verdaderamente es *ratio decidendi*.

Entonces, frente a este riesgo, habría que preguntarse si existen razones objetivas para diferenciar una *ratio decidendi* de una *obiter dicta*, y las razones objetivas tienen que ver con la definición que da el TC: “*el juez sólo podrá considerar que es ratio decidendi, algo que es necesario para el fallo*”; subsiguientemente, el juez podrá considerar que algo no es *ratio decidendi* (y por tanto es *obiter dicta*) cuando esa razón no es necesaria para el fallo³²⁵. Aunque el juez quiera suponer como *obiter dicta* una razón suficiente que es necesaria para el fallo, no podría pasar como *obiter dicta*, tendría que considerarla necesariamente como razón jurídica suficiente (*ratio decidendi*).

Por eso, cuando se expresa que el Órgano de Control de la Magistratura (OCMA) va examinar si el juez se ha desvinculado o no de la jurisprudencia del TC³²⁶, no puede actuar sin considerar estas diferenciaciones: primero, que hay razones que son distintas (*ratio decidendi* y *obiter dicta*); segundo, mirar las razones que da el juez para establecer si algo es *ratio decidendi* o es *obiter*

³²⁵ Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. “La fuerza vinculante del precedente judicial”. en *Jus-Constitucional*, T. 01, Enero 2008, p. 109.

³²⁶ Una posición al respecto la trae, PALMA BARREDA, Dariberto. *El rol del juez y la función jurisdiccional*. Trujillo, Editorial Normas Legales, 2006, p. 236. Quien extiende la interpretación del artículo VI del Código Procesal Constitucional, para afirmar que dicha evaluación se sustenta legalmente en su segundo párrafo: “*Los Jueces interpretan y aplican (...) los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional; entendida toda ella como conjunto de jurisprudencia constitucional vinculante. Aquí sólo interesa hacer la referencia a los procesos de inconstitucionalidad y no a los procesos de acción popular porque estos últimos no llegan a ser conocidos por el TC en ningún supuesto. Ello encuentra, a su vez, fundamento en la Primer Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301), según los cuales: “los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad”*. GAMBA VALEGA, César. “Los Principios Tributarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. en *Jus-Constitucional*, T. 10, Octubre 2008, p. 237. Asimismo, podemos contar con el documento de trabajo elaborado, en el marco de un estudio que se viene realizando sobre el fenómeno de la Corrupción Judicial en el Perú con el apoyo de la agencia de cooperación *National Endowment of Democracy*, por el Área de Justicia de la Comisión Andina de Juristas, cuyo título es: *El control disciplinario en la función judicial*.

dicta; tercero, no perder de vista que si son razones fuertes o no (si son razones fuertes habrá razonabilidad, si son razones débiles es posible que haya mera arbitrariedad).

Y desde ya, con estas diferenciaciones al respecto: primero al objeto de la *ratio decidendi* y del *obiter dicta*, y segundo a cómo éstos vinculan al ejercicio jurisdiccional. Corresponde pasar a examinar los arts. VI y VII del CPCCont.³²⁷ para que, con su especial ayuda, se pueda lograr una respuesta a cuál es la vinculación a la jurisprudencia del TC, y en especial, la vinculación del precedente constitucional vinculante.

2.2.3.- La vinculación del precedente vinculante propiamente dicho.

Apreciado este contexto, se pondera que a partir del primer párrafo del art. VI del CPCCont. no vendría al caso, puesto que no se refiere a la vinculación a la jurisprudencia del TC. Sin embargo, el segundo párrafo de este artículo procesal dice lo siguiente: “*los jueces no podrán inaplicar una norma confirmada por el Tribunal Constitucional en su constitucionalidad*”³²⁸; si el Tribunal confirmó la constitucionalidad de una ley, luego el juez (escribe esa disposición) no podrá inaplicar esa ley a un caso concreto.

³²⁷ Puesto de manifiesto estos puntos de vistas, es posible ya entrar al análisis de los artículos VI y VII CPCConst., que -como se dijo antes- contienen la principal regulación acerca de los productos interpretativos en la jurisprudencia del TC. Tres situaciones son las reguladas en estos dos preceptos legales.

³²⁸ MARAVÍ S., Milagros. “Corte Suprema y Tribunal Constitucional en Perú y Bolivia: las relaciones del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el Perú a partir del análisis de la Jurisprudencia”. En *Ius Et Praxis*, Año 04, N° 01, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – Universidad de Talca, Chile, 1998, Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe: Ciencias Sociales y Humanidades [REDALYC] p. 105. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19740108.pdf>; EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. *Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional*. Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, a desarrollarse durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México [UNAM], p. 47. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2222/5.pdf>. Y finalmente, BARDELLI LARTIRIGOYEN, Juan Bautista. *El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú: una visión introspectiva*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 355 – 356. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20051/pr/pr18.pdf>

La pregunta es cómo se ha de interpretar, y por tanto, cuál es la vinculación del juez a la jurisprudencia del TC emitidas en los procesos de inconstitucionalidad³²⁹, porque este segundo párrafo del art. VI está haciendo referencia a las acciones de inconstitucionalidad (diferenciándose claramente de acciones de amparo, habeas data y habeas corpus, porque su juicio es posiblemente muy distinto). La respuesta de este segundo, entonces, refiere que *“el juez está vinculado al punto que no puede inaplicar una ley que ha sido confirmada en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional”*.

En ese orden de ideas, se presentan dos supuestos especiales³³⁰: el primer supuesto, tiene que ver con la existencia de una resolución del TC que declara inconstitucional una ley, y que en tal pretendido no genera ningún riesgo o ningún tipo de cuestionamiento que se pueda presentar respecto del fallo. Por la sencilla razón de que la ley deja de existir (indiscutible para el razonamiento del juez), y por tanto, al dejar de tener vigencia ésta no concierne atender el fallo.

Más bien le incumben o conciernen (en específico) a los jueces los fundamentos jurídicos, al menos para dos apócrifos: a) en caso que el legislador quiera insistir en una ley “x” (en la etapa de producción legislativamente) semejante (sustancialmente) a una ley “y” que el TC ha declarado como inconstitucional, y que en consecuencia, ha sido derogada no

³²⁹ Como se sabe, *“con la demanda de inconstitucionalidad que se presenta y resuelve en el seno del Tribunal Constitucional, se solicita a éste que examine en abstracto la constitucionalidad de una norma con rango de ley. Este Tribunal puede resolver declarando la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados, o por el contrario, puede declarar y confirmar su constitucionalidad. Si el Tribunal Constitucional declara lo primero, el precepto legal encontrado inconstitucional queda sin validez jurídica (artículos 103º y 204º de la Constitución), es decir, es expulsado del ordenamiento jurídico y no podrá ser invocado ni aplicado por ningún operador jurídico en ningún caso. Si, por el contrario, se declara lo segundo, el precepto cuestionado queda confirmado en su constitucionalidad, de modo que ninguna autoridad ni ningún particular podrá dejar de aplicarlo en cualquier caso futuro”*. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”. *op. cit.*, pp. 639. Las sentencias de inconstitucionalidad sí han sido empleadas, sin embargo, para abordar teóricamente algunas cuestiones que trae consigo el precedente vinculante, aunque insistimos sin declararlos como tal. Cfr. STC. N° 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre de 2005; STC. N° 00053-2004-PI/TC, del 16 de mayo de 2005, Fundamento V; y la STC. N° 0047-2004-AI/TC, cit.

³³⁰ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Configuración de los precedentes vinculantes en el ordenamiento peruano”. *op. cit.*, pp. 67 – 69.

permitiendo que los jueces apliquen dicha ley pretendida (ley “x”), por la razón de que le vinculan los fundamentos jurídicos que proporcionó el TC en la sentencia que declaró inconstitucional la ley “y”³³¹.

El juez en esa sentencia debe asumir la importancia y la atención del caso presentado. No obstante, b) el hecho de que la ley este derogada no significa que los fundamentos jurídicos que utilizó el TC para derogar la ley no le atañen. Por el contrario, debe utilizar esos fundamentos jurídicos para inaplicar la ley inconstitucional, porque si el juez no toma en cuenta los fundamentos jurídicos puede que termine aplicando una ley posterior sustancialmente semejante a la derogada, y por tanto, incurriendo el juez en inconstitucionalidad. Por el contrario, debe utilizar los fundamentos jurídicos para inaplicar en el futuro una ley sustancialmente semejante a la ley inconstitucional³³². En resultado tendíamos, primero, que son relevantes los fundamentos jurídicos para cuando

³³¹ Este fallo tendrá efectos generales, es decir, efectos erga omnes, en tanto que el examen de constitucionalidad del precepto cuestionado se realiza no en función de las circunstancias de un caso concreto, sino más bien a través de un juicio general y abstracto de la constitucionalidad propia de la justicia constitucional concentrada. Esto quiere decir que todos los operadores jurídicos, y en particular los jueces del Poder Judicial, están vinculados de modo general al fallo de una sentencia de inconstitucionalidad. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”. *op. cit.*, pp. 640.

³³² Siempre y cuando, a esa nueva ley se vuelva interponer una nueva acción de inconstitucionalidad, porque si no lo hubiera esa ley estaría vigente. Ciertamente, si es una ley que está vigente pero que sustancialmente es igual a una declara inconstitucional, sobre esa ley posterior, no será interpuesto ninguna acción de inconstitucionalidad, y por tanto, está vigente. Con todo, la consulta que cae por su propio peso al igual que su respuesta es sí el juez la ha de aplicar, y tendría que inaplicarlas, si siendo sustancialmente iguales los fundamentos jurídicos son aplicables. Por dar ejemplo, aunque parezca paradójico, suponiendo que se apruebe una Ley de desarrollo del Derecho a la Vida, que apunta –en su artículo único- a los nacidos en el mes de mayo a no tener derecho a vivir. Se interpone una acción de inconstitucionalidad en contra de esa ley, y el Tribunal Constitucional declara que es inconstitucional por vulnerador del contenido esencial al derecho a la vida. En ese ínterin, doce meses después, el Congreso emite una ley indicando que todos tienen derecho a la vida excepto los nacidos en el mes de julio. Por lo tanto, esa ley está vigente porque no se interpuso una acción de inconstitucionalidad, pero el juez la de aplicar o ha de inaplicar; está obligado a inaplicar con base en los fundamentos jurídicos por las cuales el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional a una ley sustancialmente semejante, por observancia de una jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional (es decir, los fundamentos jurídicos en aquella sentencia que declaró inconstitucional a una ley sustancialmente semejante). A partir de ese solo punto, resulta que el juez está obligado a examinar la constitucionalidad de la ley que va aplicar y si la encuentra inconstitucional la inaplica. Así, lo que no podrá concluir es aplicar una norma que es inconstitucional, cuando el Tribunal respecto de otra norma sustancialmente semejante la encontró inconstitucional; por el contrario, ello no significa que el juez este obligado a inaplicar. Es decir, a lo que sí está obligado es preguntarse si es o no inconstitucional, pero no está obligado a dar una respuesta u otra. Sí está obligado a dar una respuesta, en un sentido, cuando el Tribunal ha dado los fundamentos jurídicos por una sentencia sustancialmente semejante.

el legislador quiere insistir, y en segundo lugar, podemos contar con la posibilidad de inaplicar esa nueva ley (sustancialmente semejante a la ley inconstitucional)³³³.

En definitiva, para aclarar el primer supuesto se toma en cuenta, que tiende a pensarse que en las sentencias de inconstitucionalidad (que declaran fundada la demanda), al juez no le atañe el fallo porque la ley quedó derogada. Por el contrario, lo que al juez sí le atañe es la jurisprudencia vinculante (las interpretaciones y/o razones contenidas en una resolución que declara inconstitucional una ley, y por tanto son vinculantes para el juez). El juez en el futuro no podrá aplicar una ley sustancialmente semejante a una ley que ha sido declarada inconstitucional por el TC; si lo hiciese se estaría desvinculando de la jurisprudencia constitucional³³⁴.

De otro lado, como segundo supuesto, se explica tomando en consideración que cuando el TC declara improcedente o infundada una demanda de inconstitucionalidad y, más bien, se confirma la constitucionalidad de la ley³³⁵. En consecuencia, el rechazo de la demanda de inconstitucionalidad.

Entonces, cuando una sentencia de inconstitucionalidad confirma, homologa o ratifica la constitucionalidad de una ley (dice el CPCCont.), los jueces no pueden inaplicarlas. No obstante, el juez podría inaplicar una ley confirmada en su constitucionalidad al menos en dos casos³³⁶: el primer caso advierte que el juez puede inaplicar una ley confirmada en su constitucionalidad por el TC, siempre

³³³ GARCÍA TOMA, Víctor. “Jurisprudencia constitucional y efectos de las sentencias de inconstitucionalidad”. En *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. T. II, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2005, p. 1116.

³³⁴ En ese contexto, significaría como contenido de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: el fallo y las razones. El fallo porque vincula siempre y las razones vinculan según sean *ratio decidendi* o según sean *obiter dicta*. El Tribunal Constitucional cuando declara inconstitucional una ley emite unas *ratio decidendi* o razones necesarias, y éstas vinculan al juez para que en el futuro no pueda aplicar leyes sustancialmente semejantes a leyes que ha sido declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

³³⁵ Como resultado del segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237): “*Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad (...)*” por el Tribunal Constitucional.

³³⁶ Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor. “Jurisprudencia constitucional y efectos de las sentencias de inconstitucionalidad”. *op. cit.*, pp. 1117 - 1118.

y cuando la inaplicación se lleve a cabo respecto de parámetros constitucionales distintos.

Es decir, el TC que confirma la constitucionalidad de una ley porque no vulneraría determinados parámetros constitucionales de la CPP (por ejemplo, que una ley “z” sea constitucional con los parámetros del art. 24º Derecho a una Remuneración o art. 27º Protección contra el Despido Arbitrario³³⁷). De esta manera, *“el juez puede declarar inconstitucional una ley, y por tanto inaplicarla al caso, con base en artículos o parámetros diferentes a los que fueron examinados por el Tribunal Constitucional”*³³⁸. En tal sentido, que una sentencia del Tribunal señale que la ley no vulnera el art. 24º y 27º de la CPP (y por tanto se confirma su constitucionalidad), el juez puede inaplicar esa ley si considera que vulnera (por ejemplo) el art. 37º³³⁹ respecto de la extradición. Por esa razón, a lo que está vinculado el juez es al parámetro de constitucionalidad verificado por el TC.

En consecuencia, este art. VI del CPCCont. que dice que el juez no puede inaplicar una ley confirmada en su constitucionalidad tiene que ser tomada con mucho cuidado; puesto que el juez puede inaplicar una ley confirmada en su constitucionalidad por TC, siempre y cuando la inaplicación provenga de un examen de constitucionalidad con base en disposiciones constitucionales distintas o disímiles.

³³⁷ Vide. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 24º.- *“El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”*; Artículo 27º.- *“La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”*.

³³⁸ GARCÍA TOMA, Víctor. “Jurisprudencia constitucional y efectos de las sentencias de inconstitucionalidad”. *op. cit.*, p. 1118.

³³⁹ Vide. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 37º.- *“La extradición sólo se concede por el Poder Ejecutivo previo informe de la Corte Suprema, en cumplimiento de la ley y de los tratados, y según el principio de reciprocidad. No se concede extradición si se considera que ha sido solicitada con el fin de perseguir o castigar por motivo de religión, nacionalidad, opinión o raza. Quedan excluidos de la extradición los perseguidos por delitos políticos o por hechos conexos con ellos. No se consideran tales el genocidio ni el magnicidio ni el terrorismo”*.

En un segundo caso tenemos que incluso el juez puede inaplicar una ley que ha sido confirmada en su constitucionalidad por el TC con base en el mismo precepto constitucional³⁴⁰, es decir, si el TC ha dicho que una ley no vulnera el art. 27º de la CPP, es posible que el juez inaplique esa ley diciendo que aquella (en el caso en concreto) si se vulnera el art. 27º. Las razones que se tendrían para afirmar aquello serían las siguientes: a) el examen que realiza el TC es general y b) el examen que realiza el juez es al caso en concreto³⁴¹; algo que es constitucional en general puede ser inconstitucional en el caso en concreto. Entonces, solamente el juez está vinculado a la jurisprudencia, cuando esta formulada en términos generales y no en términos del caso en concreto.

Justamente, el TC tiene un pronunciamiento de esta naturaleza, recordando así la Ley del ITF / Decreto Legislativo N.º 947 (Ley que crea el Impuesto a las Transacciones Financieras), esa ley fue cuestionada vía una acción de inconstitucionalidad ante el TC porque supuestamente vulneraba el art. 74º de la CPP³⁴² (respecto a la prohibición de confiscatoriedad)³⁴³. El TC en su

³⁴⁰ Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor. “Jurisprudencia constitucional y efectos de las sentencias de inconstitucionalidad”. *op. cit.*, p. 1118.

³⁴¹ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Configuración de los precedentes vinculantes en el ordenamiento peruano”. *op. cit.*, pp. 60 - 61.

³⁴² Vide. STC. N.º 0004-2004-AI/TC-LIMA, N.º 0011-2004-AI/TC, N.º 0012-2004-AI/TC, N.º 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC, N.º 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC y N.º 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS), del 25 de setiembre de 2004, en el Caso del Colegio de Abogados de Huaura, más de 5000 ciudadanos, el Colegio de Contadores Públicos de Loreto, el Colegio de Abogados de Ica, el Colegio de Economistas de Piura y el Colegio de Abogados de Ayacucho, a las que se han adherido el Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, el Colegio de Abogados de Puno, el Colegio de Abogados de Ucayali y el Colegio de Abogados de Junín, contra los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º y 20º del Decreto Legislativo N.º 939 —Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad—, y, por conexión, contra su modificatoria, el Decreto Legislativo N.º 947, que regulan la denominada “bancarización” y crean el Impuesto a las Transacciones Financieras (en adelante ITF); así como contra los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º y 19º de la Ley N.º 28194 —Ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía—, que subroga los referidos Decretos Legislativos. Vide. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 74.- “Principio de legalidad en materia tributaria: Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio. Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen

sentencia dijo que la Ley del ITF no era inconstitucional porque no vulneraba el art. 74º de la CPP, simplemente porque consideró que no fuera confiscatorio³⁴⁴. Suponiendo, entonces, que le llega al juez un caso de un empresario que hace o mueve muchas transacciones financieras (al día hace mil transacciones), para esta caso en concreto puede que el impuesto si le sea confiscatorio, y por tanto, ese empresario le pide al juez que inaplique la ley al caso en concreto; el juez – por ende- puede y debe inaplicar la ley al caso en concreto por confiscatoria, aún cuando el TC haya dicho de modo general que la Ley del ITF no es confiscatoria (recordando: el juicio que se realiza el Tribunal puede ser justo en forma general, mientras el juicio que realiza el juez puede ser injusto al caso concreto).

De esta manera, se puntualizó en la sentencia del TC que: *“este colegiado debe precisar que respecto de la alegada afectación del principio de no confiscatoriedad de los Tributos (es decir, la ley que crea el ITF), si bien se encuentra en capacidad este Tribunal de confirmar la constitucionalidad de la ley impugnada, desde un punto de vista abstracto -único que cabe en un proceso de inconstitucionalidad- no puede descartar este Tribunal la posibilidad de que tal inconstitucionalidad sea verificable en el análisis de determinados*

a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación. No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”.

³⁴³ Dicha posición de analizar la constitucionalidad de una norma, para dar respuesta de su inconstitucionalidad o confirmación de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional se ha dispuesto, como se ha señalado en la STC. N° 001-2004-AI/TC, de fecha 27 de setiembre de 2004, que: *“(…) en materia de justicia constitucional (...) la norma inferior (v.g. una norma con rango de ley) será válida sólo en la medida que se a compatible formal y materialmente con la norma superior (v.g. la Constitución). Constatada la invalidez de la ley, por su incompatibilidad con la Carta Fundamental, corresponderá declarar su inconstitucionalidad, cesando sus efectos a partir del día siguiente al de la publicación de la sentencia de este tribunal que así lo declarase (artículo 204º de la Constitución) quedando impedida su aplicación a los hechos iniciados mientras tuvo efecto, siempre que estos no hubiesen concluido, y, en su caso, podrá permitirse la revisión de procesos fenecidos en los que fue aplicada la norma, si ésta versaba sobre materia penal o tributaria (...)”.* Vide. STC. N° 033-2004-AI/TC-Lima, del 28 de setiembre de 2004, Fundamento 02.

³⁴⁴ Básicamente, el principio de no confiscatoriedad se encuentra referido a *“la interdicción de carga fiscal exorbitante o extraordinaria”*. Se trata de que los sujetos llamados a contribuir no soporten una imposición tan alta que implique una privación de su patrimonio. Por lo tanto, al construir el límite máximo de la imposición, básicamente, el valor protegido con este principio es el derecho a la propiedad. CALVO ORTEGA, Rafael. Curso de Derecho Financiero, Vol. 1 [Derecho Tributario: Parte General], Navarra, Thomson-Civitas, 2006, p. 61. Citado por GAMBIA VALEGA, César. *“Los Principios Tributarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”*. *op. cit.*, p. 252.

*casos concretos, motivo por el cual los jueces ordinarios se encuentran en la plena facultad de inaplicar el ITF en los caso específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento cuando sea reconocible el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos concretos*³⁴⁵. El Tribunal está diciendo que aunque su Colegiado ha confirmado la constitucionalidad de la Ley del ITF, el juez puede inaplicarla a los casos concretos, porque él sólo valora de modo general la constitucionalidad mientras el juez valora de modo concreto.

De este modo, el segundo párrafo del art. VI del CPCCont. no está cerrando las posibilidades de que el juez inaplique leyes. No se le puede sancionar, por ejemplo, a un juez por haber inaplicado una ley confirmada en su constitucionalidad por el TC. Por el contrario, habrá que analizar y verificar primero si no se manifestaba alguno de estos dos casos antes presentados.

En seguida se analiza el art. VII del TP. del CPCCont.³⁴⁶, que recoge la figura del precedente constitucional vinculante. Al respecto, explica el TC su definición de la siguiente manera: *“precedente vinculante es aquella regla jurídica expuesta en caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general, y que por ende, deviene en parámetro normativo para resolución de futuros procesos de naturaleza homologa. El precedente vinculante tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley, es decir, es la regla general externalizada como precedente, y a partir de una caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los*

³⁴⁵ Los grandes alcances de este pronunciamiento, se ven dispersados en las siguientes sentencias constitucionales: STC. N° 2727-2002-AA/TC; STC. N° 2302-2003-AA/TC; STC. N° 0004-2004-AI/TC y STC. N° 0041-2004-AI/TC. Sin embargo, *“el Tribunal Constitucional no ha generado mayores parámetros que permitan definir en qué casos un tributo vulnera la capacidad económica por exceder este límite razonable. Ello convierte a la no confiscatoriedad en un principio vacío de contenido y con escasa aplicación práctica”*. GAMBVA VALEGA, César. “Los Principios Tributarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. *op. cit.*, p. 253. Vide. Vide. STC. N° 0004-2004-AI/TC-LIMA, N° 0011-2004-AI/TC, N° 0012-2004-AI/TC, N° 0013-2004-AI/TC, N° 0014-2004-AI/TC, N° 0015-2004-AI/TC, N° 0016-2004-AI/TC y N° 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS), del 25 de setiembre de 2004.

³⁴⁶ La Ley 28237 fue promulgada el 28 de mayo del 2004, fue publicado el 31 de mayo del mismo año y se fijó como fecha para su entrada en vigencia recién el 31 de noviembre del 2004.

*justiciables*³⁴⁷. La definición de precedente es realizada aquí sobre la base de un poder normativo que el TC se autoreconoce.

En efecto, son normas jurídicas creadas por el TC, a propósito de la tramitación de los procesos que son sometidos a su conocimiento y que servirán de pauta obligatoria a ser aplicada por los demás jueces, entidades públicas y particulares, cuando se les presenten casos análogos a los que les dieron origen³⁴⁸.

Sostiene el TC que la introducción de la idea del precedente vinculante en el ordenamiento jurídico peruano se debe a la puesta en vigencia del art. VII del TP. del CPCont., si bien el Colegiado había sido reemplazado desde fines del año 2000, sería a partir de fecha de entrada en vigencia de la norma procesal antes referida (1 de diciembre de 2004), que sumaría a la función jurisdiccional de resolución y revisión de conflictos la de fijar precedentes vinculantes con carácter normativo.

Concisamente, para el TC se protege que un precedente vinculante sea una regla preceptiva, que nace de un caso concreto y se formula con alcance general. El fundamento parece radicar en la necesidad imperiosa de ejercer una potestad no reconocida legislativamente; es decir, ampliar los efectos de sus decisiones que inicialmente sólo alcanzan a las partes del proceso³⁴⁹.

A partir ello se permitiría cuestionar si los precedentes vinculantes podrían ser formulados de *ratio decidendi*, de *obiter dicta*, o de ambos; es decir, si el TC podría establecer como precedente vinculante una razón contenida en una *obiter dicta* –por ejemplo-, o por el contrario los precedentes vinculantes sólo pueden ser formulados desde la *ratio decidendi*. Pues bien como ya se explicó anteriormente, la *ratio decidendi* es la razón necesaria que justifica la

³⁴⁷ Vide. STC. N° 0024-2003-AI/TC, *cit*, Fundamento 28; STC. N° 3741-2004-AA/TC, *cit*, Fundamento 36.

³⁴⁸ Cfr. DONAYRE MONTESINOS, Christian. “Precedente constitucional vinculante a la peruana: algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional”, *op. cit.*, p. 108.

³⁴⁹ Es lo que se deduce de la lectura conjunta de los Fundamentos 38 y 39 de la STC. N° 3741-2004-AA/TC.

determinación de un fallo (razón jurídica suficiente). De ser así el argumento vertido, al respecto del precedente vinculante tendría –necesariamente- que basarse en lo que es una *ratio decidendi*, más no en una *obiter dicta*, porque si el precedente tiende a ser vinculante, el ropaje o su indumentaria con el que se ha de cubrir es de *ratio decidendi*, puesto que como decía el TC el *obiter dicta* no vincula aún cuando tiene un carácter persuasivo³⁵⁰.

Por tanto, los precedentes vinculantes se han de formular a partir de *ratio decidendi*, y de ello, se corrobora gracias a lo que el TC ha manifestado al respecto: “*la regla que se establece a través del precedente vinculante debe ser necesaria para la solución del caso planteado*”³⁵¹, lo que significaría que la *ratio decidendi* sirven para ser formuladas en precedentes vinculantes. El propio Tribunal se dice asimismo que “*no debe formular una regla –como precedente vinculante- so pretexto de la solución de un caso, si en realidad ésta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo*”³⁵², puesto que estaría ausente esa razón necesaria –jurídica suficiente- que determinaría y justificaría el fallo.

En este momento, lo que se intentará es justificar que el precedente constitucional vinculante es fuente de derecho³⁵³, y por tanto, fuente de derecho constitucional³⁵⁴. Verdaderamente no lo dice la Constitución, pero la pregunta es

³⁵⁰ Los precedentes vinculantes no tiene un carácter persuasivo, sino que más bien vinculan rotundamente. STC: N° 0024-2003-AI/TC, *cit*, primera consideración previa. Cfr. DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. “*Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional en materia laboral*”. *op. cit.*, p. 7.

³⁵¹ Vide. STC. N° 3741-2004-AA/TC, *cit*, Fundamento 38 y STC. N° 0024-2003-AI/TC, *cit*, Fundamento 30.

³⁵² Vide. STC. N° 3741-2004-AA/TC, *cit*, Fundamento 43 y 49; STC. N° 0024-2003-AI/TC, *cit*, Fundamento 31.

³⁵³ Cabe señalar que el Tribunal Constitucional en el Caso de José Claver Nina-Quispe Hernández [Expediente N° 0047-2004-AI/TC] señaló que “*la jurisprudencia es fuente de derecho para la solución de los casos concretos dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente*”. GARCÍA TOMA, Víctor. “Las sentencias constitucionales: el precedente vinculante”. En *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparad*, *op. cit.*, p. 54.

³⁵⁴ Para entender esta justificación, se ha de “*partir de la superación del clásico concepto político de la Constitución a su concepto normativo, hoy la Constitución se presenta como el centro copernicano donde gira y dimana las fuentes del Derecho, en tanto la Constitución guarda conexión con el sistema de fuentes del Derecho* [DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*. 2^{da} Edición, Barcelona, Editorial Ariel, 1999], *estos es a aquello a lo que el ordenamiento confiere virtualidad de crear una norma; así, muy recientemente el Tribunal Constitucional a partir del pronunciamiento de la STC. N° 047-2004-AI/TC ha señalado que la Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del*

sí sólo existe lo que dice la Constitución o también hay contenidos implícitos en la Constitución³⁵⁵. Hace un momento, por ejemplo, se dijo que lo único que de modo expreso establece la Constitución es que el TC es controlador de la Constitución, no dice que es intérprete; tendríamos que admitir que al no decirlo la Constitución, el TC no es intérprete de la misma.

Sin embargo, hay que dar razones para justificar que el Tribunal es intérprete de la Constitución, y, una razón fuertísima es que no se puede controlar sin haber antes interpretado (es decir, quien es controlador necesariamente es intérprete), y al ser el Tribunal controlador máximo –porque tiene las máximas atribuciones para controlar- será necesariamente también intérprete máximo de la Constitución³⁵⁶.

Si el TC es intérprete máximo de la Constitución, cuando interpreta la Constitución (qué es lo que hace); por ejemplo, el art. 2º Inc. 4 de la CPP dice *“que toda persona tiene derecho a la libertad de información (...), sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”*³⁵⁷. Esa fórmula abierta o genérica no dice que es libertad de información ni

*resto de las normas, por tanto, la producción misma del ordenamiento estatal; y en tal sentido la Constitución se presentan como la fuente del Derecho y la que regula la producción normativa. A partir de esta situación, la ubicación de las sentencias dentro de las fuentes del Derecho peruano constituye un rol importante, en donde ya el Tribunal Constitucional la ha ubicado dentro de una manifestación de los modos de producción jurídica, como es la jurisprudencia”. GARCÍA BELAUNDE, Domingo y ETO CRUZ, Gerardo. “Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Perú”. *op. cit.*, p. 74. Además, Vide. STC. N° 3741-2004-AA/TC, *cit*, Fundamento 42. Cfr. GAMBA VALEGA, César. “Los Principios Tributarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. *op. cit.*, p. 237.*

³⁵⁵ Al respecto, se explica que si bien el contenido del precedente vinculante no figura expresamente en la Constitución, no cabe duda que su contenido se desprende de ella misma como si se tratara de una norma constitucional implícita o en todo caso adscrita. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Lima, Palestra Editores, 2008, pp. 135 – 136. Además, esta afirmación se refuerza *“cuando la propia Constitución, en el inciso 8 del artículo 139º, reconoce el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. No requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura”*. GARCÍA BELAUNDE, Domingo y ETO CRUZ, Gerardo. “Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Perú”. *op. cit.*, pp. 74 – 75.

³⁵⁶ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La vinculación a las interpretaciones del Tribunal Constitucional”. *op. cit.*, p. 200.

³⁵⁷ Vide. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 2º, Inciso 4.- *“Toda persona tiene derecho: A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni*

dice los casos concretos cómo se han de resolver, simplemente dice que todos tienen libertad de información.

El TC ha interpretado esa disposición y ha dicho que *“toda persona tiene derecho a la libertad de información veraz”*³⁵⁸, dicha expresión no está en la CPP con la referencia a información veraz y cierta; con la sentencia del Tribunal ha interpretado esa disposición constitucional y la ha concretado, y ha dicho que sólo tiene cobertura constitucional la información veraz, en adelante por tanto, el art. 2º Inc. 4 se lee como que toda persona tiene derecho a la libertad de información veraz³⁵⁹.

Y aquí se pregunta qué naturaleza jurídica tiene esa interpretación a través de la cual se está concretando una disposición abierta, es decir, qué naturaleza jurídica tiene el siguiente proverbio emitido por el TC: *“toda persona tiene derecho a la libertad de información veraz y cierta”*. A lo que se respondería, sin lugar a dudas, que es una norma, (hay la disposición que es abierta, y luego, la concreción de esa abierta disposición). Cuando el Tribunal interpreta crea normas; no es posible negarle que cree normas porque entonces le negaríamos la posibilidad de interpretar la Constitución. Y entonces, interpretar significaría concretar las disposiciones abiertas y genéricas³⁶⁰, lo que sería igual a una concreción normativa ya que el objeto concretado es también formal³⁶¹.

impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación”.

³⁵⁸ Vide. STC. N° 3362-2004-PA/TC, *cit*, Fundamentos vinculantes 10, 14, 20, 24 y 27.

³⁵⁹ Por todo lo demás, doctrinariamente debemos considerar al derecho de información *“como el derecho de informar y de recibir información, sobre los asuntos más diversas”*. Vide. GARCÍA SAN MIGUEL, Luís. *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Madrid, TECNOS, 1992, p. 23. Citado por TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coord.). *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada. op. cit.*, p. 385.

³⁶⁰ Todos tiene derecho a la libertad de información y el Tribunal Constitucional interpreta que solo tiene derecho a la libertad de información veraz.

³⁶¹ Vide. STC. N° 0024-2003-AI/TC, *cit*, Fundamento 28. La definición de precedente es realizada aquí sobre la base de un *poder normativo* que el Tribunal Constitucional se autoreconoce. Vide. STC. N° 3741-2004-AA/TC, *cit*, Fundamento 36.

Resumidamente, cuando la interpretación recae sobre la Constitución y la realiza el máximo intérprete conlleva a la creación de normas. El resultado o producto necesario de la interpretación es la creación de una norma, si al Tribunal le reconocemos que es intérprete no le podemos negar la capacidad de crear normas. Entendido así, *“el Tribunal Constitucional crea derecho constitucional, cuando concreta una disposición, crea una norma y esa norma que crea tiene rango constitucional”*³⁶². No obstante, aunque no lo dice la Constitución expresamente, pero a la ahora que se le pretende o llama a ser el controlador, y por tanto llamado a ser el intérprete, la interpretación que realiza necesariamente ha de ser concretadora de la Constitución, y por ende, creadora de normas constitucionales.

Aquí el problema es dar un paso más allá y preguntarse ¿puede ser una concreción de la Constitución, realizada por el Tribunal, inconstitucional? Claro que sí, instantes anteriores ya se había justificado la posición. Cuando una interpretación (concreción de una disposición abierta) que realiza el TC es inconstitucional, se tiene ahí una norma que es constitucional y a la vez es inconstitucional³⁶³. Así que, el TC puede crear derecho constitucional inconstitucional.

³⁶² La creación jurisdiccional del derecho constitucional -vía la expedición de sentencias que conforman la jurisprudencia constitucional- perfecciona, matiza e incluso hace flexible el orden jurídico en su conjunto. *“Es el instrumento por el que los órganos jurisdiccionales encargados de la defensa de la constitucionalidad dejan testimonio de su labor de guardianía. La jurisprudencia como fuente del derecho constitucional cumple las funciones siguientes: a) Garantiza la supremacía normativa de la Constitución; b) Coadyuva a la formación y aplicación correcta y concreta de los valores, principios, prácticas y normas constitucionales; y c) Interpreta y declara el sentido de la constitucionalidad, de conformidad con los retos del tiempo. En atención a lo establecido en la parte in fine del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces están obligados a interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos de conformidad con la jurisprudencia vinculante que emita el Tribunal Constitucional.* GARCÍA TOMA, Víctor. “Las sentencias constitucionales: el precedente vinculante”. *op. cit.*, pp. 54 - 55.

³⁶³ Recordemos, y resumiendo, la opinión antes vertida respecto de que la afirmación teórica de la prudente interpretación constitucional por parte del Tribunal Constitucional; no imposibilita que en la práctica si pueden haber significados constitucionales que en algunos casos son manifiestamente inconstitucionales. Por ejemplo, la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional, respecto del régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), por que la dice el Tribunal Constitucional viene hacer una interpretación suprema, es decir, constitucional; pero los argumentos esgrimidos son inconstitucionales, cuando estos contratos atentan contra derechos laborales de los trabajadores en forma general, ya ganados. Cfr. STC. N° 00002-2010-PI/TC, del 07 de Setiembre del 2010, Fundamentos 10 al 39. Sumado a ello, está presente con fecha 20 de setiembre 2010, la publicación de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional

Entonces, la pregunta es si una norma constitucional inconstitucional creada por el TC vincula, a lo que cabría responder que sólo podrá no vincular cuando sea manifiestamente injusta³⁶⁴ (cabe precisar que algo puede ser manifiestamente injusto para una persona y no ser manifiestamente injusto para otra –anteponiéndose argumentos distintos-, si ocurre eso, es que verdaderamente no es manifiestamente injusta y pasa a ser controvertido, porque lo manifiestamente injusto es tan claro que lo es para todos); y se exige que sea manifiestamente injusta porque lo que podría generar es un caos, es decir, entre los operadores jurídicos se pueden decir que para uno le parece que esa sentencia del Tribunal es inconstitucional, y por tanto no la sigue, cuando realmente sí es constitucional³⁶⁵.

Por lo tanto, para que uno esté habilitado a desvincularse de una sentencia del TC (de una concreción de la Constitución), ha de ser manifiestamente inconstitucional. Caso contrario, lo que ha de hacerse es no aplicarla al caso en concreto, por ser un supuesto de hechos distintos.

De esta manera, lo que se puede apreciar es que el TC crea derecho constitucional, aunque no lo haya dicho la Constitución, porque es una atribución implícita y necesaria a su posición jurídica. Ahora, y cuál es un canal a través del cual el TC manifiesta su creación de derecho constitucional, pues son los precedentes vinculantes³⁶⁶; por eso cuando un juez debe resolver un caso, y al caso se ha de resolver según el precedente vinculante y no lo hace, el juez

Constitucional del Perú del 31 de agosto 2010, Exp. N° 00002-2010-PI/TC que como precedente vinculante ha establecido que el Contrato Administrativo de Servicios es un contrato laboral y no civil.

³⁶⁴ Utilizando la expresión de GUSTAVO RAFBOLL, un profesor alemán que acuñó esta expresión a inicios de la segunda mitad del siglo pasado, advirtiendo que el derecho que es manifiestamente injusto no es derecho, y al no ser derecho no vincula.

³⁶⁵ Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor. “Jurisprudencia constitucional y efectos de las sentencias de inconstitucionalidad”. *op. cit.*, p. 1120.

³⁶⁶ Punto de vista que se comparte entre los siguientes autores: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. *op. cit.*, pp. 135 – 136; VELEZMORO PINTO, Fernando. “El precedente constitucional vinculante según la jurisprudencia del tribunal Constitucional peruano y el neoconstitucionalismo”. *op. cit.*, p. 64; CAMPOS ASPAJO, Liliana. “El precedente vinculante en el Derecho Constitucional: una visión sistemática”. en *Revista Jurídica del Perú*, T. 119, Enero 2011, p. 57; FIGUEROA BERNARDINI, Ernesto. “El precedente vinculante desde la perspectiva del Tribunal Constitucional”. *op. cit.*, p. 290; y demás.

incurre en inconstitucionalidad porque esta desconociendo una norma con rango constitucional creada por el TC, y en consecuencia, su actitud funcional recae en grave³⁶⁷.

Esto no quiere decir que el juez ha de seguir siempre las interpretaciones del TC, y recuérdese lo que se dijo anteriormente: “*el juez es juez de casos concretos*”, si el juez encuentra que al caso concreto no se aplica una norma constitucional, pues no se aplica, pero si el juez encuentra que al caso concreto se aplica la norma constitucional y no quiere aplicarla, incurre en una manifiesta inconstitucionalidad porque esta desconociendo la Constitución.

Si el Tribunal ha dicho algo manifiestamente injusto que calza al caso concreto, el juez no lo aplica, aún siendo casos concretos sustancialmente semejantes. Se estaría obligado a no aplicar por ser manifiestamente injusto. Pero hay que confiar y encomendarse a que hoy en día, prácticamente, el TC en ningún caso dice algo manifiestamente injusto, podrá decir algo controvertido o podrá presenciarse que se está equivocando efectivamente sus argumentos, pero si su razonamiento no es manifiestamente injusto se ha de seguir adelante, y así reconocer también que son las deficiencias de un sistema jurídico complejo.

En esta línea de pensamiento, establézcase que hay una historia recogida -no hace mucho- en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) llamado “Caso de los Guardianes del Muro”³⁶⁸. Según se cuenta una vez caído el Muro de

³⁶⁷ Los profesores DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique. [“Stare Decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial”. en *Revista de Economía y Derechos*, Lima, 2004, p. 17.] exponen que el precedente “*supone que una vez resuelta una cuestión mediante una sentencia, se establece un antecedente que, en principio, no puede ser variado posteriormente. La regla obliga a que se acaten los precedentes cuando en una controversia se susciten cuestiones de hecho y derecho idénticas. Ello se hace para mantener equilibrada la balanza de la justicia a fin de que esta no oscile con cada nueva interpretación de un juzgador (...). En suma, se pretende brindar seguridad jurídica mediante un sistema jurídico predecible*”. Citado por GARCÍA TOMA, Víctor. “Las sentencias constitucionales: el precedente vinculante”. en TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coord.). *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada. op. cit.*, p. 55.

³⁶⁸ Cfr. Tribunal Constitucional Federal de Alemania (Bundesverfassungsgericht): “Guardianes del Muro” – “Mauerschützen” – [BVerfGE 95, 96]. Versión abreviada de la traducción del alemán por Eduardo R. Soderó. En VIGO, Rodolfo Luis. *La Injusticia extrema no es Derecho*, pp. 73 – 99. Vide. TRAVIESO, Juan

Berlín, las autoridades militares concretas tenían a cargo vigilar el muro para que no traspase ninguna persona de Alemania Oriental a Alemania Occidental. Sin embargo, los militares (en cumplimiento de sus funciones) fueron enjuiciados y condenados; aún cuando la defensa de los soldados fue expresar que de ser condenados se habría vulnerado la seguridad jurídica, porque habían actuado con una ley que estaba vigente, y ésta les daba la seguridad de que su actuar se une al Derecho.

Y alguno se preguntaría entonces, cómo se puede sancionar a alguien que cumplió la ley (esos soldados estaban cumpliendo la ley vigente), misma que exponía que se estaba autorizado a disparar y matar a todo aquel que intente cruzar el muro. Ellos (los soldados) dispararon a matar (y de hecho mataron gente) porque estaban cumpliendo una ley imperativa a sus funciones de vigilancia. Por el contrario, pese a este argumento, podría sancionarse el cumplimiento de una ley (en un sólo caso), cuando esa ley vigente es manifiestamente injusta; es decir, si alguien cumple una ley manifiestamente injusta, está justificada la sanción.

Se tiene que pensar que aquí se pasa de un extremo a otro. Que el TC al plantear algo manifiestamente injusto, y el juez al cumplir éste injusto interpretativo incurre en inconstitucionalidad, y por tanto, legitima la sanción al cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, hoy en día al modo de verse fehacientemente la realidad, se presume que el TC no diría algo o nada manifiestamente injusto, más bien diría cosas controvertidas quizás.

Pero hay que insistir en el razonamiento de que lo manifiestamente injusto no es derecho, y por tanto, no vincula³⁶⁹. Ahora claro está que si una ley manifiestamente injusta está vigente y no se cumple su mandato, también acarrearía una sanción. Si el concreto soldado militar apostado en el muro, ve que

Antonio. *Historia de los Derecho Humanos y Garantías: análisis en la comunidad internacional y en la argentina*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1993, pp. 202 – 209.

³⁶⁹ CASTILLO ALVA José Luis, LUJAN TUPEZ Manuel y ZAVALETA RODRIGUEZ Róger. *Razonamiento judicial, Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales. op. cit.*, pp. 128 – 129.

alguien quiere cruzar el muro y no dispara, puede estar expedito para ser sancionado por no cumplir la ley vigente que señalaba que había que disparar a matar³⁷⁰.

En aquel momento, por tanto, tenemos dos casos extremos en los que se espera una sanción, tanto por cumplir la ley vigente como por no cumplirla. Es decir, si el concreto soldado no cumplía la ley lo sancionaban, pero este concreto soldado para evitar la sanción cumplió la ley vigente. Aunque, ocurrida la caída del antiguo régimen lo enjuiciaran y sancionaran por cumplir la ley manifiestamente injusta (con otro régimen desconocido pero con una misma razón).

Estando así, supóngase que esos concretos soldados disparando a matar aquellos que intentan cruzar el muro, se cuestionaran si sería justo obedecer el mandato de la ley vigente (pensándolo desde el Derecho como justicia). Tendríamos que distinguir que las prácticas de los alemanes nazis de desterrar de sus propiedades y matar judíos eran situaciones totalmente injustas, y su calidad de injusticia fue desde el inicio, pues desde siempre, con el régimen de la Alemania Oriental de Hitler fue injusto disparar a matar a alguien que quiere cruzar un muro³⁷¹.

El problema es que mientras esté vigente el régimen de Hitler no se podrá sancionar la injusticia porque es que ellos tienen el poder (sin embargo, quien tiene el poder no crea la justicia, pues que ésta se formula en razón de la persona con exigencias de justicia que brotan y recaen en ella: la vida, la libertad, la igualdad, etc.), pero una vez derrumbado el régimen violento puede sancionarse

³⁷⁰ Cfr. DÍAZ BARDELLI, Julián, *El derecho "supralegal" frente a graves violaciones de derechos humanos*, Universidad de Buenos Aires (UBA), Lecciones y Ensayos, Nro. 88, 2010, p. 88. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/88/lecciones-y-ensayos-88-paginas-83-100.pdf>.

³⁷¹ Se dice, en 1989, que el fantasma del racismo está libre en Europa, luego de las elecciones de Francia, en las que Jean Marie Le Pen arañó el 14% de los votos. Más tarde, profanación de tumbas judías en todo el mundo y encuestas europeas, indicaban que un alto porcentaje de personas siguen siendo racistas con los judíos. El paradigma de violación de los derechos humanos, ha sido el régimen nacionalista personificado por Hitler. La política de Hitler, en sus postulados, fue inmediatamente violatoria de los derechos humanos, pues al establecer "*una sola raza, un solo Estado, un solo jefe*", resumió el totalitarismo de sus intenciones y adelantó lo que iba a pasar pocos años después. TRAVIESO, Juan Antonio. *Historia de los Derechos Humanos y Garantías: análisis en la comunidad internacional y en la argentina*, op. cit., pp. 202 y 205.

la injusticia realizada a personas judíos (no es justo mientras esta el régimen presente y se convierte en injusto cuando no está el régimen, lo que es injusto lo es al margen del régimen)³⁷².

En resumen, se diría que lo manifiestamente injusto para todos en general (por ejemplo, una ley vigente en el que todos tienen derecho a la vida excepto los analfabetos) no es derecho y por tanto no se obedece ni se acata. Por tanto, lo que es manifiestamente injusto es lo que aparece claramente e indubitablemente como indebido a los ojos de todos. Si alguien le parece que algo es manifiestamente injusto, pero cabe una razón en contrario ya deja de ser manifiestamente injusto; entonces, se volverá controvertidamente injusto, y por ende no manifiestamente injusto, y finalmente no lo habilitaría a desobedecer la ley vigente.

De este modo, regresando al ejemplo de la Ley que crea el Impuesto a las Transacciones Financieras³⁷³, que quitaría a los contribuyentes el 10% o 12% de lo que ganan, que juzgaría una situación injusta ya que no se utiliza para el interés público sino que ese dinero se recauda para actos de corrupción. De esta manera, la ley se establece como algo manifiestamente injusto, y por tanto susceptible de no ser cumplida por el contribuyente. En aquel momento se consulta, sí se podría oponer una razón contraria a ésta, o sí en definitiva es manifiestamente injusta la Ley del ITF. Con lo cual es posible plantear una oposición distinta, puesto que efectivamente hay un principio de solidaridad, en el cual todos hemos de aportar para el interés común; no obstante, otra cosa distinta es si es que se llegue a cumplir o no (atacando un problema de corrupción).

La ley en sí misma es una legislación que no es manifiestamente injusta, por tanto, no se está legitimado ni habilitado para no vincularse a ella sin

³⁷² CABALLERO JUARÉZ, José Antonio. *La recepción de jurisprudencia internacional y la ejecución de fallos en Tribunales Nacionales: apuntes para su estudio*. Biblioteca Jurídico Virtual, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 196. [ubicado 20. X. 2011] Obtenido en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2740/18.pdf>

³⁷³ Vide. STC. N° 0004-2004-AI/TC-LIMA, N° 0011-2004-AI/TC, N° 0012-2004-AI/TC, N° 0013-2004-AI/TC, N° 0014-2004-AI/TC, N° 0015-2004-AI/TC, N° 0016-2004-AI/TC y N° 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS), del 25 de setiembre de 2004, en el Caso del Colegio de Abogados de Cuzco y Otros.

pronunciamiento judicial al respecto. A eso se refiere la controversia planteada de vinculación, ya que cuando se habla de que podría generarse un caos si algunos ciudadanos salen a las calles y señalan que esa ley vigente no la quieren cumplir por ser manifiestamente injusta en su contenido, y por tanto se exoneran. Entraríamos, más bien, a una situación en la que la gente se desvincularía de los mandatos por la sola afirmación y voluntad de que les parece que es un mandato manifiestamente injusto³⁷⁴.

Por eso, la expresión de “*algo manifiestamente injusto que no es derecho ni vincula*”, sólo se aplica para los casos en los que la injusticia brota claramente, y no es posible a ella oponer un argumento distinto³⁷⁵ (a todos nos parece que es manifiestamente injusto matar a los judíos, pero no a todos nos parece justo que pagar el impuesto del 10% o 12% sea injusto); entonces lo primero no vincula, y lo segundo aunque no se goce igual vincula. Más aún si es que se presiente que hay una norma manifiestamente injusta que está afectando derechos pero a la cual es posible oponer una razón distinta, hay que recurrir al juez para que declare la injusticia o la inconstitucionalidad, y con mayor razón tener que obedecer el pronunciamiento, aunque existe quién esté convencido de lo contrario.

Asimismo, es preciso aclarar un punto de vista referente a lo antes volcado sobre la vulneración a la seguridad jurídica cuando se sanciona una conducta que cumplía una ley vigente; aún cuando esta puede ser manifiestamente injusta no vulnera la seguridad jurídica porque cuando alguien realiza una acción manifiestamente injusta siempre tiene la inseguridad de que eso sea válido³⁷⁶. Por

³⁷⁴ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Configuración de los precedentes vinculantes en el ordenamiento peruano”. *op. cit.*, p. 67.

³⁷⁵ Entonces, para aproximar terminológicamente el significado de lo manifiestamente injusto, tenemos que recordar y reflexionar lo siguiente: El Derecho es lo justo y lo justo es lo debido, y se tiene algo debido en la medida que se tiene atribuido –solamente lo que se está atribuido se debe-, hay deuda cuando hay el reconocimiento de una previa atribución; y cuando hay un previa atribución y por tanto la generación de una deuda, aparece esa expresión tan difícil a veces de lo debido. Cfr. HERVADA XIBERTA, Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*, *op. cit.*, pp. 135-150.

³⁷⁶ Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor. “Las sentencias constitucionales: el precedente vinculante”. En *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada*. *op. cit.*, pp. 58 - 59.

tanto, frente a esa inseguridad ya no se está actuando bajo los parámetros propios de la seguridad jurídica.

En definitiva, estos soldados militares, que explicábamos en el caso del Muro de Berlín, son sancionados porque no se puede asumir como razonable que tenga la seguridad jurídica de se que estaba haciendo algo justo cuando disparaban a matar a la gente, por ende, no se podría invocar seguridad jurídica (la inmovilidad propia), y sí sancionar aquellos que cumplen leyes o normas manifiestamente injustas.

Finalmente, a todo lo ya antes esgrimido, se ha dicho hace un momento que los precedentes vinculantes se formulan partir de *ratio decidendi*, pero ocurre que no toda *ratio decidendi* se convierte en precedente vinculante, y habrán *ratio decidendi* que terminan siendo *ratio decidendi* de un precedente. Cuando se habla de la jurisprudencia vinculante³⁷⁷, se habla de *ratio decidendi* que son precedentes vinculantes y *ratio decidendi* que no son precedentes vinculantes. Esto quiere decir que no sólo vinculan los precedentes también vinculan las razones necesarias o *ratio decidendi* que no son precedentes, lo que llamarían jurisprudencia constitucional.

2.3.- La diferenciación entre jurisprudencia constitucional y precedente constitucional vinculante

Así, se podría recordar la diferenciación que dice que solamente vinculan los precedentes y los que no son precedentes no vinculan; pues no, es un entender totalmente errado, las *ratio decidendi* como se recuerda vinculan, sólo ocurre que algunas *ratio decidendi* pasan a ser precedentes vinculantes³⁷⁸.

³⁷⁷ Vide en este sentido, el Fundamento 42 de la STC. N° 3741-2004-AA/TC, según el cual se hace una diferencia entre el precedente vinculante y la jurisprudencia, reconociendo que esta última, dado que constituye la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, “*se estatuye como fuente de derecho y vincula a todos los poderes del Estado*”. Citado por GAMBIA VALEGA, César. “Los Principios Tributarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. *op. cit.*, p. 237.

³⁷⁸ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Configuración de los precedentes vinculantes en el ordenamiento peruano”. *op. cit.*, p. 64 - 65.

La diferencia que existe entre *ratio decidendi* (jurisprudencia constitucional) y precedentes vinculantes, ha sido advertida por el TC: “*el precedente constitucional vinculante genera la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este Tribunal, con objeto de conferir mayor predictibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en el artículo VII de su Título Preliminar. De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional vinculante tiene en común la característica de su efecto vinculante en el sentido que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio; el Tribunal a través del precedente constitucional ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto*”³⁷⁹. Esto significaría, tener que diferenciar entre precedente vinculante de jurisprudencia vinculante, y su diferencia no reside en lo vinculante porque ambos sujetan, sino en que el precedente vinculante establece una regla general (la *ratio decidendi*), su mandato nace originariamente con carácter universal; en la *ratio decidendi* esa generalidad la va ir ganando poco a poco en la medida que se repitan casos sustancialmente iguales.

En la tradición del *civil law*, la jurisprudencia no se asocia con la capacidad de incorporar normas en el derecho positivo, sino a algo más débil y difícilmente configurable. La eventual incorporación de la jurisprudencia al derecho objetivo sólo se produce por la reiteración de decisiones, en cuyo caso se habla de línea o doctrina jurisprudencial en lugar del precedente³⁸⁰.

De otro lado, en la tradición del *common law*, el termino jurisprudencia no se asocia a los tribunales sino sólo al precedente, por la sencilla razón de que en aquélla no hay dificultad en reconocer que los Tribunales de mayor rango crean

³⁷⁹ Al respecto, cabe señalar que el Tribunal Constitucional en el Caso Ramón Salazar Yarleque [STC. N° 3741-2004-AA/TC, *cit*, Fundamento 36]. Vide. STC. N° 0024-2003-AI/TC, *cit*, Fundamento 28. La definición de precedente es realizada aquí sobre la base de un poder normativo que el Tribunal Constitucional se autoreconoce. Y que sumaría a la función jurisdiccional de resolución de conflictos, la de fijar precedentes vinculantes.

³⁸⁰ Cfr. BARKER, Robert S., *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, *op. cit.*, p. 187.

Derecho con los mismos alcances que puede hacerlo el propio legislador³⁸¹. Mientras el precedente vinculante está expresado en términos precisos y como regla puntual que coincide con el núcleo de la decisión, la doctrina jurisprudencial, queda sujeta a la distinción entre *obiter dicta* y *ratio decidendi* y, en consecuencia, requiere ser identificada en cada caso por el Tribunal que la debe aplicar en los casos futuros.

De ahí que la idea de jurisprudencia constitucional vinculante no se refiere al dictado de una sentencia por parte del órgano de control constitucional, sino más bien a una repetición de criterios normativos contenidos en sus sentencias, que por transmitir el claro parecer del supremo intérprete de la Constitución sobre un concreto asunto de relevancia constitucional, debe ser observado por todos los jueces y tribunales de la República³⁸². Sin embargo, la vinculación de jueces y tribunales a la jurisprudencia constitucional está relativizada, por el hecho de que su inobservancia no se identifica con una violación del derecho vigente, aunque si se trata de supuestos de hecho sustancialmente idénticos, tal conducta implica una violación del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico.

Es como si se publicase en el Diario El Peruano una ley “t” del Parlamento con efectos generales (por ejemplo), en donde el TC tiene funcionalmente que “*hacer lo mismo*”. Cuando una sentencia establece que algo es precedente vinculante, y dice que el precedente vinculante tiene efectos generales (para todos)³⁸³, el juez no puede explicar que desconocía o invocar ignorancia de la existencia del poder normativo general que cobija al precedente vinculante; cosa que eventualmente o circunstancialmente podría darse en el caso de la *ratio decidendi* que no es precedente vinculante (jurisprudencia constitucional), puesto que no es materialmente posible conocerse todas la sentencias del sistema.

³⁸¹ Cfr. CASTRO PATIÑO, Nicolás. “Hay que establecer un verdadero precedente constitucional vinculante”. *op. cit.*, pp. 301 – 302.

³⁸²Cfr. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. “Distinciones entre precedente vinculante y jurisprudencia constitucional: notas a la sentencia 1173/2006, Exp. N° 3741-2004-AA-TC”, en *Palestra del Tribunal Constitucional*, Revista mensual de Jurisprudencia, Año 01, N° 10, Octubre 2006, pp. 428 – 429.

³⁸³ Vide. STC. N° 0024-2003-AI/TC, Fundamento 03.

Por eso, si hubiera una sentencia en la que el TC formule una *ratio decidendi* en un caso en concreto y una sentencia que estuviere escondida, al juez no se le puede apuntar que tenía la obligación de conocer la regla; como si se le puede indicar al juez que hay una regla de carácter general que no puede desconocer³⁸⁴. Entonces, la única diferencia que hay entre *ratio decidendi* que no es precedente vinculante y *ratio decidendi* que si es precedente vinculante, es el carácter general con la que se formula una u otra; no se diferencia por la obligación (ambas vinculan), y sumado a ello, no olvidar y resaltar que aunque vinculan el juez no deja de ser juez del caso concreto, él en el caso concreto puede examinar y concluir razonadamente que el caso es un supuesto distinto respecto del cual se formula el precedente vinculante o respecto del cual se formula la *ratio decidendi* que no es precedente.

Precítese, que lo visto anteriormente sobre el precedente vinculante (dice el TC) afirma que es una regla jurídica, y que el juez sólo va aplicar la consecuencia de la regla jurídica cuando tiene (en el caso que va conocer) cumplido el supuesto de hecho; sino se cumple el supuesto de hecho no se aplica la consecuencia jurídica. Por tanto, no se podría sancionar so pretexto de que se ha incumplido el precedente vinculante porque el juez no renuncia a ser juez del caso concreto; decir lo contrario es condenar al juez a ser mero replicador de lo que dice el TC, es decir, al convertir al juez en la boca muerta que repite el precedente vinculante.

Entonces, en una aproximación general a la diferencia entre jurisprudencia y precedente, podemos tener en cuenta la posición de TARUFFO en dos diferencias básicas³⁸⁵. La primera, el precedente vinculante se determina como una antología suficiente entre los hechos de dos casos en comparación. Hablar de jurisprudencia es referirse a una pluralidad de casos en los que no se consideran los hechos, puesto que normalmente la jurisprudencia de las cortes supremas no se ocupa de los hechos. La segunda diferencia radica en que los

³⁸⁴ Cfr. DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. “*Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional en materia laboral*”. *op. cit.*, pp. 6 - 7.

³⁸⁵ Cfr. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. “Distinciones entre precedente vinculante y jurisprudencia constitucional: notas a la sentencia 1173/2006, Exp. N° 3741-2004-AA-TC”, en *Palestra del Tribunal Constitucional*, Revista mensual de Jurisprudencia, Año 01, N° 10, Octubre 2006, p. 429.

sistemas que conocen del precedente vinculante verdadero lo reconocen en un mínimo número, es decir, tiene pocos precedentes, dos, tres o cuatro en los casos más complicados; la jurisprudencia, en los sistemas como el colombiano, el argentino o el italiano, se hace con miles y miles de sentencias. A pesar de la diferenciación que se pueda hacer de la figura, a veces no se suele considerar un hecho de la mayor importancia: *“la fuerza del precedente es inversamente proporcional a su número, si los precedentes son pocos, entonces tienen fuerza, pero si son doscientos, no significa nada”*³⁸⁶.

De manera que la identidad del precedente vinculante no podía hacerse a partir de su efecto vinculante. Esto porque, tal como el propio Colegiado lo advertiría anteriormente, tanto la jurisprudencia como el precedente *“tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio”*³⁸⁷. En tal sentido, se sostiene que la nota distintiva entre género (jurisprudencia) y especie (precedente vinculante), vendría dado por el hecho de que, *“(…) el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto”*³⁸⁸. No obstante, ejercer un poder normativo general a través de sus decisiones, tampoco parece una cualidad relevante para distinguir la jurisprudencia (género) del precedente en las decisiones del TC, puesto que también *“(…) la jurisprudencia constitucional, en tanto doctrina sobre las interpretaciones de los derechos fundamentales previstas en la Constitución o en la ley, vincula a todos los jueces en los fundamentos relevantes que han incidido en la solución del conflicto de derechos”*³⁸⁹.

En tal sentido, el TC establecerá que la distinción se traslada al ámbito funcional del precedente. Mientras que para el caso de la jurisprudencia *“(…) la identificación del ámbito de vinculación es competencia del juez que va a aplicar*

³⁸⁶ VELEZMORO PONTO, Fernando. “Cinco preguntas a Michele Taruffo sobre el carácter vinculante del precedente, con especial referencia al caso peruano” En *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 24, Marzo 2009, p. 418.

³⁸⁷ Vide. STC. N° 03741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre de 2005, Fundamento 43.

³⁸⁸ *Ibidem*.

³⁸⁹ Vide. STC. N° 06167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006, Caso Fernando Cantuarias Salaverry, Fundamento 02.

la jurisprudencia vinculante en los términos en lo que hace el referido artículo VI del Código Procesal Constitucional"; en cambio en el caso del precedente vinculante, regulado en el art. VII del CPCCont., tal identificación queda en manos del propio Colegiado, configurándose de este modo como *“una institución constitucional-procesal autónoma, con características y efectos jurídicos distinguibles del precedente vinculante, con el que mantiene una diferencia de grado”*³⁹⁰, en tanto se trata de creación judicial, el precedente constitucional vinculante viene a ser el producto del ejercicio de la función jurisdiccional propia del TC.

Adicionalmente, se conviene tener presente que MONTESQUIEU, había dicho antes que *“el juez era boca muerta de la ley”*³⁹¹, y las adversas confusiones de su pensamiento no dudaron en aparecer para la actualidad. No hay que pretender que el juez sea boca muerta que repite las reglas que establece el TC (no es ningún autómatas), porque entonces acabaremos mal. No hay que proyectar negarle al juez la capacidad que tiene para resolver casos concretos, puesto que es el juez quien siempre construye la solución justa al caso concreto.

Por ello, es bien importante, saber lo que significa el deber de los jueces de sujetarse a la jurisprudencia constitucional del TC. Esta sujeción, como principio constitucional, no puede quebrantar absolutamente la independencia judicial (como lo vemos más adelante) ni vacilar de contenido la labor jurisdiccional de los jueces, ambos también valores constitucionales. Deberá dársele a esa vinculación un contenido que permita armonizar tanto uno como otro principio, por así exigirlo y permitirlo la consideración de la Constitución como una unidad sistemática.

En definitiva, lo pretendido hasta al momento, ha versado en dar los elementos dogmáticos necesarios o aspectos conceptuales básicos para entender en la

³⁹⁰ Vide. STC. N° 06167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006. Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (Coord.). *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional (2007 - 2008)*. 1ª Ed., Lima, Palestra Editores, 2008, pp. 7 – 8.

³⁹¹ MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*, traducido por Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, 1984, p. 100. Citado por CHAIRES ZARAGOZA, Jorge. *La independencia del poder judicial*, en *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, op. cit..

mayor medida de lo posible, en qué consiste, por un lado, la figura, y por el otro, la aplicación de la realidad del precedente vinculante en el sistema jurídico peruano, a partir de Teoría Argumentativa General del Precedente, como principal herramienta analítica del *derecho en movimiento*. De modo que, se tengan los insumos suficientes para poder abordar situaciones concretas y resolver las mismas.

CAPITULO 3:

EXPLORACIÓN AL PRECEDENTE
CONSTITUCIONAL VINCULANTE A PARTIR DE LA
EXÉGESIS DEL CÓDIGO PROCESAL
CONSTITUCIONAL Y LA INTERPRETACIÓN DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO: MARCO
LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

“No se puede explorar el significado y fuerza normativa del precedente constitucional en el sistema norteamericano sin situarlo en su contexto, que no es otro que el del significado y fuerza normativa del derecho de creación judicial [judge-made law] en ese sistema”
(MAGALON J KERPEL, 2001)

CAPITULO 3:

EXPLORACIÓN AL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE A PARTIR DE LA EXÉGESIS DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO: MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.

Al iniciar esta propuesta de estudio, en los dominios del Derecho Procesal Constitucional³⁹², se considera de suma utilidad para la comprensión de una visión específica del tema principal. Tomar conciencia de cuál es el marco legal y jurisprudencial que configura la institución del precedente constitucional vinculante en sistema peruano, dada la decisiva influencia que tiene la presencia de su fuerza vinculante en las decisiones del TC con respecto a los órganos inferiores.

³⁹² Especialidad que se ha logrado situar en un lugar estratégico y preponderante en el Derecho Público contemporáneo, al tratarse de la disciplina jurídica que se ocupa del estudio de las instituciones procesales y procedimentales orientadas a la resolución de los conflictos de contenido constitucional, con el propósito de salvaguardar las disposiciones de la propia normativa fundamental. Su fin mediato es preservar la vigencia de la Constitución mediante la expulsión de las leyes y actos inconstitucionales, por un órgano *ad hoc* denominado Tribunal Constitucional. En la actualidad, es cada vez más sólida la posición de ubicar doctrinariamente lo que antiguamente se conocía como *justicia constitucional* o *jurisdicción constitucional*, en el Derecho Procesal Constitucional, y que sus conceptos e instituciones básicas son desarrolladas sobre las bases de la teoría general del proceso –así como de esa teoría se ramifican, por ejemplo, el Derecho procesal civil o el Derecho procesal penal- sin desconocerse desde luego los aportes teóricos del *Derecho Constitucional*. Cfr. GIL RENDÓN, Raymundo (Coord.). *Derecho Procesal Constitucional*, 1^{ra} Ed., Querétaro- México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política S.C. (FUNDAP), Colección Constitucionalismo y Derecho Público, 2004, pp. 11 y 20. El Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de precisar la realidad de un “*derecho constitucional concretizado bajo la concepción instrumental que le otorga la moderna doctrina procesal, propugnada, en atención a la tutela efectiva de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional, la configuración especial de determinadas instituciones procesales y la apertura del proceso hacia nuevos cauces*”. Vide. STC. N° 00228-2009-PA/TC, del 04 de abril de 2011, Fundamento 12.

Ello implica tomar en cuenta la interpretación relevante y controversial que emite el TC peruano; aún cuando esta sea muy amplia, puesto que se sabe que éste Tribunal desde el año 2002 hasta la actualidad (pues qué duda cabe), a través de sus sentencias constitucionales ha delineado toda una labor vinculante respecto de sus decisiones. Asimismo, ha incidido en todas las materias del Derecho (civil, penal, laboral, tributario, comercial, etc.), siempre teniendo en cuenta la jurisprudencia del TC. Por consiguiente, desde que los jueces comenzaron a aplicar el Derecho (en el nuevo modelo institucional), la relevancia de cómo se resolvían los casos anteriores significaba una premisa gravitante y de orientación propia para los casos futuros. Entonces, no podía ser excluido el valor del precedente vinculante y, por el contrario, era necesario asignarle una dimensión formal.

Dentro de todo ese marco de sentencias constitucionales, se ha de tener en claro que dichas sentencias pueden estructurarse en dos subdivisiones. La primera, un tipo de sentencias que por su carácter vinculante, su fuerza de ley y cumplimiento obligatorio *erga omnes* se denominan precedente vinculantes (si revisamos la CPP de 1993, veremos que la figura del precedente no se encuentra contenida ni mucho menos definida allí sino que se debe acudir, a partir del año 2004 con la entrada en vigencia del CPCont., a su art. VII del TP). Y el otro tipo de sentencias del TC que no tienen el carácter de precedente pero que, sin embargo, ponen una pauta y marcan un camino o una guía para el PJ, se denominan: jurisprudencia constitucional vinculante³⁹³.

Por ello, a partir de su realidad formal se explicará sus características, sin olvidar claro está, las pautas dadas en la praxis social por el TC, que ha sabido definir sus contornos, reconociendo los aportes del precedente vinculante previstos tanto en el sistema del *Civil Law*, como de aquel sistema que organiza sus fuentes a partir de pautas jurisprudenciales (*Common Law*).

³⁹³ Al respecto, Vide. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. “Distinciones entre precedente vinculante y jurisprudencia constitucional: notas a la sentencia 1173/2006, Exp. N° 3741-2004-AA-TC”. En *Palestra del Tribunal Constitucional*, Revista mensual de Jurisprudencia, Año 01, N° 10, Octubre 2006, p. 430.

3.1.- Reflexión al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

Hablar de la teoría argumentativa del precedente vinculante es hablar de una institución jurídica que no pertenece al *civil law*³⁹⁴, teniendo en cuenta que en el *civil law* la teoría del precedente es simplemente un supuesto secundario con poder persuasivo en el cual no se habla de precedentes (propriadamente de dicho) sino de jurisprudencia, y por la que los fallos judiciales tienen un valor indicativo más no suele hablarse de precedente vinculante en sentido enérgico³⁹⁵. El precedente vinculante, más bien, es una institución que aparece en el Derecho Anglosajón (en el *common law*), primero en Inglaterra y que se va perfeccionando en los Estados Unidos³⁹⁶.

Hoy en día hay que diferenciar, por un lado, el precedente judicial, el precedente administrativo y el precedente constitucional vinculante. Entre el precedente constitucional vinculante y cualquier otro tipo de precedente, incluyendo el precedente que emite la Corte Suprema de la República o el precedente que emiten los órganos administrativos³⁹⁷ (conocidos como precedentes de observancia obligatoria), hay una diferencia sustancial. Que el precedente constitucional vinculante tiene unos efectos incomparables que los dos anteriores precedentes no tienen.

³⁹⁴ Al respecto, “*en un modelo clásico enraizado en el civil law o derecho romano-germánico, el Derecho es el producto de la norma legal legítimamente emanada del poder legislativo: por cuanto, en el Parlamento reside la representación de la soberanía popular. Potestad legislativa que a través de la ley y del principio de legalidad vertebran jurídicamente al Estado de Derecho*”. LANDA ARROYO, César. “Los precedentes constitucionales”. En *Justicia Constitucional: Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Lima, Palestra Editores, p. 49.

³⁹⁵ Cfr. LEÓN PASTOR, Ricardo. “Precedentes Vinculantes”. En *XVII Convocatoria de Cursos a Distancia para Magistrados: Programa de Actualización y Perfeccionamiento*, 1^{ra} Ed., Lima, Dirección Académica de la Academia de la Magistratura y el Centro de Investigaciones y Servicios Educativos (CISA-PUCP), 2009, p. 12.

³⁹⁶ Cfr. DOMINGO GARCÍA, Belaunde. *El precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional: a propósito del caso Provías Nacional*, 2006, p. 1. [Web Site].

³⁹⁷ Por su lado, como la ley de procedimiento administrativo general, así como las normas que regulan el funcionamiento de los tribunales administrativos de INDECOPI, SUNARP, las oficinas reguladoras como OSINERGMIN, entre otras, el Tribunal Fiscal y otros, reconocen la vinculatoriedad de los precedentes que abrazan.

El precedente constitucional vinculante (aquel que emite el TC) tiene efectos de ley (efectos *erga omnes*)³⁹⁸. Lo que significaría, que el precedente vinculante que emite el Tribunal, no solamente es obligatorio para el PJ, sino que al tener efectos *erga omnes*, iguales al de una ley, es vinculante para todo el ordenamiento jurídico. Es decir, no solamente interviene al PJ, sino también a todos los demás órganos del Estado; además también alcanza a los particulares.

En cambio, el precedente judicial de la Corte Suprema es un precedente que tan solo le alcanza al PJ; por otro lado, los precedentes administrativos solamente alcanzan a los órganos administrativos. Es decir, carecen de este efecto de calidad de ley, que el precedente constitucional del Tribunal si lo tiene y si lo posee.

Actualmente, la figura del precedente constitucional vinculante en nuestro país no aparece sino es por la prerrogativa del CPCont. Sin embargo, el precedente vinculante ya se encontraba presente en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que hablar de él es referirse a todos los precedentes vinculantes (no solamente del TC), sino también de los que emite la Corte Suprema de la República. Por ejemplo, el art. 22º de la Ley Orgánica del PJ (LOPJ)³⁹⁹, que ilustrando nos dice: “*los jueces están constreñidos a seguir los precedentes de obligatorio cumplimiento emitidos por la Corte Suprema y los órganos superiores*”. Igualmente, se manifiesta el art. 301º-A del Código de Procedimientos Penales que es un artículo casi idéntico al art. VII del TP. del CPCont.⁴⁰⁰.

³⁹⁸ El precedente constitucional vinculante, vale por la generalidad y la abstracción de una fuerza de ley: “*es general por cuanto sus destinatarios son todos los individuos de la sociedad. (...) La norma o la ley es abstracta por ser de aplicación a todos los casos de la realidad que sean iguales al supuesto de hecho. La regla es que las normas sean abstractas, aunque existen también normas concretas que regulan un caso particular*”. Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico (Introducción al Derecho)*, 8va ed., 6ta reimp., Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2006, p. 85 y TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*, 3ª ed., Lima, IDEMSA, 2006, p. 189.

³⁹⁹ Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

⁴⁰⁰ Cfr. DÍAZ MUÑOZ, Oscar. “Precedentes vinculantes del Poder Judicial, Acuerdos Plenos Casatorios y Precedentes constitucionales vinculantes”. En *Décimo Segundo Curso de Preparación para el Ascenso en la Carrera Judicial o Fiscal –Segundo, Tercer y Cuarto Nivel- de la Magistratura*, del 13 de marzo al 05 de junio de 2010, Lima, Academia de la Magistratura, 2010, pp. 10 y 11, 23

No obstante, hay algo que el Código procesal no expresa, pero téngase en cuenta lo que indica el art. 301^o-A del Código de Procedimientos Penales al relatarse que: “*las sentencias de la Sala penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12^o de la LOPJ, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo*”⁴⁰¹, y sin juicio de lo que dice el art. 22^o de la LOPJ, respecto a que los jueces tienen que seguir obligatoriamente los precedentes vinculantes que emite la Corte Suprema, pero se pueden apartar de dichos criterios (desestimando un precedente obligatorio), sustentándose adecuadamente los fundamentos de hecho y de derecho que invocan⁴⁰².

Es decir, al presente nos damos cuenta que el precedente judicial que emite la Corte Suprema si es un precedente, pero un precedente vinculante *relativo*; porque en nada justifica que los jueces inferiores no se puedan apartar de éste precedente. Sin embargo, el requisito *sine qua non* es que hay que sustentar las razones de hecho y de derecho; es decir, la fundamentación o motivación del por qué los jueces no van a tomar en cuenta el precedente de la Corte Suprema⁴⁰³. No obstante, la gran diferencia que hay entre el art. 301^o-A y el art. VII del CPCCont., es que aparentemente este último artículo (del puede deducirse

⁴⁰¹ Para SAN MARTÍN CASTRO, esto significa, “*ni más ni menos, la afiliación de la ley al modelo del stare decisis, en tanto que los jueces inferiores –Juzgados Penales y Salas Penales Superiores- están obligados a seguir las directivas de la Sala Penal de la Corte Suprema*”. SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. “Estudio Preliminar, Presentación”, en PÉREZ ARROYO, M. *La evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú (2001-2005)*, Lima, 2006, p. 13.

⁴⁰² Existen otros casos en los que, como consecuencia del artículo 22^o de la LOPJ, la ley ha previsto que las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia puedan dictar doctrina jurisprudencial en determinadas materias. Así podemos mencionar a la Ley N° 27584, que regula el Proceso Contencioso Administrativo (artículo 34^o). Por ello, “*la Ley de Proceso Contencioso Administrativo regula una doctrina jurisprudencial con mayor vinculatoriedad que la del artículo 22^o de la LOPJ, pues los jueces sólo pueden apartarse de la doctrina jurisprudencial contencioso administrativa si el caso que deben resolver presentara las mencionadas causas particulares que lo distinguen del que dio lugar a la doctrina jurisprudencial. Si el caso sobre el que se el Juez debe pronunciarse es similar al de la doctrina jurisprudencial, el Juez no podrá apartarse de ésta, aun cuando fundamenten su apartamiento*”. DÍAZ MUÑOZ, Oscar. “Precedentes vinculantes del Poder Judicial, Acuerdos Plenos Casatorios y Precedentes constitucionales vinculantes”. *op. cit.*, p. 17.

⁴⁰³ Podemos decir, entonces, con SAN MARTÍN CASTRO, que el artículo 22^o de la LOPJ contiene “*una suerte de vinculación u obligatoriedad relativa, en cuya virtud los magistrados pueden apartarse, por excepción, a condición que motiven adecuadamente la razón de sus discrepancia y citen expresamente la ratio decidendi con la que no concuerdan*”. SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. *Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante: selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*, Lima, 2006, p. 28.

literalmente) no le da ocasión ni oportunidad a los jueces para que en ningún caso se apartasen del precedente vinculante que emite el TC.

Al presente, cabe preguntarse cuál es la explicación, o en todo caso, ¿para qué existe el precedente constitucional vinculante? Doctrinariamente, se justificaría su existencia como una institución que sirve -al menos- para salvaguardar o efectivizar dos derechos fundamentales⁴⁰⁴. De esta manera, el primer derecho fundamental, es el derecho de igualdad y aplicación de la ley, el precedente vinculante custodia ese derecho fundamental, significando que en casos idénticos los jueces deban aplicar la ley de la misma manera⁴⁰⁵.

Pero hay otro derecho fundamental que protege el precedente vinculante, que es el derecho a la seguridad jurídica⁴⁰⁶, es decir, evitar una situación de perplejidad o de incertidumbre cuando un justiciable que acude al órgano jurisdiccional y

⁴⁰⁴ Vide. STC. N° 02882-2008-AA/TC, de fecha 21 de junio de 2010, Caso Alcira Juana Reyes Borja y Otros, Fundamento 12: “*Los derechos fundamentales de la persona humana detentan un efecto horizontal o inter privados (...). Tal efecto se deriva, por un lado, del artículo 38° de la Constitución, en cuanto establece que todos los peruanos tienen el deber de “respetar” y “cumplir” la Constitución y, por otro, del principio de dignidad (artículos 1° y 3° de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona humana trae consigo una proyección universal frente a (...) En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos no deben contradecir a la Constitución tratándose de los derechos fundamentales de la persona humana. Tal exigencia se proyecta a todas las normas que provienen de particulares como por ejemplo estatutos, reglamentos*”.

⁴⁰⁵ La conexión entre la igualdad en la aplicación de la ley y el respeto al precedente llega así a convertirse en: “*el respeto al derecho fundamental a la igualdad (incluida entre los valores jurídicos del ordenamiento) el que obliga a todo órgano judicial a tener en cuenta sus decisiones precedentes, que se convierten así en paradigma normativo de alcance general*”. OLLERO, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 77.

⁴⁰⁶ Se hace, necesario destacar la estrecha relación que existe entre la seguridad jurídica y el precedente constitucional vinculante. Y es que “*si con la seguridad jurídica lo que se busca es generar certeza respecto de las condiciones en las que se ejercen o se van ejercer los derechos, el precedente constitucional vinculante a ello, como quiera que establece pautas que una vez que han sido creadas a propósito de la resolución de un caso concreto, deben ser observadas y cumplidas por los demás jueces en forma obligatoria. Es más en el Perú los precedentes constitucionales vinculantes que establece el Tribunal Constitucional gozan de eficacia horizontal con alcances bastante más amplios que los que pueda establecer cualquier otra institución jurisdiccional. A lo expuesto convendría añadir que el precedente constitucional contribuye a esa seguridad jurídica, en tanto que para su modificación se requiere o exige una decisión debidamente motivada*”. DONAYRE MONTESINOS, Christian. “Precedente constitucional vinculante a la peruana: algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional”, *op. cit.*, p. 103.

verifica que éste órgano va resolver su caso de tal manera; pero ello no va interesar si en otro caso idéntico, un órgano jurisdiccional distinto resolverá de manera distinta y en otros resolverá disparejo (lo que genera una inseguridad jurídica)⁴⁰⁷. Cuando hay un precedente vinculante supone que la persona no jurisdiccional tiene la certeza y la provisionalidad de una hipótesis: “*si un órgano jurisdiccional resolvió un caso anterior, que guarda igualdad con él, su caso también recibirá el mismo trato, de conformidad con lo resuelto en el caso anterior*”⁴⁰⁸, justamente para efectivizar la certeza del derecho en nuestro sistema jurídico.

Por consiguiente, la búsqueda de una definición aproximada de esta institución, nos llevaría a explicar doctrinariamente lo siguiente: “*un precedente vinculante es aquella regla jurídica que un juez crea, por interpretación del ordenamiento jurídico, para resolver un caso en concreto, y que además esa regla jurídica va servir para resolver casos futuros de naturaleza idéntica o análoga*”⁴⁰⁹. Es decir, el precedente vinculante se define como regla jurídica que no es creada por el órgano legislativo sino creada por el órgano jurisdiccional, a partir de la interpretación e integración del ordenamiento jurídico; y que esa regla jurídica sirva para resolver el caso en concreto (como primer propósito), pero que además sirva para que en casos futuros idénticos se aplique de la misma forma y se

⁴⁰⁷ El Acuerdo Plenario N° 01-2007/ESV-22 ha destacado que la doctrina jurisprudencial se sustenta en el respeto al derecho-principio constitucional de igualdad y a la seguridad jurídica: “*Corresponde a las Salas Especializadas de este Supremo Tribunal realizar una labor previa de revisión de las Ejecutorias emitidas y, respecto de ellas, escoger aquellas que fijan principios jurisprudenciales que deben erigirse en precedentes vinculantes para los jueces de la República; y de este modo, garantizar la unidad en la interpretación y aplicación judicial de la ley, como expresión del principio de igualdad y afirmación del valor de la seguridad jurídica*”.

⁴⁰⁸ En efecto, como señala la doctrina del Tribunal Constitucional español, la regla general de la igualdad ante la ley “*es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley, lo que impone que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonables*”. STCE N° 49/1982, del 14 de julio, Fundamento 2.

⁴⁰⁹ Cfr. Vide. STC. N° 0024-2003-AI/TC, *cit*, Fundamento 28 y STC. N° 3741-2004-AA/TC, *cit*, Fundamento 36. Además se puede corroborar con la definición que expone DONAYRE MONTESINOS en términos generales como: “*la regla jurídica, es decir, la norma jurídica que se desprende o se crea, a propósito de la resolución de un caso por un Tribunal, como consecuencia de la interpretación o integración del ordenamiento jurídico que él ha efectuado a fin de dar respuesta a lo solicitado por el (o los) justiciables*”. DONAYRE MONTESINOS, Christian. “Precedente constitucional vinculante a la peruana: algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional”. *op. cit.*, pp. 104 – 105.

resuelva de conformidad con el caso anterior (segundo propósito). Y por lo demás, “*puede generar ese mismo efecto frente a otras entidades o ante aquellos que jerárquicamente se encuentren en una relación de subordinación a dicha autoridad*”⁴¹⁰. Lo que en resumidas cuentas significa, salvaguardar el derecho fundamental a la igualdad y aplicación de la ley y el derecho fundamental a la seguridad jurídica.

En consecuencia, la institución y los efectos de ley en el precedente vinculante del sistema constitucional peruano se incorporan por vez primera en el CPCont. de 2004⁴¹¹, a través de su art. VII del TP.⁴¹². La Comisión que elaboró el referido anteproyecto optó por un sistema más seguro, según el cual el TC debe explicitar qué parte de su sentencia constituye precedente vinculante, otorgándole, además,

⁴¹⁰ ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Artículo VII Precedente”. En TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny. *Código Procesal Constitucional Comentado*, op. cit., p. 48. Tomamos aquí como base, aunque introduciéndole algunas en nuestra opinión necesarias modificaciones, la noción esbozada por NEYRA ZEGARRA, Ana Cristina. “Breves reflexiones sobre los actuales alcances y límites de la actividad judicial y su compatibilidad con el precedente”. En ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy y GUTIÉRREZ, Gustavo (Directores). *Limitación del Poder y estructura del Estado*, Lima, Editorial Grijley, 2008, p. 178.

⁴¹¹ En la Exposición de Motivos del respectivo Proyecto de Ley N° 09371, ya se advierte la novedad que en materia de jurisprudencia trae el Código Procesal Constitucional: “*Un cambio importante ha sido introducido en el artículo VII al regular el precedente en los procesos constitucionales. La Comisión ha optado por un sistema según el cual el Tribunal Constitucional debe explicitar qué parte de sus sentencias constituye precedente vinculante y, en consecuencia, cuenta con efecto normativo. Esta decisión puede ser variada por el tribunal siempre que exprese los fundamentos en los que sustenta tal decisión*”. Por su parte, el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, dice: “*(...) es saludable dejar a criterio del Tribunal Constitucional establecer cuándo sus sentencias tendrán carácter vinculante, precisando el extremo de sus efecto normativo; lo que exigiría a este organismo hacer una rigurosa selección y correspondiente fundamentación dogmática y normativa (...)*”. ABAD YUPANQUI, Samuel B. y OTROS. *Código procesal Constitucional: Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, pp. 138 y 249.

⁴¹² De conformidad con las nuevas reglas fijadas por el TC en la sentencia recaída en el Exp. N° 04853-2004-AA/TC, fundamento jurídico 40, procede Recurso de Agravio Constitucional excepcional contra aquellas resoluciones “estimatorias” de segundo grado expedidas en procesos constitucionales, cuando estas violen o desconozcan precedentes vinculantes: “*Regla procesal: El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional, la revisión por parte de este Colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del Código Procesal Constitucional. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19 del Código Procesal Constitucional*”. En el presente caso, la mencionada Sala al expedir la sentencia estimatoria ha desconocido dos sentencias de naturaleza vinculante: la primera sobre hábeas corpus y la segunda la que crea el derecho a la verdad como un derecho innominado. Vide. STC. N° 04853-2004-AA/TC, del 19 de abril de 2007, Fundamento 40.

efectos normativos a su *ratio decidendi*. Asimismo, la Comisión previó en la exposición de motivos del CPCCont. que la decisión (el precedente) pueda ser variada por el TC (*overruling*).

Pero, ahora cabría sugerir la pregunta: ¿de dónde se sacó o extrajo este precedente constitucional vinculante? Éste precedente constitucional vinculante ha sido trillado del Derecho Anglo; sin embargo, también se hará referencia, brevemente, de cómo se aplica el precedente vinculante en Estados Unidos y en Inglaterra.

Y se va a diferenciar, que el precedente constitucional vinculante peruano si bien se extrae de la experiencia de los Estados Unidos, termina teniendo características muy parecidas al precedente vinculante Inglés; y además de ello, tiene otras características que el precedente inglés tampoco tiene y que el norteamericano tampoco. Consecuentemente, tenemos un precedente constitucional vinculante, que en palabras de DONAYRE MONTESINOS dice que es: “*un precedente vinculante a la peruana*”⁴¹³; es una regla jurídica con sus propias peculiaridades.

En efecto, si bien reconocemos que el precedente vinculante proviene principalmente de la tradición del *Common Law* norteamericano, nuestro precedente es otro, pues ha sido diseñado con matices que lo hacen distinto al anglosajón. Al respecto, ha señalado el TC que: Si bien, “*prima facie, pueden asumirse las restricciones que ha desarrollado la Corte Americana para dictar un precedente, deben tenerse en cuenta, además, algunas particularidades de nuestros procesos constitucionales. Así, por ejemplo, ocurre que en los procesos constitucionales de la libertad (Hábeas Corpus, Hábeas Data, Amparo), con frecuencia se impugnan ante este Tribunal normas o actos de la administración de los poderes públicos que no solo afectan a quienes plantean el proceso respectivo, sino que resultan contrarios a la Constitución y, por tanto, tienen*

⁴¹³ Cfr. DONAYRE MONTESINOS, Christian. “Precedente constitucional vinculante a la peruana: algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional”. *op. cit.*, pp. 101 – 1020.

*efectos generales. Sin embargo, como es sabido, el Tribunal concluye, en un proceso constitucional de esta naturaleza, inaplicando dicha norma o censurando el acto violatorio derivado de ella, pero solamente respecto del recurrente, por lo que sus efectos violatorios continúan respecto de otros ciudadanos*⁴¹⁴. Con el párrafo transcrito el TC justifica la creación del precedente “a la peruana”.

Sin embargo, se trata de un contrasentido si se quiere, puesto que la labor clásica de los tribunales constitucionales es eliminar del ordenamiento jurídico a las normas contrarias a la Constitución en un proceso de inconstitucionalidad. Al mismo tiempo no se contaba con un mecanismo procesal para expurgar del ordenamiento las normas que atentaba contra el ordenamiento constitucional, y pese a haber tenido ocasión de evaluar su anticonstitucionalidad y haber comprobado sus efectos violatorios de los derechos fundamentales; más allá del caso concreto, cuando se trata de un proceso convencional de tutela de derechos como el hábeas corpus, amparo, hábeas data⁴¹⁵.

Así, el precedente aparece como el instrumento necesario para ello dado que optimiza la protección de los derechos fundamentales, tarea de primer orden para el Alto Colegiado⁴¹⁶. En consecuencia, el TC se identifica con la naturaleza de dos elementos del precedente vinculante: “*por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del TC dentro del marco de la CPP, el CPCont. y la LOTC*” [STC. N° 00024-2003-PI/TC].

⁴¹⁴ STC. N° 3741-2004-AA/TC, *cit*, Fundamento 38.

⁴¹⁵ Cfr. TITO PUCA, Yolanda Soledad. “Cómo vincula el precedente constitucional vinculante”, *op. cit.*, pp. 115 – 116.

⁴¹⁶ Vide. STC. N° 05637-2006-PA, de fecha 12 de abril de 2007, Caso Roberto Woll Torres, Fundamento 11: “*Los poderes públicos, en general, tienen un deber especial de protección de los derechos fundamentales de la persona. Tratándose de órganos administrativos, tal función comprende todas aquellas actuaciones positivas que la Constitución o las leyes le atribuyen para la protección de los derechos fundamentales, tanto frente a actos del propio Estado como respecto a los provenientes de particulares. En consecuencia, si un órgano administrativo omite el cumplimiento de la actuación positiva destinada a la protección de derechos fundamentales de la persona frente a actos del propio Estado o de particulares, habrá incurrido en la omisión de su deber de protección de derechos fundamentales y, en consecuencia, los habrá afectado*”.

3.1.1.- Inglaterra y su equilibrio institucional al precedente

En el *common law* el precedente vinculante (*binding precedent*) se origina en el Derecho Inglés⁴¹⁷. Aún cuando en Inglaterra por el siglo XVII (1688 – 1689), se movía la figura de que en los poderes del Estado, el Parlamento pasaba a hacer el poder más importante del Estado, en eso los ingleses son muy enfáticos, por eso incluso ellos tienen un gobierno parlamentarista⁴¹⁸. Sin embargo, a diferencia de lo que acontecía en Europa Continental, haya en Inglaterra, la honorabilidad de la judicatura siempre fue respetada (desde el siglo XIII con la aparición de la Carta Magna de 1215), teniéndose la noción de que quien creaba derecho no era únicamente el legislador sino que también el juez porque aunque el legislador era quien creaba la ley pero era el juez quien la interpretaba⁴¹⁹. Entonces, a partir de 1688 y 1689 se consuma una interpretación válida del texto constitucional esmerada en la creación de un precedente vinculante.

No obstante, a inicios de 1500, en el sistema inglés, se crea una figura paralela a la del *common law*, los denominados Tribunales Reales (*Royals Courts*), una especie de tribunales arbitrales, la diferencia era que los jueces de este tribunal eran designados por el Monarca (orgánicamente aparte se encontraban los tribunales ordinarios). Por tanto, la funcionalidad que le se brinda en aquel entonces, fue la de que si una persona se veía afectado en algún derecho fundamental de la Carta Magna (generándose un conflicto jurídico) y considera que un tribunal ordinario se va demorar mucho en resolver, podía irse ante los

⁴¹⁷ Es relevante señalar que “*el Derecho es creación básicamente del quehacer judicial de las Cortes, a través de sus sentencias que resuelven reiteradamente una causa en el mismo sentido, que vincula a los jueces en casos futuros idénticos –stare decisis-, llegando incluso a entenderse como un precedente judicial con efectos normativos –erga omnes- a partir de casos particulares*”. LANDA ARROYO, César. “Los precedentes constitucionales”. *op. cit.*, p. 49.

⁴¹⁸ DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique. “Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma del poder judicial”. En *Revista de Economía y Derecho*, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2004, p. 16

⁴¹⁹ AHUMADA RUIZ, María Ángeles. “Stare Decisis y creación judicial de Derecho (Constitucional): A propósito de El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Magaloni Kerpel”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23. Núm. 67. Enero-Abril 2003, p. 353.

Tribunales Reales o los Tribunales de Cancillería (*Court of Chancery*) para una pronta solución del conflicto⁴²⁰.

Así, en Inglaterra se creó una especie de paralelismo con dos tipos de tribunales, lo que ocasionó, durante todo el siglo XVIII (1700 a 1800), un tema de inseguridad tremenda porque los Tribunales Reales resolvían casos de manera arbitraria y sin una lógica clara. Es decir, sin tener un precedente anterior que le marcara la pauta en la resolución de conflictos jurídicos, tan sólo resolvían como mejor les parecía. En un momento, se da la necesidad en Inglaterra, de crear un órgano por encima de los Tribunales Reales o los Tribunales de Cancillería que serían los encargados de ver las apelaciones contra esos tribunales y emitir así una especie de sentencia que los del Tribunal Real no pudieran contradecir.

Esa institución se creó en el año de 1821 con la denominada *House of Lords*, una institución bien particular porque se crea dentro del Parlamento Inglés y que no pertenecía a ningún órgano jurisdiccional⁴²¹; es decir, se decía que si se recurría a los Tribunales Reales para que resuelvan un conflicto jurídico, cuando estos emitan su sentencia se deja a salvo el derecho de apelar la resolución pero quien va a resolver en última instancia, ya no va ser el Tribunal de la Cancillería ni ningún tribunal ordinario sino va pasar en última instancia la famosa *House of Lords* que se ubicaba y pertenecía al organigrama del gobierno parlamentario.

Por otra parte, los tribunales ordinarios de aquella época tenían una estructura con jueces de Primera Instancia, Sala de Apelaciones y estaba la Suprema Corte; pero en ese momento (en 1821) se le veía como una especie amparo (“*amparitis aguda*”), como una cosa más rápida, que los llevaba a preferir los Tribunales Reales por su inmediatez⁴²². Hasta que, en 1873, como ya veían que la situación era insostenible con dos tribunales, y la *House of Lords* emitía resoluciones

⁴²⁰ ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, 1^{ra} Ed., Madrid, Editorial Civitas S.A., 1995, p. 24.

⁴²¹ *Ibidem*.

⁴²² Cfr. LEGARRE, Santiago. “Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos”, Ponencia presentada en las *Jornadas de Filosofía de las Ramas del Mundo Jurídico*, en homenaje al profesor Germán J. Bidart Campos, Universidad Nacional de Rosario, 31 de marzo y 1º de abril de 2005, pp. 3 - 4.

vinculantes, para que los Tribunales Reales ya no resuelvan arbitrariamente, sino que por el contrario, se adecuasen de conformidad a lo que –en principio- venían señalando la *House of Lords*.

Entonces, en esta época los ingleses emiten una ley (*Judicatuats*) que decía que: ya no más dos tribunales o judicaturas (ordinaria y real), vamos a juntarlas todas en una sola; se comienza a eliminar a los Tribunales Reales y subsisten los Tribunales Ordinarios (Jueces de Primera Instancia, Sala de Apelaciones y Corte Suprema), pero por encima de la Corte Suprema vamos a mantener e instalar a la *House of Lords* (institución que se situaba en el Parlamento)⁴²³.

A partir de ese momento se indicó también para plantear la creación de un principio por el cual mantenga un cierto orden y seguridad jurídica a nivel del ordenamiento jurídico inglés, ese principio se llamó *stare decisis et non quieta movere* (traduciéndolo significa estese a lo decidido y no cambiar lo establecido)⁴²⁴. En otras palabras, respétese y vincúlese al precedente vinculante, cuya aparición como institución en Inglaterra, entonces, se remontaría al siglo XVIII.

Y sin más, los ingleses habían determinado que los jueces de primera instancia no emitían precedentes vinculantes, estos, más bien, iban hacer emitidos a partir de la Salas de Apelaciones, la Corte Suprema inglesa y de la *House of Lords*; lo cual demostraba la verticalidad del *stare decisis*⁴²⁵, como característica, a la hora de supeditarse a lo decidido jerárquicamente, es decir, los órganos inferiores van

⁴²³ Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, op. cit., p. 25.

⁴²⁴ Cfr. AHUMADA RUIZ, María Ángeles. “Stare Decisis y creación judicial de Derecho (Constitucional): A propósito de El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Magaloni Kerpel”. op. cit., pp. 356 y 357.

⁴²⁵ La idea general que subyace a la doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes -o, simplemente, los “precedentes”-, es decir, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante. Sin embargo, la comprensión del sistema originado en Inglaterra requiere entender que un solo precedente constituye derecho y genera obligación. Es lo que GOODHART llama “la doctrina del precedente individual obligatorio”. Esta doctrina no existe en los sistemas jurídicos “continentales” o “civilistas”, donde, a lo sumo, la jurisprudencia adquiere importancia cuando una determinada solución se repite en el tiempo y genera una costumbre. En algunos países -y, en los Estados Unidos, en el estado de Louisiana- se llama a esta doctrina “*jurisprudencia constante*”. Cfr. LEGARRE, Santiago. “Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos”, op. cit., pp. 1 - 2.

a estar vinculados a los precedentes vinculantes que emitan los órganos superiores⁴²⁶.

Pero, hay que tener en cuenta también, que ante toda esta situación conformada por la aparición del *stare decisis* o precedente inglés, hubo acontecimientos importantes con respecto a la aparición de instituciones para el Derecho Anglosajón (en específico Inglaterra). Una de esas instituciones importantes fue el antecedente más remoto de lo que hoy conocemos como Control Difuso o *judicial review*)⁴²⁷.

En 1610, un caso que aconteció en Inglaterra fue el caso del Doctor Thomas Bonham⁴²⁸, donde ahí es el primer antecedente de lo que se conoce como *judicial review* y que años más tarde los norteamericanos van a desarrollar⁴²⁹. Entonces, para esta época en Inglaterra, el parlamento había emitido una ley respaldada por el Monarca –de ese momento- Enrique VIII que días antes había perdido a su padre producto de la negligencia médica de un doctor. Por tanto, esa ley había señalado que a partir de ese momento todos los médicos con título que ejercieran su profesión en Londres tenían que hacerlo, siempre y cuando, tuvieran permiso del Royal College (Colegio Médico Inglés).

Resulta pues, que el Royal College es una institución que solamente podía acreditar a gente de dinero, de la nobleza inglesa, los demás de clase media no tenían las condiciones para que puedan recibir ese nombramiento o permiso del Royal College, y por tanto, muchos no podían ejercer la carrera médica. Pero uno de ellos se rebeló, el Doctor Thomas Bonham, él había sacado su título por la Universidad de Cambridge y decidió firmemente no acercarse al Royal College;

⁴²⁶Cfr. DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique. “Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma del poder judicial”. *op. cit.*, pp. 19 -20.

⁴²⁷ Cfr. LANDA ARROYO, César. “Los precedentes constitucionales”. *op. cit.*, pp. 50 – 51.

⁴²⁸ Además, el caso Bonham constituye el primer antecedente histórico de consagración de la Supremacía Constitucional (ley de tierra), por encima de las decisiones reales y de los actos del Parlamento inglés. Entendiendo, como lo señaló Sir Edward Coke, como regla fuerza que “*un pretendido derecho sin respaldo no es más que una declaración de papel*”. BARKER, Robert S. *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2005, p. 45.

⁴²⁹ Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, *op. cit.*, p. 21.

porque, en primer lugar, esa ley se ha emitido cuando ya le habían dado el título y según la ley por la cual le dieron el título (ley anterior) dice que se le habilita a poder ejercer su profesión médica con el sólo hecho de obtener el título, sin exigírsele nada más⁴³⁰. Entonces, al darse esta nueva ley en la que se exigen nuevos requisitos, como el permiso de la Royal College, pues bien, estos aplíquenlos de manera irretroactiva (de ahí hacia adelante), y no pretenderse aplicar de manera retroactiva.

Sin más, este médico de profesión siguió ejerciendo y ante una cierta calidad de operativo de acreditación, al no demostrar su permiso formal, lo toman preso y lo encarcelan. En la cárcel, el médico interpone una demanda de Hábeas Corpus por vulneración a su derecho a la libertad física, aduciendo que –en segundo lugar- según lo que establece la Carta Magna, solamente se puede restringir la libertad física cuando hay un mandato judicial o un fragante delito⁴³¹. Por lo tanto, en autos, el médico no estaba cometiendo ningún fragante delito y además se omitía la existencia de un mandato judicial.

En tercer lugar, manifiesta se estaría vulnerando el principio de irretroactividad de las normas, en el sentido de que él se está rigiendo por una ley anterior, donde él ya era médico reconocido con una ley preconcebida en exigir tan solo la emisión y obtención de su título profesional de médico de su respectiva universidad⁴³². Y en todo caso, toda nueva ley que había dado el parlamento debería ser aplicable a los casos futuros y no al del médico delantero en la derogación de la ley

⁴³⁰ Cfr. VELÁSQUEZ RIZO, Ana María. *El caso Bonham: Supremacía Constitucional*. En Revista de Derecho, Colombia, Universidad del Norte, 1999, p. 137. [ubicado 20. X. 2008] Obtenido en <http://manglar.uninorte.edu.co/bitstream/10584/1646/1/Documentos.%20El%20caso%20Bonham.pdf>

⁴³¹ Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, op. cit., p. 21.

⁴³² DIEZ-PICAZO, refiriéndose a la primera teoría (*teoría del efecto inmediato*), sostiene que “*en el momento en que una ley entra en vigor, despliega, por definición, sus efectos normativos y debe ser aplicada a toda situación subsumible en su supuesto de hecho; luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones, aún no extinguidas, nacidas con anterioridad. Ello no entraría en colisión con la norma de conflicto de no presunción de retroactividad, porque la aplicación de una ley a situaciones aún vivas y con efectos ex nunc no implicaría, en puridad de conceptos retroactividad alguna*”. Y, respecto a la segunda teoría (*teoría de la ultraactividad o de la supervivencia de la ley antigua*), explica: “*(...) la eficacia normal de la ley se despliega únicamente pro futuro, es decir, con respecto a las situaciones que nazcan con posterioridad a su entrada en vigor. La ley nueva, por consiguiente, no es de aplicación –salvo que se prevea su propia retroactividad– a las situaciones todavía no extinguidas nacidas al amparo de la ley antigua*”. DIEZ-PICAZO, Luis María. *La Derogación de las Leyes*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1990, p. 207.

anterior⁴³³. Entonces, es de imaginarse que, los jueces de aquella época por más que haya independencia judicial, era una independencia solapada porque evidentemente irse contra la voluntad del Monarca era algo totalmente rematado respecto de las implicancias duras que eso iba a contraer.

En primera instancia, le deniegan la demanda con el carácter de infundada, por lo que el médico apela y llega a una de las Salas de Apelaciones de Londres, donde el presidente de esa sala era un juez famoso que le decían el Sir Edward Coke⁴³⁴. Este juez estaba voceado para ser promovido al cargo de Juez o Vocal Supremo, y no solamente eso, además se hablaba de sus grandes relaciones con gente de la nobleza (entre ellos el Monarca Jacobo VIII), con lo cual lo situaba a ser el próximo presidente de la Suprema Corte Inglesa.

Para ello, Sir Edward Coke en ese momento, inspirado en un espíritu -que él escribió en sus memorias- de conformidad con el derecho natural, dijo que a él lo únicamente que le interesa es una realidad de conformidad con el derecho natural, y según lo que estableció en su decisión, aún con la existencia de una ley en la que establece que a una persona se le tiene que encarcelar si no se le encuentra en su poder un permiso profesional autorizado por la Royal College.

Este magistrado, por lo tanto esbozó, que a lo que se tiene que remontarse es únicamente a la Constitución Consuetudinaria Inglesa y al documento principal de esa constitución, la cual es la Carta Magna de 1215, por lo que se podría ver

⁴³³ En relación con lo anterior, este Tribunal Constitucional ha dicho que “*conforme a la normativa expuesta, es posible inferir que, como regla, las normas rigen a partir del momento de su entrada en vigencia y carecen de efectos retroactivos. Si bien esta regla resulta bastante clara, es innegable que al momento de su aplicación podrían generarse ciertos conflictos; por ejemplo, cuando una nueva norma entra a regular una relación o situación jurídica, derogando la norma reguladora anterior, suele suceder que durante cierto período se produce una superposición parcial entre la antigua y la nueva norma. Es decir, la nueva norma podría desplegar cierto grado de efectos retroactivos y, a su vez, la norma derogada podría surtir efectos ultraactivos. A fin de resolver este problema, la doctrina plantea dos posibles soluciones radicalmente diferentes: la teoría de los hechos cumplidos y la teoría de los derechos adquiridos (denominadas también teoría del efecto inmediato y teoría de la ultraactividad o de la supervivencia de la ley antigua, respectivamente)*”. Vide. STC. N° 0002-2006-PI/TC, del 16 de mayo de 2007, Fundamento 11.

⁴³⁴ En el famoso caso Bonham, “*es precisamente a Sir Edward Coke a quien se le atribuye el primer antecedente del constitucionalismo moderno por intentar sujetar los actos del Parlamento a principios rectores del common law*”. VELÁSQUEZ RIZO, Ana María. *El caso Bonham: Supremacía Constitucional*. En Revista de Derecho, Colombia, Universidad del Norte, 1999, p. 138. [Web Site].

claramente que la libertad física solamente se puede vulnerar en los caso de mandato judicial o fragante delito.

Por consiguiente, estableció Sir Edward Coke, que esa nueva ley emitida por el Parlamento viene siendo totalmente contraria a los derechos establecidos en la Carta Magna; y además de ello, cabe la razón primar el principio de irretroactividad de la ley para lo cual su aplicación deba recurrirse para la ejecución de caso futuros y no al caso del médico ingles que acabo su carrera y saco su título profesional de conformidad con una ley anterior. De esta manera, el Juez Edward Coke declara fundada la demanda de Hábeas Corpus y en consecuencia ordenó que lo liberaran⁴³⁵.

Sin embargo, dos mese después, eso le costó a Sir Edward Coke que fuera inmediatamente desterrado de Inglaterra (quedándose sin su nombramiento de Juez Supremo). No obstante, véase que la vida si es justa (donde la historia no fue es tan injusta como parece), cuando de la mano del hombre se quita de mala fe algo; pues tres años después el Monarca Jacobo VIII murió de una extraña enfermedad y subió al trono real: Enrique VII. Este nuevo Monarca (un rey más neutral y quizás un poco más razonable) producto de lo que había visto con Sir Edward Coke, lo mandó a llamar a Cook y lo nombra inmediatamente Presidente de la Suprema Corte, como el cargo que verdaderamente se merecía⁴³⁶.

Fíjese que otro aporte de Sir Edward Coke, fue aquella división que él hizo también, en algún momento, sobre el *common law*, y que además el TC peruano en una sentencia de Exp. N° 05761-2009-PHC/TC, parece haberla hecho de conformidad con esa segmentación. Sir Edward Cook decía que el *common law* ingles se podía dividir en dos partes: un *common law* fundamental y un *common law* general.

⁴³⁵ Cfr. VELÁSQUEZ RIZO, Ana María. *El caso Bonham: Supremacía Constitucional*. En Revista de Derecho, Colombia, Universidad del Norte, 1999, p. 138. [Web Site].

⁴³⁶ Ídem, p. 140.

Para Sir Coke el *common law fundamental* estaba conformado por todas aquellas normas legislativas y jurisprudenciales que emitía el Estado Ingles en referencia a los derechos fundamentales y a la estructura del Estado. Y en el *common law general* se encontraban todas aquellas normas que tenían que ver con otras ramas distintas a la de los derechos fundamentales y estructura del Estado⁴³⁷.

El TC peruano en el Exp. N° 05761-2009-PHC/TC dice algo muy parecido –por no decir que prácticamente se parafraseo- ha Sir Edward Coke en el Siglo XVII, al decir que nuestra CPP está dividida en partes, una constitución fundamental y una constitución general. En una constitución fundamental se conforma por la parte dogmática (referida a los derechos fundamentales)⁴³⁸ y parte orgánica (referida a la estructura del Estado)⁴³⁹; mientras la constitución general está conformada por todos los demás dispositivos constitucionales que no versan sobre derechos fundamentales o estructura del Estado⁴⁴⁰.

Ahora, es momento de referirnos sobre cómo se aplica la técnica del precedente vinculante en Inglaterra. El precedente inglés hasta el año de 1566 era un precedente estricto, vertical y sin oportunidad de apartamiento, es decir, que todos los jueces inferiores se sometían a las sentencias que emitían los órganos

⁴³⁷ Cfr. OLLERO, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial. op. cit.*, p. 80.

⁴³⁸ El dogma es un principio que no se puede poner en duda. En la constitución está referida a los derechos humanos. En toda reforma constitucional viene a ser la parte que no se reforma, pero si se puede aumentar derechos.

⁴³⁹ Comprende la institucionalización sistemática del cuerpo político; el conjunto de reglas para el establecimiento y función de los órganos y organismos estatales; así como el reparto de competencias entre estos y los mecanismos de elección o designación de las autoridades encargadas de su conducción.

⁴⁴⁰ Vide. STC. N° 05761-2009-PHC/TC, del 02 de junio de 2010, Fundamento 11: “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; y, b) El carácter concreto o inter partes: Se trata aquí de las sentencias que defienden la *parte dogmática de la Constitución*; esto es, aquellos fallos que se pronuncian sobre los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, cuyos efectos por lo general giran tanto contra autoridades, funcionarios o personas, pero que su decisión sólo vincula a dichas partes sometidas en el proceso constitucional”. Puede agregarse a dicho estudio a RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos. En estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007, p. 57.

superiores, y nadie podía apartarse de los precedentes vinculantes ni si quiera el mismo órgano que lo emitía⁴⁴¹.

Sin embargo, en 1966 el Parlamento Inglés emite otra ley, la famosa Declaración de Práctica (*Practice of Statement*), estableciéndose que a partir de ese año, existe la posibilidad de apartamiento del precedente vinculante pero solamente a nivel de un único órgano. El único órgano en Inglaterra que se pueda apartar de su propio precedente es la *House of Lords*. Todos los órganos inferiores tienen que seguir rígidamente lo que establecen los órganos superiores⁴⁴².

Y como se ve, el precedente vinculante peruano ¿es o no es un algo muy parecido al precedente inglés?, sucede que quién es el único que se puede aparta de un precedente, es pues el TC, y los demás jueces lo que tendrían que hacer es acatar el precedente vinculante en su totalidad⁴⁴³. Sin embargo, la peculiaridad del precedente vinculante inglés, así rígido como se le ve, no tiene efectos de ley. Es decir, solamente el precedente que emite la *House of Lords* -la institución más fuerte a nivel jurisdiccional-, rige solamente a los órganos judiciales y no alcanza a los demás órganos⁴⁴⁴. Es más, ha quedado claro en Inglaterra, que “una ley puede derogar y dejar sin efecto a un precedente pero nunca un precedente puede con sus efectos derogar una ley”⁴⁴⁵. Empero, en el sistema constitucional peruano parece que ello se desarrollara al revés y en adversidad a la técnica inglesa.

⁴⁴¹ Cfr. LEGARRE, Santiago. “Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos”, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁴² Por supuesto, ello significó una modificación radical de la que hasta entonces había sido la práctica judicial inglesa. En efecto, de acuerdo con la que había sido la práctica judicial prevaleciente desde 1898 hasta 1966, la *Cámara de los Lores* estaba obligada de forma absoluta a seguir sus propios precedentes, y tal tendencia se había ido acentuando en todos los pronunciamientos de la misma durante el siglo XIX. Cfr. CROSS, Rupert y HARRIS, J. W. *El precedente en el Derecho Inglés*, Traducción de M^a. Angélica Pulido, Madrid | Barcelona | Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, p. 25 – 26. [ubicado 20. III. 2012] Obtenido en <http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497689397.pdf>

⁴⁴³ Cfr. TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coord.). *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada*, *op. cit.*, pp. 27 – 28.

⁴⁴⁴ Cfr. PAREDES INFANZÓN, Jelio. *Los precedentes constitucionales: un debate pendiente en el Perú y el Derecho Comparado*, Lima, Alerta Informativa, pp. 2 – 3

⁴⁴⁵ ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, *op. cit.*, pp. 74 y 76.

Por otro lado, una peculiaridad más que se puede denotar del Estado Inglés es que su órgano jurisdiccional termina ubicándose en una institución que está dentro del Parlamento (la *House of Lords*), que es una institución que está conformada por la Cámara de los Lores Ingleses⁴⁴⁶. En contraste, en el estado peruano, la última instancia judicial ordinaria es la Corte Suprema y en la jurisdicción constitucional el TC, para nada asume jurisdicción alguna en la materia el Poder Legislativo.

En cambio, en Inglaterra el último órgano que tiene la palabra a nivel jurisdiccional no es –justamente– un órgano jurisdiccional, por el contrario es un órgano político (la *House of Lords* que se encuentra dentro del Parlamento), con un precedente que es rígido y al cual, solamente es ella, la única que se puede apartar de su propio precedente.

3.1.2.- El *stare decisis* norteamericano y su efecto vinculante

Con todo lo antes desarrollado, otra cosa es el precedente vinculante norteamericano. Si se recuerda Estados Unidos fue en años anteriores colonia del Estado Inglés. Y resulta que después de la independencia, y cuando los norteamericanos emiten su Constitución (la Constitución de Filadelfia de 1787⁴⁴⁷), se apartan de algunas instituciones inglesas, como por ejemplo Inglaterra no tenía Constitución escrita (era una Constitución Consuetudinaria), y los norteamericanos si prefirieron tener una Constitución escrita, y así emitieron la primera Constitución escrita de la historia. Por otro lado, los ingleses tenía un gobierno parlamentarista, los norteamericanos mientras tanto se forjaban en un gobierno presidencialista.

Pero si bien se apartaron de algunas instituciones inglesas, también conservaron las más importantes. En un inicio, después de la independencia norteamericana,

⁴⁴⁶ Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, op. cit., p. 25.

⁴⁴⁷ Esta Constitución “*se convocó con el propósito de proponer reformas a los Artículos de la Confederación que fortalecieran al gobierno nacional. Pero resultó no una reforma, sino una nueva Constitución, que entró en vigencia en el año 1789 y, con sus veintisiete enmiendas, sigue siendo la ley fundamental de los Estados Unidos*”. BARKER, Robert S. *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, op. cit., p. 46.

no se hablaba del precedente vinculante, es decir, no había incorporado la técnica del *stare decisis* -y era algo lógico-. Pues Estados Unidos se independiza del Estado Ingles en el año de 1776, mientras que el precedente vinculante en Inglaterra se comienza a hablar a partir de 1873, o sea un siglo después; por lo tanto el precedente de Inglaterra aun no estaba bien desarrollado, lo que significaba que los norteamericanos no lo conocían.

Entonces, llega un caso importante a Estados Unidos, en 1803 se da el caso *Marbury vs. Madison* (Caso de William Marbury contra James Madison, Secretario de Estado de los Estados Unidos.) en donde se establece, se regula y se acopla al ordenamiento jurídico norteamericano la fórmula de la *judicial review*⁴⁴⁸. Fíjense que en 1803, en el caso *Marbury vs. Madison*, no es que a alguien se le haya ocurrido y haya querido crear la *judicial review*. Dice GARCÍA BELAUNDE que Marshall crea la *judicial review* por una cuestión de necesidad, porque se encontraba entre la espada y la pared⁴⁴⁹.

En 1802 se habían llevado las elecciones en los Estados Unidos, en aquel momento era el presidente John Adams, se convoca a elecciones y gana la presidencia Thomas Jefferson. John Adams era republicano, mientras que Thomas Jefferson era federalista (ahora los *federalistas* ya no existen, han pasado hacer partido demócrata), partidos que siempre han estado enfrentados⁴⁵⁰. Siendo así, resulta que John Adams deseaba volver a hacer

⁴⁴⁸ Que se desarrolla en los causes del origen de la Justicia constitucional, en la que “*el juez John Marshall dedujo de la norma suprema que cualquier juez, enfrentado a una norma contraria a la Constitución, debe aplicar ésta e inaplicar aquélla. No hay, por tanto, en este modelo de justicia constitucional que se ha dado en llamar “difuso”, ni Tribunal Constitucional ni procesos específicamente constitucionales, dado que se encomienda el control de constitucionalidad a los tribunales ordinarios en los distintos tipos de procesos*”. ALVARADO TAPIA, Katherine. “El Tribunal Constitucional como instaurador de la Jurisdicción Constitucional”. En *IUS - Revista de Investigación Jurídica* de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Vol. I, Enero – Junio 2011, p. 5. [ubicado 20. IV. 2012] Obtenido en <http://www.usat.edu.pe/usat/ius/files/2011/07/EL-TRIBUNAL-CONSTITUCIONAL-COMO-INSTAURADOR-DE-LA-JURISDICCION-C3%93N-CONSTITUCIONAL-2.pdf>

⁴⁴⁹ Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, 4ta Ed., Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC – Sección Peruana), UNMSM y Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 2003, p. 83.

⁴⁵⁰ Cfr. CARBONELL, Miguel. “*Marbury versus Madison: en los orígenes de la Supremacía Constitucional y el Control de Constitucionalidad*”. En *Blog PUCP: Servicio de bitácoras de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, pp. 2 – 3. [ubicado 20. IV. 2012]

presidente, pero lo válido era recibir el nuevo mandato que le correspondía a Thomas Jefferson, y gozaba de gran popularidad. El problema era que al parecer John Adams había robado al fisco norteamericano⁴⁵¹, y como sabía que el presidente que iba a entrar era del partido contrario, iba suceder una situación de persecución política a causa de una fiscalización *a posteriori*, lo cual lo conllevaría a reducir sus índices de popularidad.

En aquel momento, entonces el Parlamento emite una ley, por la cual se decía que si bien el PJ era independiente en un cien por ciento, el treinta por ciento de ellos podían ser elegidos directamente por el presidente de los Estados Unidos, incluyendo a los vocales de la Corte Suprema Norteamericana (al día de hoy ha sido enmendada en ese extremo, al reparar que ya no es que el treinta por ciento de jueces sean elegidos por el presidente, sino que presidente solamente puede elegir a los vocales de la Corte Suprema Norteamericana, los demás jueces se eligen por concurso)⁴⁵².

Para ello, John Adams reflexiona sobre lo que mejor le convenía respecto a la culminación de su mandato, y pensaba que si la Constitución reconoce que una vez acabado el mandato presidencial, culmina todos los cargos judiciales de confianza (el treinta por ciento de jueces "*presidenciales*"). Por lo que, llegó a la siguiente conclusión: que al tener una votación mayoritaria en el Parlamento, se decida ordenar a la bancada oficialista se proponga una ley por la cual extraordinariamente se establezca que los jueces de un mandato presidencial anterior prorroguen su mandato por cuatro años más; lográndose así obtener parcialmente controlado al PJ⁴⁵³.

Obtenido en <http://blog.pucp.edu.pe/media/2841/20110803-MIguel%20Carbonell%20-IIDPC%20-%205-205-.pdf>

⁴⁵¹ VALDÉS S., Clemente. "Marbury vs. Madison: Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos". En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional: Proceso y Constitución*, Revista IDPC N° 4, México y Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional Julio - Diciembre 2005, p. 331. [ubicado 20. IV. 2012] Obtenido en http://www.iidpc.org/revistas/4/pdf/327_359.pdf.

⁴⁵² BARKER, Robert S. *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, op. cit., p. 206.

⁴⁵³ Cfr. VIRGINIA ANDRADE, María. "Sentencia Marbury versus Madison (1803)". En *Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, Caracas, Derecho y Sociedad, p. 274. [ubicado 20.

Realizándose así los hechos, al año siguiente –en 1803- Thomas Jefferson toma el poder e inmediatamente le encarga a su Secretario de Estado: Madison, realice las acciones necesarias para la ubicación de los cargos de confianza en el PJ; pero se da con la sorpresa que un treinta por ciento de jueces elegidos por Adams reclaman sus derechos con su ley del Parlamento que los amparaba a quedarse por cuatro años más, sumado a que reclaman al Congreso recibir sus correspondientes credenciales para ejercer la carrera judicial⁴⁵⁴.

En ese momento, Madison se comunica con el Congreso y su bancada para comunicarles que quedaba totalmente prohibido que a este treinta por ciento de jueces se le otorgue las credenciales. Para entonces, aparece el Juez de Paz Marbury del distrito de Texas, quien toma la batuta a favor del treinta por ciento de jueces expulsados, e inmediatamente expresa que se les estaba vulnerando su derecho y también que se estaba incumpliendo la ley.

En aquel tiempo, para Estados Unidos existía una figura que era el *Writ of Mandamus*, figura por la cual si alguna autoridad no cumple con una norma de rango legal o un mandato de ejecución proferido por un Tribunal, el ciudadano común y corriente puede inmediatamente ir ante el PJ a fin de que se obligue a esa autoridad o funcionario a que se cumpla con lo establecido (conminándola a que cumpla con los deberes que le señala el ordenamiento jurídico). Es igual a lo que en el sistema procesal constitucional peruano se le conoce como procesos de cumplimiento (una garantía constitucional)⁴⁵⁵.

En vista de la negativa de Madison, Marbury y los demás afectados presentan una demanda judicial ante la Suprema Corte pidiendo que emita un *Writ of Mandamus* contra Madison, el nuevo Secretario de Estado, en el cual se le

IV. 2012] Obtenido en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/4/deryso_2003_4_273-279.pdf

⁴⁵⁴ ROJAS BERNAL, José Miguel. “Control de Constitucionalidad”. En *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, 1^{ra} Ed., Lima, Gaceta Jurídica y Constitucionalismo Crítico, 2012, p. 79 - 80.

⁴⁵⁵ VALDÉS S., Clemente. “Marbury vs. Madison: Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos”. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional: Proceso y Constitución*, Revista IDPC N° 4, México y Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional Julio - Diciembre 2005, p. 323. [Web Site].

ordene a éste que los ponga en posesión de sus cargos, en cumplimiento a la ley que se había emitido en el gobierno anterior de John Adams.

Sin embargo, apareció un inconveniente relacionado con saber ante quien se interpone el *Writ of Mandamus*. Cuando la misma Constitución norteamericana establece que al tratarse de las más altas autoridades o funcionarios del Estado Norteamericano (presidente o congresista); la demanda *Writ of Mandamus* directamente se interpone ante la Corte Suprema; en la que su actual presidente era el Juez John Marshall (ratificado un periodo más después de serlo en el gobierno anterior de John Adams).

Y John Marshall, por tal situación, se percibió inmerso en una encrucijada por su amistad para ambos bandos o partidos, lo que al final de cuentas podría significar un acto de deslealtad. Empero, se pone a pensar y recuerda el caso del Doctor Thomas Bonham, que había sucedido doscientos años atrás en Inglaterra. Especula que esta ley del Parlamento que prorroga el mandato de cuatro años a jueces con un cargo de confianza, está vulnerando directamente la Constitución; porque la Constitución Norteamericana dice, en contra de esa ley, que al término de un mandato presidencial con ellos acaban todos los cargos de confianza de su temporada⁴⁵⁶.

Sin embargo, al pensar que en definitiva lo que iba a decidir era declarar infundada la demanda, recurre a realizar algo más práctico, declarándolo improcedente porque la Constitución Norteamericana también dice que solamente a la Corte Suprema pueden venir las más altas autoridades del Estado. Por lo tanto, determinar que al ser el señor Marbury un Juez de Paz (no era congresista ni presidente) no puede pretender directamente una demanda de cumplimiento; con lo cual así termino lavándose las manos frente a la controversia jurídica suscitada⁴⁵⁷. Aunque valorando y leyendo un poco la sentencia, esta no estaba

⁴⁵⁶ Cfr. CARBONELL, Miguel. “Marbury versus Madison: en los orígenes de la Supremacía Constitucional y el Control de Constitucionalidad”. En *Blog PUCP: Servicio de bitácoras de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, pp. 2 – 3. [Web Site].

⁴⁵⁷ Cfr. VIRGINIA ANDRADE, María. “Sentencia Marbury versus Madison (1803)”. En *Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, Caracas, Derecho y Sociedad, p. 274. [ubicado 20.

resolviendo la forma sino resolviendo el fondo al decir que esa ley era inconstitucional, pero al final -en el fallo- no podía declararla infundada, entonces para evitar más enfrentamiento, decide definitivamente declararla improcedente.

Así fue que por primera vez apareciera la *judicial review*, por una situación de necesidad. Fíjese que tuvieron que pasar cincuenta años más para que se volviera a la *judicial review* de los Estados Unidos. Veinte años después, en el Caso de *Cohen's vs. Virginia* (1821), en donde también resuelve el Juez Marshall, y se establecen las primeras reglas del precedente vinculante (la *ratio decidendi* y la *obiter dicta*)⁴⁵⁸.

Pero con la instauración de la *judicial review* en los Estados Unidos se comenzaron a darse los primeros problemas. Por ejemplo, si un determinado estado norteamericano (por ejemplo, el Estado de Washington o el Estado de Massachusetts) consideraba que una ley del Parlamento era inconstitucional porque transgredía la Constitución (vulnerándose un derecho fundamental), se acudía al órgano judicial federal para solicitar la inaplicación de dicha ley por su contradicción con un derecho fundamental que se establece en la Ley Fundamental.

Puesto el caso en manos de un juez norteamericano, verificaba el cumplimiento de los requisitos de la *judicial review*; por lo tanto, declaraba la fundabilidad de la demanda de inconstitucionalidad y ordenaba la inaplicación de la ley cuestionada en su constitucionalidad en el caso en concreto. Sin embargo, la controversia se entabla cuando en comparación con otros estados federales, que se veían igualmente afectados por la misma ley del Parlamento norteamericano (por su carácter general) con casos igualmente parecidos, y que al acudir a sus órganos judiciales respectivos, solicitando la inaplicación de la norma (*judicial review*). El

IV. 2012] Obtenido en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/4/deryso_2003_4_273-279.pdf

⁴⁵⁸ Cfr. SAGÜES, Néstor Pedro. “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE. UU. y Argentina”. En *Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 01, Santiago de Chile, Universidad de Talca, Editorial LIBROTECNIA, 2006, p. 20. [ubicado 20. IV. 2012] Obtenido en http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano4_1/revista_ano4_1_1.pdf.

juez federal distrital decidía que, para su jurisdicción territorial, esa ley era acorde a los parámetros constitucionalmente establecidos en la Ley Fundamental, lo que implicaría declarar, entonces, infundada la aplicación de la *judicial review*⁴⁵⁹.

Consecuentemente, lo que estaba ocurriendo era que en dos o más casos idénticos, se estaban resolviendo de distinta forma. Es decir, a raíz de que en Estados Unidos se instituye la *judicial review*, a parece la necesidad de establecer la figura del *stare decisis* (o sea, del precedente vinculante). Es en virtud del principio del *stare decisis* que los tribunales realizan la función jurisdiccional, de manera que las decisiones se convierten en parámetro a ser consideradas para las soluciones de casos similares posteriores. De esa manera, el *stare decisis* le impone a los jueces seguir los precedentes de los casos anteriores, pero al mismo tiempo elevar sus sentencias a tal categoría⁴⁶⁰.

Este precedente vinculante aparece en el año de 1821 en el Caso *Cohen's vs. Virginia*, conocido como el que más puntualizó la tesis de Marshall sobre la competencia de la Suprema Corte para revisar decisiones de las Cortes Supremas de los Estados. En donde la Suprema Corte norteamericana establece que van a incorporar y aplicar -de la misma manera- la figura del *stare decisis* de los ingleses (es decir, de una manera rígida y estricta)⁴⁶¹.

Al tener en cuenta que en los Estados Unidos, se encuentran verticalmente instaurados los Jueces del Distrito Federal, las Salas de Apelaciones, la Corte Suprema de un estado federal y por encima de estos, la Suprema Corte de los Estados Unidos. Y además, considerando que en la resolución de casos –en su mayoría- no suben a la Suprema Corte norteamericana; éstos, por el contrario, se quedan en la Corte Suprema de un determinado estado federal. Sólo en los casos

⁴⁵⁹ FRANSWORTH E., Allan. *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos*. Citado por SAGÜES, Néstor Pedro. “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE. UU. y Argentina”, *op. cit.*, 2006, p. 21

⁴⁶⁰ Cfr. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa, *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, Madrid, McGRAW-HILL, 2001, pp. 30 – 31.

⁴⁶¹ Cfr. AHUMADA RUIZ, María Ángeles. “Stare Decisis y creación judicial de Derecho (Constitucional): A propósito de El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Magaloni Kerpel”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23. Núm. 67. Enero-Abril 2003, p. 356.

especiales de la figura del *Writ of Certiorari*⁴⁶² o el uso de la discrecionalidad, suben a la Suprema Corte norteamericana; es decir, cuando una vez agotada toda la función jurisdiccional de un estado federal se puede solicitar a esta Suprema Corte el examen de un caso.

No obstante, es la Suprema Corte la que tiene la potestad discrecional de resolver o no resolver el pedido de revisión; pues escoge los casos –bajo su opinión- con más relevancia jurídica y sobre esos casos que elige y se pronuncia es que emite sus precedentes vinculantes.

Resulta, por tanto, que del año de 1821 hacia adelante hasta el año de 1867, la Suprema Corte norteamericana comenzó a emitir precedentes vinculantes aplicando también la *judicial review*. Se trabajaba con dos instituciones que iban de la mano; es decir, se inaplicaba una ley y se emitía un precedente vinculante que era rígido y estricto del cual se desprendía la regla de que nadie –verticalmente ubicado- podía tener la mínima intención de querer apartarse⁴⁶³.

Pero comenzó a darse un tema de abuso, despotismo y arbitrariedad de la figura del precedente vinculante (*stare decisis*). En el año de 1929, enfrentándose la peor crisis económica en el *Wall Street* con la caída de la bolsa en Estados Unidos. El presidente Franklin Delano Roosevelt emite un fardo de leyes (Decretos Legislativos emitidos por el Poder Ejecutivo), para reinsertar y darle un flote a la economía norteamericana que se estaba viniendo abajo⁴⁶⁴.

⁴⁶² En este contexto, es importante enfatizar otro aspecto del Derecho angloamericano: “*el principio de stare decisis, que significa que la Jurisprudencia de los tribunales superiores es vinculante para los jueces y tribunales inferiores*”. Gracias a este principio, la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es vinculante para todos los demás tribunales y jueces, y así se garantiza la uniformidad de la jurisprudencia constitucional en todo el país. En un aumento del número de casos en la Corte Suprema de los Estados Unidos, a través de los años, entre 1891 y 1928. La ley *Certiorari* “*limita la competencia obligatoria de la apelación de la Corte Suprema, y concede a la Corte la discrecionalidad de aceptar o rechazar, de acuerdo con su propio criterio, la gran mayoría de los casos presentados para su revisión*”. [Regla N° 10 de la Corte Suprema]. BARKER, Robert S. *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁶³ Cfr. CARBONELL, Miguel. “Marbury versus Madison: en los orígenes de la Supremacía Constitucional y el Control de Constitucionalidad”, *op. cit.*, pp. 2 – 3.

⁴⁶⁴ Cfr. DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique. “Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma del poder judicial”. *op. cit.*, p. 16

Con todo, la Suprema Corte norteamericana -de un momento a otro- empezó a declarar la inconstitucionalidad, y por ende, a aplicar la *judicial review* de forma indiscriminada al fardo de normas económicas que se derogaban a causa de los precedentes vinculantes que ésta emitía. Con lo que, el presidente Franklin Roosevelt defendiendo su política de estado para reactivar la economía agonizante en los Estados Unidos, manifiesta frente a la Suprema Corte que su medida perjudica a la nación y escapa a sus competencias judiciales⁴⁶⁵.

Lo que provocaría un choque y conflicto de funciones entre el Poder Ejecutivo y el PJ. Tanto así que, en el año de 1942, el presidente Franklin Roosevelt planteo un proyecto de ley ante el Parlamento que hacía referencia al actuar abusivo de la Suprema Corte y establecía lo siguiente⁴⁶⁶: “*primero, que de nueve magistrados nombrados solamente se reduzca a seis; segundo lugar, que ya no se establezcan precedentes vinculantes; y finalmente, que no se puede aplicar más judicial review sobre normas que emite el Poder Ejecutivo con facultades delegadas por el Parlamento*”. Es decir, lo que se buscaba era restringir las facultades de la Suprema Corte norteamericana.

Es en ese momento, la doctrina afirma que se efectuó un punto de quiebre en Estados Unidos. En esta circunstancias la *Universidad de Harvard*, al observar la situación complicada de dos poderes del Estado enfrentados y en un momento crucial en la Segunda Guerra Mundial, donde Japón (enemigo exterior) había declarado la guerra un año antes (1941), dispuso traer a los Vocales de la Suprema Corte norteamericana, al Gabinete de Ministros y al representante del presidente Franklin Roosevelt, quién no pudo acercarse a esa reunión, todo ello para tratar el tema de las cuestiones políticas que no se tornan en cuestiones judiciales⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Cfr. LEGARRE, Santiago. “Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos”, *op. cit.*, p 18.

⁴⁶⁶ Cfr. *Ibidem*.

⁴⁶⁷ Y qué eran las *political questions*, son aquellas cuestiones políticas en donde la Suprema Corte no puede tener injerencia; es decir, una cuestión que los Tribunales Federales deben negarse a resolver, ya que pertenece propiamente a la autoridad de toma de decisiones de los funcionarios electos. Por ejemplo, si el Gobierno emite una norma por una cuestión de carácter político, se torna de impertinente la actuación de la

En ese momento, comienza un cambio a nivel de la Suprema Corte norteamericana, que da origen a una institución que se ve –también- plasmada y sacramentada en el precedente vinculante *Cooper vs. Aaron*⁴⁶⁸ en el año de 1950, la figura del *Distinguished*⁴⁶⁹. Pero, ¿qué significaba apartarse del precedente? Significa claramente, entonces, que para un caso en concreto dicho precedente no va ser aplicado. Los norteamericanos han sostenido que los jueces están facultados para aplicar esta figura en cuatro casos, aunque quizás de su expresión se entienda como un solo caso nada más⁴⁷⁰.

En un primer caso, se establece que en un supuesto de hecho que va resolver el Juez, y que éste no sea idéntico y/o análogo al supuesto de hecho que dio origen al precedente, trae como consecuencia una posibilidad de alejamiento a la vinculatoriedad de dicho precedente; es decir, como una norma jurídica, el precedente vinculante también tiene una estructura (un supuesto de hecho y un consecuencia jurídica), para poder ser aplicado se debe tener en cuenta en el caso en concreto que exista un supuesto de hecho idéntico al supuesto de hecho que dio umbral al precedente emitido⁴⁷¹. Si el supuesto de hecho de un caso no

Suprema Corte. Cfr. BARKER, Robert S. *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, op. cit., p. 55.

⁴⁶⁸ Una aplicación estricta de *Cooper vs. Aaron* obliga advertir que en el mejor de los casos el régimen judicial de control de constitucionalidad norteamericano, insuflado de *stare decisis*, podrá ser básicamente difuso (cualquier juez practica la revisión de constitucionalidad), pero resulta simultáneamente jerarquizado, estos es, con distintas jerarquías en función del tribunal del caso; y que de cierta manera, pasaría a ser parcialmente concentrado en la Corte Suprema, cuando ella define una cuestión constitucional, ante la imperatividad de la doctrina que sienta en sus veredictos, cosa que limita la competencia en materia de razonamiento y de decisión en esos temas, para los tribunales inferiores. Dicho de otro modo: “*todos los jueces pueden controlar, pero no todo (lo ya controlado por la Corte Suprema)*”. Cfr. SAGÜES, María Sofía. “Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos: implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial”. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución*, N° 02, México D. F., Editorial Porrúa, 2004, p. 225.

⁴⁶⁹ El *Distinguished* es la facultad de los jueces de poderse apartar del precedente vinculante. En efecto, “*una técnica que se utiliza para demostrar que el caso que se juzga no es igual a aquel que originó el precedente y, por lo tanto, no debemos seguir la regla que este contiene en el caso concreto*”. TITO PUCA, Yolanda Soledad. “Cómo vincula el precedente constitucional vinculante”, op. cit., p. 132.

⁴⁷⁰ MARTÍNEZ MARÓN, Alan César. “Las técnicas de distinción del precedente: El caso peruano”. En *Revista Actualidad Jurídica*, T. 80, Lima, Gaceta Jurídica, Noviembre 2008, pp. 177 – 188.

⁴⁷¹ Cfr. SAGÜES, Néstor Pedro. “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE. UU. y Argentina”, op. cit., p. 24. [Web Site].

es idéntico; por tanto, no se aplica el precedente y se le facultad a poder apartarse.

En una segunda situación, cuando existe un contexto social (económico, político, sociológico, cultural, etc.) que provee de motivación a la entrega de un precedente vinculante; pero, imprevisiblemente este contexto coyuntural originario ha devenido en cambiante, se presenta, la ocasión para poder apartarse de aquella regla jurídica. Un precedente vinculante es similar a una ley en el sentido de que la ley se crea para regular un acontecimiento específico en la realidad; no obstante si la realidad cambia, la ley también cambiará en su contexto, o en todo caso la ley se dejará de tomar en cuenta. Entonces, el precedente se formula para una determinada cuestión de la realidad, pero si esa realidad o contexto social evoluciona, se transforma o muta, no habría porque estar obligado a vincularse ha dicho precedente, por más que el supuesto de hecho sea el mismo.

Mientras que en una tercera situación, se verifica que tampoco se llega aplicar un precedente vinculante, cuando se acepta que el supuesto de hecho es idéntico a un precedente, pero que la consecuencia de su aplicación vinculante va finalizar afectando derechos fundamentales de terceros. Recuérdese -a modo de información- que en principio, la aplicación de la figura del *debido proceso material o sustantivo*⁴⁷² buscaba ver que las resoluciones judiciales al momento de ejecutarse no vulneren los derechos fundamentales de las personas en general (o sea aplicando razonabilidad y proporcionalidad)⁴⁷³. Los norteamericanos constataban que al tener el *due process of law*, no sería obligatorio para un juez aplicar el precedente, cuando al darse cuenta de que

⁴⁷² En este ámbito, entre los pasos más audaces que ha dado el Tribunal –sin contar los retrocesos plasmados en casos como el del magistrado Almenara Bryson (Exp. N° 1941-2002-AA/TC)- se encuentra el reconocimiento de la dimensión sustantiva del derecho al debido proceso.

⁴⁷³ En esta línea, BUSTAMANTE ALARCÓN sostiene que: “*la dimensión material del debido proceso exige que todos los actos de poder, sean normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales, inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez*”. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Estado de Derecho, constitución y debido proceso. Algunos comentarios a propósito de la reforma constitucional*, difundido como Justicia Viva mail N° 14, el 15 de febrero de 2003.

aplicarlo a un caso en concreto ocasionaría -a través de la resolución judicial- una afectación de derechos fundamentales de terceros⁴⁷⁴.

Y finalmente, la cuarta situación para aplicar la técnica del *Distinguished*, es cuando los jueces vislumbran y comprenden que la Suprema Corte norteamericana, en cualquier momento, puede cambiar de precedente vinculante. Este supuesto se llama *anticipatory overruling* (hacer caso omiso y tener la posibilidad de cambio de precedente vinculante); es decir, la Suprema Corte norteamericana que emite un precedente pero que de repente se han llevado otros casos donde se manifiesta que ésta Suprema Corte ya está dando indicios o señales de que el precedente que emitió en cualquier momento lo va cambiar⁴⁷⁵. Entonces, lo que pasa es que el juez norteamericano se anticipa a ese cambio, y al resolver el caso concreto expresa sus razones que lo llevan a determinar el inminente cambio de precedente que se avecina por parte de la Suprema Corte. Por lo que, a dicho precedente no se encontraría obligado a cumplir y obedecer.

Estas fueron las cuatro situaciones que manifiesta un apartamiento a la aplicación de la figura el precedente vinculante (*stare decisis*). Ahora obsérvese que en el caso peruano -en especial el TC- de manera implícita permite que los jueces se aparten en un solo supuesto de la praxis norteamericana. Dicho supuesto –el primero- describe que en supuestos de hechos diferentes al que dio origen al precedente vinculante, se permite el apartamiento de la regla jurídica emitida por la Suprema Corte norteamericana. Porque en el Caso Municipalidad Distrital de Lurín [Exp. N° 0024-2003-PI/TC], el TC definió al precedente vinculante como aquella regla jurídica que deviene en parámetro normativo por su condición de tal efectos similares a una ley, de carácter *erga omnes* y que es de aplicación a *casos futuros homólogos* (similar, relacionado y análogo)⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Cfr. SAGÜES, Néstor Pedro. “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE. UU. y Argentina”. *op. cit.*, pp. 24 – 25.

⁴⁷⁵ Cfr. Ídem, p. 27.

⁴⁷⁶ Cfr. TITO PUCA, Yolanda Soledad. “Cómo vincula el precedente constitucional vinculante”. *op. cit.*, p. 124.

Ahora bien, aunque el art. VII del TP. del CPCCont. prevé que el Colegiado Constitucional cambie un precedente, la figura del *distinguishing* no está prevista en nuestro ordenamiento jurídico como tal (según hemos visto de los casos reseñados en el punto anterior), pero la doctrina del precedente contempla que es una herramienta al alcance de los tribunales inferiores para evadir los efectos del precedente (lo cual no sería posible para el precedente nacional) y para la inaplicación del precedente en caso se trate del mismo tribunal que lo emitió⁴⁷⁷.

Sin embargo, cabe hacer una observación, quizás con respecto a la cuarta situación (*hacer caso omiso y tener la posibilidad de cambio de precedente vinculante*) y segunda situación, en donde se deja una cierta discrecionalidad por parte de los jueces a la hora de aplicar o inaplicar un precedente. Pero en cuanto a la tercera situación de no aplicar un precedente cuando se sabe que vulneraría derechos fundamentales de un tercero. Esta situación también podría aplicarse al caso peruano implícitamente; entendiendo que también el TC en el Caso Apolonia Ccollcca Ponce [Exp. N° 3179-2004-PA/TC] habla de un *debido proceso sustantivo*⁴⁷⁸. Pero lastima, el TC en ese caso ha evitado pronunciarse y sólo se limita expresar eso.

Ahora, en todo lo demás, se supone que los jueces ordinarios deben limitarse a seguir rígidamente el precedente constitucional, porque sino el Tribunal ya habría dado órdenes en el Exp. N° 00001-2010-CC/TC [Caso de la regulación relativa a los requisitos para la importación de vehículos y autopartes usados en competencia exclusiva del Poder Ejecutivo], cuyo fallo explica que aquellos jueces que osen apartarse del precedente, sean inmediatamente procesados en la vía administrativa por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) y el Órgano de

⁴⁷⁷ Cfr. TITO PUCA, Yolanda Soledad. “Cómo vincula el precedente constitucional vinculante”. *op. cit.*, p. 133

⁴⁷⁸ STC. N° 3179-2004-AA/TC, del 18 de febrero de 2005, Fundamentos 5 y 6, 18. Asimismo, “*en la misma STC 2050-2002-AA/TC [Fund. Jur. 18 y 19], este Tribunal recordó que el principio ne bis in ídem tiene una doble dimensión: (...) una dimensión material, según la cual el enunciado «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», “expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador contrario a las garantías propias del Estado de derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más) veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento”*. Vide. STC. N° 2868-2004-AA/TC-ÁNCASH, del 24 de noviembre de 2004, Fundamento 4.

Control de la Magistratura (OCMA). Pero no solamente queda en eso, sino que seguidamente el Ministerio Público (MP) los denuncie por el delito de prevaricato⁴⁷⁹. Implantándose una situación insalvable para el juez que se aparte injustificadamente.

Así las cosas, no hay mucho reparo ni censura con respecto al procedimiento administrativo, pero con respecto al tema penal hay que tener en cuenta que el tipo penal se cumple cuando se sanciona el incumplimiento de una ley. No obstante, ¿el precedente vinculante es una ley? Pues no. Tiene efectos similares a una ley pero eso no significa que sea una norma con rango de ley. Es decir, es la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto que se convierte en una regla perceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos⁴⁸⁰.

No obstante, lo que viene creando el TC es una interpretación totalmente desafortunada, respecto a su resolución que denuncia a los jueces ordinarios por el delito de prevaricato, puesto que instituyendo como precedente vinculante una decisión contradictoria en su fundamentación. Más aún, cuando se sabe que en materia penal, por principio, el art. III del TP. del Código Penal establece que: “no

⁴⁷⁹ STC. N° 00001-2010-CC/TC, del 12 de agosto de 2010, Fundamentos 27 y ss. En palabras del Alto Colegiado, se ha indicado expresamente que: “*Si se comprueba que las resoluciones judiciales emitidas son contrarias a las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, este Tribunal considera que los jueces que las emitieron deben ser procesados y sancionados por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura, así como denunciados por el Ministerio Público, a fin de que sean procesados penalmente, pues ningún juez puede fallar en contra del texto expreso y claro de las reglas establecidas como precedente vinculante. Cabe recordar que en estos casos el Ministerio Público ha considerado que el comportamiento de los jueces que fallan en contra o apartándose del precedente vinculante se encuadra dentro del tipo penal de prevaricato. Esta posición, fue destacada por la Fiscal de la Nación en la Resolución de la Fiscalía de la Nación N. ° 041-2010-MP-FN, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de enero de 2010. En dicha resolución, la Fiscal de la Nación precisó que los jueces que emitan resoluciones judiciales contrarias al precedente vinculante cometen el delito de prevaricato porque fallan en contra del texto expreso y claro del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*”.

⁴⁸⁰ Vide. STC. N° 0024-2003-AI/TC-LIMA, en su primera consideración previa, en el Caso de Municipalidad Distrital de Lurín. Vide. Cfr. TITO PUCA, Yolanda Soledad. “Cómo vincula el precedente constitucional vinculante”. *op. cit.*, p. 113.

es permitida la analogía para calificar el hecho como delito⁴⁸¹, por lo que no se conseguiría procesar a una persona por un hecho que al tiempo de cometido no estaba sancionado formalmente en la ley penal, en marcado en el principio de legalidad [Exp. N° 2405-95B-HUARA, SPSs].

Además del *Distinguished*, en Estados Unidos hay otra figura que se llama el *overruling*. Ésta figura ya no es apartamiento del precedente vinculante, sino que implica hacer un cambio o permutación de un precedente. Para lo cual los norteamericanos son unánimes al expresar que el único que puede cambiar el precedente es el órgano que lo emite.

Puede observarse en la reciente jurisprudencia del TC peruano que este se encuentra realizando polémicos cambios en torno a sus precedentes vinculantes, en algunos casos limitándolos o en otros simplemente dejándolos sin efecto [Exp. N° 3908-2007-PA/TC, del 05 de mayo de 2009]. Tal vez el asunto más elocuente sobre lo afirmado aquí es el concerniente al amparo contra las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura, por lo que se referirá especialmente a esto para tratar la técnica del *overruling* o cambio de precedente⁴⁸².

Para aplicar el *overruling* en los Estados Unidos, existen tres clases de técnicas: un *overruling* estricto sensu, un *retrospective overruling* y un *prospective overruling*⁴⁸³. Cuando hablamos de un *overruling* estricto sensu, se refiere al precedente que se aplica al caso donde se está cambiando y a los casos futuros;

⁴⁸¹ “Cuando la norma señala que el hecho denunciado no constituye delito resulta un hecho atípico, es decir, cuando la conducta no está tipificada como delito; por lo tanto, sostener su imputación constituye un acto violatorio al principio de legalidad. Cuando la ley señala que no es justiciable penalmente, nos remite a un hecho que pudiendo ser claramente tipificado como delito, este no es justiciable penalmente”. Exp. N° 314-2000-LIMA: Ejecutoria Suprema del 25/07/2000. En *Jurisprudencia Penal: Taller de Dogmática Penal*, Lima, Jurista Editores, 2005, p. 77.

⁴⁸² Así, el artículo VII del Título Preliminar del Código, señala expresamente que: “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”. para llevar a cabo esta tarea, el Alto Colegiado se ha valido de la técnica proveniente de la práctica del Common Law conocida como *overruling*, es decir, revocar (*overrule*) el precedente. Cfr. MARTÍNEZ MORÓN, Alan César. “La técnica del *overruling* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En *Compendio de instituciones procesales creadas por la jurisprudencia del tribunal Constitucional*, 1ª Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p. 357.

⁴⁸³ Cfr. SAGÜES, Néstor Pedro. “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE. UU. y Argentina”, *op. cit.*, pp. 25 – 26. [Web Site].

es decir, los casos que se encuentran en trámite se les aplica el precedente anterior.

Distinto es el caso del retrospectivo *overruling* se manifiesta cuando el nuevo precedente que se aplica, no solo al caso que está cambiando, sino a todos los casos que se encuentre en trámite como si el precedente anterior nunca hubiese existido. Y finalmente, al referirse sobre el prospectivo *overruling* se estará haciendo referencia a que al precedente ya cambiado no se aplicará ni al caso donde se está cambiando de precedente ni a los casos que estén en trámite sino que se aplicará a los casos futuros. Mientras que lo que pasaría con el caso que cambia y los que están en trámite, serían aplicados con el precedente anterior.

De las tres técnicas de *overruling* descritas, sólo dos se aplican en el sistema jurídico peruano: la retrospectivo *overruling* y la prospectivo *overruling*⁴⁸⁴. Aunque no se entiende porque el TC peruano no ha querido proveer la primera figura (el *overruling* estricto sensu). No es que el precedente se aplica a casos futuros solamente, sino que también se aplica al caso que está en trámite; aún con la deficiencia práctica en nuestro país de no existir un criterio a la hora de cambiar el precedente.

Mientras que la Suprema Corte norteamericana aplica cualquiera de estas tres técnicas o situaciones pero debidamente motivada la resolución judicial, para ver qué es lo mejor o un *overruling* estricto sensu, un retrospectivo o un prospectivo *overruling*. En definitiva, hasta aquí se puede localizar y descubrir a las dos instituciones o vías del *common law* que versan sobre la figura del precedente vinculante⁴⁸⁵.

Puede observarse que el precedente constitucional vinculante es una figura que recién aparece con el CPCont. en el año 2004. Antes del Código no se podía hablar de algún precedente constitucional vinculante, bajo la forma en la que

⁴⁸⁴ Cfr. TITO PUCA, Yolanda Soledad. “Cómo vincula el precedente constitucional vinculante”. *op. cit.*, pp. 138 – 140.

⁴⁸⁵ MATTEI, Ugo. “Stare Decisis en los Estados Unidos”. Citado por MARTÍNEZ MORÓN, Alan César. “La técnica del *overruling* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 361.

ahora entendemos a ésta institución. Sin embargo, hay que recordar -como antecedente directo del precedente constitucional vinculante- que en el art. 9º de la Ley N° 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo) se recaba un tipo de sentencia del Tribunal pero que no era precedente constitucional vinculante, sino una jurisprudencia constitucional⁴⁸⁶.

Este artículo señalaba con respecto a la jurisprudencia obligatoria que en los *“casos excepcionales las resoluciones de Hábeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución”*⁴⁸⁷. Distíngase ahí que el art. 9º; en primer lugar no se refería a sentencias sino se refería a resoluciones, por lo que se pensaría se está hablando de autos y sentencias.

En segundo lugar, no se habla de precedente constitucional vinculante con carácter de ley sino que simplemente hablaba de jurisprudencia obligatoria. Y además de ello, quedaba claramente establecida que los jueces podían apártese con la única condición o exigencia de fundamenten las razones de hecho y de derecho.

Distinta es la realidad de los que dice el art. VII del TP. del CPCCont. Este artículo establece que *“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”*. Hasta aquí, con respeto a este primer párrafo hay que resaltar varias características: primero,

⁴⁸⁶ A mayor abundamiento acerca de los antecedentes del precedente constitucional vinculante en el Perú, recomendamos revisar RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. “El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”. En CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (Coordinadores). *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 16 – 19.

⁴⁸⁷ LEY DE HÁBEAS CORPUS Y AMPARO, [LEY N° 23506], del 8 de diciembre de 1982, Artículo 9º.- Jurisprudencia obligatoria. Casos excepcionales.

que el art. VII plantea claramente que no es cualquier resolución judicial en la que se establecen precedentes sino que son las sentencias que emite el TC ⁴⁸⁸.

En segundo lugar, que en esas sentencias se tiene que adjudicar la calidad de cosa juzgada, que de acuerdo al art. VI del CPCont. y expone que la jurisprudencia tiene la calidad de cosa juzgada en los procesos constitucionales, son aquellas sentencias que resuelven el fondo de la controversia⁴⁸⁹. Es decir, en un precedente constitucional vinculante no pueda constar en una sentencia que declare improcedente la demanda; por el contrario, solamente podrá habitar en una sentencia que declare fundada o infundada la pretensión del recurrente.

Y en tercer lugar, se dice que para que la sentencia tenga la calidad de precedente vinculante, el TC lo tiene que señalar expresa y formalmente. Es decir, *“no es que toda la sentencia sea precedente vinculante, son determinados fundamentos de la sentencia referida”*⁴⁹⁰. El Tribunal plantea que el fundamento “b”, el fundamento “d” y el fundamento “j” constituyen precedente vinculante. Por lo tanto, es clarísimo que de encontrarse con una sentencia con ciento veinte páginas –por ejemplo- y la misma por ningún lado expresa o detalla que algún fundamento específico sea precedente, no se podrá afirmar que dicha sentencia contiene un precedente constitucional vinculante. En todo caso, esa sentencia podrá ser calificada como una jurisprudencia constitucional vinculante, que tiene alcances diferentes al precedente constitucional.

Sin embargo la polémica comienza con el segundo párrafo que describe: *“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*

⁴⁸⁸ Cfr. FIGUEROA BERNARDINI, Ernesto. “El precedente vinculante desde la perspectiva del Tribunal Constitucional”. En *Jus-Doctrina & Práctica*, T. 09, Setiembre 2007, p. 290.

⁴⁸⁹ CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, (LEY N° 28237). Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional: “*Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución*”.

⁴⁹⁰ CAMPOS ASPAJO, Liliana. “El precedente vinculante en el Derecho Constitucional: una visión sistemática”. En *Revista Jurídica del Perú*, T. 119, Enero 2011, p. 57.

*las cuales se aparta del precedente*⁴⁹¹. En contraste, la Ley N° 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo) decía que los jueces si se podían apartar. Aquí –más bien- lo que se está diciendo solamente, con el art. VII, es que el único que puede apartarse del precedente constitucional vinculante es el TC.

Al señalar el Tribunal Constitucional en sus resoluciones qué extremos de esta constituyen precedente constitucional vinculante, no solo estaría ligando a los jueces y tribunales a su interpretación sino atándose a sí mismo a dicha interpretación en los casos futuros, si bien de este último ligamen o autoprecedente puede dicho Colegiado desligarse mediante aquel requisito de aportar “*las razones por las cuales se aparta*”⁴⁹² (art. VII del TP. del CPCCont., en su segundo apartado).

Aquí se origina el debate sobre la situación que si lo jueces se pueden o no se pueden apartar del precedente; es decir, aplicar la figura del *Distinguished*. En rigor, aún cuando el precedente constitucional en el sistema anglosajón representa un mecanismo de verticalidad vía *stare decisis*, y por lo tanto, obliga a los jueces dichos sistemas, en forma excepcional éstos, a través del *distinguished* y *overruling* (Caso Álvarez Guillén⁴⁹³), se pueden apartar del precedente vertical siempre que exista fundamentación congruente de las razones por las cuales se partan los juzgadores del precedente constitucional⁴⁹⁴.

Las preguntas formuladas siguen revistiendo actualidad en cuanto son permanentes las fricciones entre el TC y el PJ en el contexto de fallos que emite el supremo intérprete de la Carta Fundamental, sancionando la conducta de los jueces que inobservan precedentes vinculantes así como los propios jueces, en sendos fallos, van perfilando una posición de apartamiento de los precedentes

⁴⁹¹ Vide. CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (LEY N° 28237). Artículo VII Segundo Apartado.

⁴⁹² Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Precedente constitucional y Neoconstitucionalismo: a propósito de un trabajo de Fernando Velezmoro”, *op. cit.*, p. 287.

⁴⁹³ STC. N° 3361-2004-AA/TC, del 12 de agosto de 2005, Fundamentos 04 al 08.

⁴⁹⁴ Cfr. FIGUEROA GUTARRA, Edwin. “Vinculatoriedad de las categorías interpretativas constitucionales: un acercamiento conceptual a las sentencias contradictorias del Tribunal Constitucional”. En *Revista Ipso Jure - CSJL*, Año 4, N° 14, Lambayeque, Agosto 2011, pp. 14 y 15.

que en rigor es necesario discutir y respecto a la cual se fijará posición más adelante.

3.2.- La Base Constitucional del precedente vinculante. Caso Salazar Yarlenque.

El TC se ha pronunciado sobre el precedente vinculante en dos sentencias: una versa en un proceso de inconstitucionalidad [Exp. N.º 0024-2003-PI/TC] y la otra en un proceso de amparo [Exp. N.º 3741-2004-PA/TC]. En la sentencia de amparo donde el Tribunal se ha pronunciado, fue la sentencia del Caso Salazar Yarlenque, con respecto al control difuso administrativo⁴⁹⁵.

Aquí el Tribunal habla de la función del precedente vinculante. No obstante, se ha de tener en cuenta lo que el TC pretende escribir en esta sentencia, al establecer que el precedente constitucional vinculante se desprende del art. 201º de la CPP⁴⁹⁶. Norma constitucional que determina, que el TC es órgano de control máximo de la constitucionalidad; y al ser éste el órgano de vigilancia máximo de la Constitución, es el único quien puede interpretar con carácter *erga omnes* los dispositivos constitucionales⁴⁹⁷.

Ahora bien, nuevamente otro tema discutible aflora nítidamente: ¿existe normativa constitucional que le otorgue al TC la calidad de supremo intérprete de la Carta

⁴⁹⁵ La STC. N.º 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre de 2005, plantea y resuelve una serie de cuestiones todas ellas de singular importancia para la configuración de la justicia constitucional en el Perú. Para ampliar su contenido temático, doctrinario y jurisprudencial, recomendamos la lectura de: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Administración Pública y Control de la constitucionalidad de las leyes: ¿otro exceso del TC?”. En Revista *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 12, N.º 98, Lima, Noviembre 2006, pp. 31 al 44. El autor explica que determinar cuándo una ley es inconstitucional y llegar a establecer jurídicamente ya sea su inaplicación o su derogación, no le corresponde ni a la Administración Pública ni a los particulares.

⁴⁹⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 201º.- “*El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente*”.

⁴⁹⁷ Cfr. VELEZMORO PINTO, Fernando. “El precedente constitucional vinculante según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el Neoconstitucionalismo”. En *Revista Jurídica del Perú*, N.º 112, Junio 2010, pp. 57 – 58. También la Constitución Política del Perú comete un error de redacción, porque en realidad: “*órgano de control de la Constitución*”. El termino no es el correcto puesto que la Constitución nadie la controla, la Constitución se auto controla. En realidad debería denominarse como el órgano de control de la constitucionalidad, por lo que el Tribunal Constitucional no controla la Constitución sino controla los actos que de manera presunta vulneran a la Constitución.

Fundamental? Propiamente no, en tanto es el artículo primero de su Ley Orgánica⁴⁹⁸, el sustento de esta denominación.

La comprensión de la calidad de supremo intérprete del TC exige la concurrencia de los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica⁴⁹⁹, en tanto podríamos asumir la premisa, por cierto literal, que enunciaría que por no encontrarse inserta en la Constitución la condición de “*supremo intérprete*”, no le corresponde esa condición. Sin embargo, es necesario concordar el art. 1º de la Ley Orgánica del TC, con el art. 202º⁵⁰⁰ de la CPP.

⁴⁹⁸ LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (LEY N° 28301). Artículo 1º.- Definición: “*El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República*”.

⁴⁹⁹ Vide. STC. N° 5854.2005-PA/TC, del 08 de noviembre de 2005, sobre el Caso Pedro Lizana Puelles, Fundamento 12: “*Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son: a) El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto. b) El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución). c) El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado. d) El principio de función integradora: El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad. e) El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto. Es en base a estos criterios que debe llevarse a cabo la interpretación del referido artículo 142º y 181º de la Constitución”.*

⁵⁰⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 202º.- “*Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad; 2. Conocer, en última y definitiva instancia,*

El art. 202º, Inc. 1, de la CPP le confiere al TC el conocimiento, en instancia única, de los procesos de inconstitucionalidad, así como igualmente, en última instancia, conoce las resoluciones denegatorias⁵⁰¹ del PJ en los procesos constitucionales de la libertad, y es a partir de estas disposiciones iusfundamentales que resulta válido afirmar que la interpretación del Tribunal se encuentra en un grado superlativo en relación a las interpretaciones del PJ.

CASTILLO CÓRDOVA señala en referencia al precedente constitucional peruano que se estaciona entre el sistema anglosajón y el sistema continental. Él señala lo siguiente: *“que en el tiempo actual se ha establecido e incorporado la figura del precedente vinculante en un Código Procesal Constitucional, que es eminentemente una ley; sin embargo, en el derecho anglosajón, el precedente no está regulado en ninguna ley. El precedente vinculante está regulado vía jurisprudencial, pero dada la cultura jurídica que se persigue de hace tiempo con la codificación de normas napoleónicas, o sea, se tiene una concepción continental del civil law regulado en una ley”*⁵⁰². Ahora, que el desarrollo sea

las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento; 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley”.

⁵⁰¹ Por excepción, conoce el Tribunal Constitucional las sentencias estimatorias en los procesos de narcotráfico y lavado de activos. Vide. STC. N° 02748-2010-PHC/TC, del 11 de agosto de 2010, sobre el Caso Alexander Mosquera Izquierdo, Fundamento 15.

“15. Finalmente, cabe recordar que los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, constituyen ilícitos de carácter pluriofensivo, en la medida que ponen en estado de alarma y peligro a las bases sociales y amenazan la propia existencia del Estado. Es por ello, que la obligación constitucional del Estado peruano, prevista en el artículo 8º de la Constitución, de prevenir y sancionar este tipo de ilícitos “no debe agotarse en la mera descripción típica de las conductas delictivas en el Código Penal y en las leyes especiales, criminalizando el delito de tráfico ilícito de drogas [y sus derivaciones], con penas severas proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se afligen, sino que además para llegar a tal cometido debe procurarse el establecimiento de procedimientos de investigación eficientes, es decir, que objetivamente demuestren resultados cada vez más eficaces; lo contrario, significaría incurrir en una infracción constitucional por parte de las autoridades competentes para ello” (Exp. N. ° 04750-2007-PHC/TC). En ese sentido, a fin de concretizar esta obligación constitucional de prevenir y sancionar eficazmente el tráfico ilícito de drogas y sus derivaciones, y estando a lo dispuesto por el artículo III del Título Preliminar del CPConst., este Tribunal considera que en los procesos constitucionales en que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, excepcionalmente, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra habilitada – independientemente del plazo– para la interposición de un recurso de agravio constitucional especial, el mismo que deberá concedido por las instancias judiciales”.

⁵⁰² CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional” en *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada*. Arequipa, Editorial Adrus S.R.L., 2009, p. 624.

jurisprudencial de esta institución, ya entra entonces en el tema anglosajón. Sin embargo, se establece que el precedente vinculante en los países europeos se ha regulado –al menos en el mundo occidental- en dos situaciones o contextos. Hay países que han regulado bajo una concepción formal y hay otros países que han regulado bajo una concepción material del precedente⁵⁰³.

En aquel momento, ¿qué significa la *concepción formal* del precedente?, figuraba pues que el precedente vinculante debe a ser emitido por un órgano superior y que reposaría en cualquier fundamento de su sentencia sin importar que el fundamento tenga o no tenga importancia para resolver el caso en concreto. En cambio, la *concepción material* del precedente es la concepción que más va con el mundo anglosajón, el cual refiere que el precedente no puede ir en cualquier fundamento de la sentencia, sino que el precedente solamente pueden ser aquellos fundamentos que interesan directamente para resolver el caso en concreto. Esos fundamentos que sirven para resolver directamente el caso en concreto, en los Estados Unidos reciben una denominación, las *ratio decidendi*.

En adición a lo señalado, desde una perspectiva también material, el precedente vinculante, a juicio nuestro, explica su razón de ser en función a cuatro principios sustanciales que NÉSTOR PEDRO SAGÜES⁵⁰⁴ enuncia, a propósito de la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte Suprema de EE.UU., propuesta que consideramos válida para nuestro tema: “*igualdad (de proyectarse el precedente, los litigantes tendrán el mismo trato por los tribunales), previsibilidad (la gente sabe a qué atenerse en el futuro), economía (si se aplican los criterios sentados en los casos previos, se ganará en tiempo y energía para resolverlos), y respeto (al acierto y sabiduría de los jueces anteriores). Se trata de una solución pragmática*”. Estos principios, en genérico aplicables a todos los precedentes, asumen una dimensión *sui generis* en cuanto a los precedentes vinculantes, en tanto las controversias constitucionales atañen a derechos fundamentales y por

⁵⁰³ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La vinculación a las interpretaciones del Tribunal Constitucional” en *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 03, Marzo 2008, p. 190.

⁵⁰⁴ SAGÜES, Néstor Pedro. “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE. UU. y Argentina”, *op. cit.*, pp. 25 – 26. [Web Site].

tanto, abordan una visión interpretativa *correctora o extensiva*⁵⁰⁵ de la Constitución, en cuanto la comprensión de las discusiones iusfundamentales exige una supra interpretación de los principios, valores y directrices que la *Norma Normarum* comprende, y precisamente por tratarse de una interpretación por naturaleza legal y jurisprudencial suprema, es aquella que debe prevalecer.

Consecuentemente, esta concepción material es la que más se acerca y se plasma a la naturaleza del precedente, porque se ha remontar a los inicios de lo que se expresaba en Inglaterra y en Estados Unidos como una regla jurídica que sirviera -en el futuro- para resolver un caso en concreto⁵⁰⁶. Sin embargo, parece ser que el CPCont. peruano no ha dado una concepción material de precedente, sino que la concepción que el Código procesal ha regulado es una concepción de tipo formal porque el Código expone que bastaría nada más que el TC exprese qué parte de sus sentencia constituyen precedente para que aquél así sea considerado⁵⁰⁷; sin importar si esa parte de la sentencia guarda o no relación directamente con el caso en concreto.

Algo que no escapa de la realidad en el ordenamiento jurídico peruano pues la mitad de los precedentes vinculante publicados por el TC, no guardan relación con ninguna caso en concreto; son casos que el Tribunal termina de resolver y apresuradamente -en una sentencia- coloca una precedente como si tuviera una facultad legislativa. Pese a que en la sentencia de Salazar Yarlénque, el Tribunal señaló y estableció que la regla jurídica que se instituye como precedente, es un canon jurídica que tiene obligatoriamente que resolver el caso en concreto⁵⁰⁸.

Siendo pues, que en la actualidad, aparentemente el TC peruano se complica con estas dos concepciones: *“la concepción formal que le da el Código Procesal y la*

⁵⁰⁵ Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Problemas de interpretación*. Programa de Formación de Aspirantes. VI Curso PROFA. Razonamiento Jurídico. Lima, 2005. p. 121.

⁵⁰⁶ Cfr. SAGÜES, Néstor Pedro. *La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina: Estudios Constitucionales*, op. cit., p. 19.

⁵⁰⁷ ABAD YUPANQUI, Samuel B. y OTROS. op. cit., pp. 138 y 249.

⁵⁰⁸ Cfr. CANALES CAMA, Carolina. “Eficacia y cumplimiento de las Sentencias del Tribunal Constitucional”. En *La Sentencia Constitucional en el Perú*, 1^{ra} Ed., Lima, Editorial Adrus, Centros de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2010, p. 130.

concepción que aparentemente el mismo Tribunal se ha proporcionado en la sentencia de Salazar Yarlenque⁵⁰⁹. Pero, al final todo ello, termina siendo un desorden.

Precítese, que en palabras de ETO CRUZ, se exteriorizaba lo siguiente: “*hay que reconocer un error entre nosotros –los magistrados del TC-, porque la Suprema Corte norteamericana emite precedentes vinculantes y la Suprema Corte tiene cerca trescientos años de vigencia. Y en trescientos años de vigencia, ésta Suprema Corte norteamericana ha emitido no más de veinte precedentes vinculantes*”⁵¹⁰. Pero, el TC peruano que regula la figura del precedente vinculante desde el año 2004, y hasta a la fecha ha emitido más de sesenta precedentes constitucionales en solo siete años.

Con lo que se demostraría una desnaturalización rotunda en la práctica de configuración de precedentes vinculantes en el Perú. Ya que el precedente se provee solamente para casos relevantes, importantes y necesarios porque el Tribunal no puede ser un órgano legislativo, es un órgano jurisdiccional⁵¹¹. Por ello, la Suprema Corte norteamericana no emite muchos precedentes como lo hace el TC peruano, y eso se ha de llevar a la crítica, detracción y a la reflexión.

⁵⁰⁹ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. “El precedente a la deriva: Diálogo con un crítico del Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 19, Julio 2009, p. 108.

⁵¹⁰ ETO CRUZ, Gerardo. “Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional”. Ponencia presentada en la *I Jornada Internacional de Derecho Constitucional: análisis de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, celebrada en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (USAT) de Chiclayo, organizado por la Facultad de Derecho de dicha universidad y el Centro de Estudios Constitucionales (CEC) del Tribunal Constitucional, 09, 10 y 11 de noviembre de 2011.

⁵¹¹ Cfr. VELEZMORO PINTO, Fernando. “El precedente constitucional vinculante según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el Neoconstitucionalismo”. En *Revista Jurídica del Perú*, N° 112, Junio 2010, p. 63.

3.3.- El Poder Judicial y el Precedente Constitucional Vinculante: la invocación de la Independencia Judicial. ¿Los jueces se pueden o no se pueden apartar del precedente constitucional vinculante?

A propósito de la realidad y polémica que persigue al precedente constitucional vinculante a partir del CPCont., los operadores jurídicos se preguntan entonces: ¿si los jueces se pueden o no se pueden apartar del precedente constitucional, a la luz del principio de independencia judicial? La base legal es que según el art. VII del CPCont. solamente el TC puede apartarse. En cuanto a la doctrina comparada, anteriormente comentada, ya se ha dicho que existen cuatro supuestos de apartamiento.

El profesor italiano MICHAEL TARUFFO, (que hace tres años estuvo en el Perú por la Universidad Católica del Perú - PUCP), es de la posición contraria respecto a la legitimidad -dentro de un ordenamiento jurídico con tradición romano-germánico- de precedentes verdaderamente vinculantes⁵¹². La editorial Gaceta Jurídica le hizo una entrevista a propósito del Seminario Internacional organizado por la Maestría en Derecho Procesal.

En ella se le pregunta por su opinión respecto al precedente vinculante del TC peruano, que se regula en el CPCont. y que tiene efectos de ley. A quién respondió sorprendidamente al encontrar, por primera vez, un precedente vinculante -de entre todos los del mundo- que tiene efectos de ley. Puesto que, *“en ningún país, ni si quiera en los Estados Unidos, un precedente vinculante*

⁵¹² Estas manifestaciones las podemos encontrar en TARUFFO, Michelle. “Precedente y jurisprudencia” (traducido del italiano al castellano por Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini) En *Precedente: Anuario Jurídico*, Editorial Universidad INCESI (Biblioteca Digital), Abril 2010. p. 85-99. [ubicado el 04.VI. 2011]. Obtenido en http://www.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/2184/1/04.pdf. Asimismo, se puede resumir su obra en la importancia del precedente y la jurisprudencia en los ordenamientos jurídicos modernos, que no garantiza que éstos siempre sean utilizados de forma idónea. A través de un análisis del uso que del precedente, que se hace en Italia, este artículo expone las principales características que hacen del precedente una herramienta esencial para la aplicación uniforme del derecho. A través del mismo ejercicio, explica las causas que generan el problema de caos jurisprudencial que enfrenta el derecho italiano y su Corte de Casación.

*tiene efectos de ley solamente tiene efectos vinculantes para los órganos jurisdiccionales*⁵¹³, manifestó el profesor italiano.

La expresión de su desconfianza, se basa en la intensión de ciertos ordenamientos por imponer la práctica de seguimiento al precedente a través de un vínculo formal, es decir, por la consagración legislativa de la obligación del precedente. Más aun, cuando su extrañeza se extiende a la posibilidad de que el precedente pueda ser formulado mediante reglas abstractas y generales al igual que la ley, tal como lo ha hecho el TC peruano, en razón de que esta clase de actitud resulta atentatoria al principio de independencia de los jueces.

El único precedente vinculante, que conoce TARUFFO, con efectos de ley era el precedente que emitía el TC de la Unión de Repúblicas Socialistas-Soviéticas; o sea bajo los tiempos del comunismo que quedó desactivado hace muchos años⁵¹⁴. En todo caso el TC peruano es un Tribunal Comunista, el cual se tendría que reformar porque el precedente no nace de tales influjos.

Y también, con duras criticas NUÑEZ MOLINA, escribió un artículo sobre el precedente del TC en la aplicación del Decreto de Urgencia N° 037-94. El producto de esta presentación se resume en explicar que el precedente vinculante, del cual se habla en el Perú es una barbaridad, ya que el TC peruano dice que se define como un TC de precedentes (quizás aduciendo que es un tribunal que emite leyes) y como un TC que resuelve conflictos jurídicos. Sin embargo, es de fácil entendimiento que los precedentes vinculantes son inherentes a la resolución de conflictos jurídicos.

Con las cosas así, el autor opina que: *“o son tan ignorantes (inexpertos) los magistrados del Tribunal Constitucional peruano que dicen que el Tribunal es de precedentes y un Tribunal que es de conflictos jurídicos, o no quiero pensar eso; porque eso de separar precedentes de conflictos jurídicos es algo totalmente*

⁵¹³ VELEZMORO PONTO, Fernando. “Cinco preguntas a Michele Taruffo sobre el carácter vinculante del precedente, con especial referencia al caso peruano”, *op. cit.*, p. 417.

⁵¹⁴ Cfr. Ídem, p. 419.

*ilógico puesto que los precedentes lo que buscan es la resolución de conflictos*⁵¹⁵. Entonces, que con esto que se dice de que son un Tribunal de precedentes se está diciendo que son un TC que emite leyes, pero eso es totalmente errado ya que -en todo caso- la CPP no refleja nada sobre ninguna facultad legislativa a este Tribunal.

No obstante, el tema es el siguiente, que de conformidad a lo circunscrito por el art. VII del CPCont. sólo establece el apartamiento del precedente constitucional en cabeza del Tribunal, restringiéndose facultades de este tipo para con el PJ. Pero por otro lado hay que entender que los jueces tienen una atribución, un principio que se encuentra establecido en la CPP, el art. 139º, Inc. 2, dice que los jueces tienen derecho a la independencia judicial (que no puedan ser presionados de ningún órgano exterior o superior)⁵¹⁶.

La independencia judicial (esto es inherente a la condición de juez) es una institución que nace para evitar y romper con esa frase en la que se indica que los jueces son boca de la ley⁵¹⁷. Entonces, si los jueces ya no son boca de la ley, no hay que pretender hacer que los jueces fuesen boca del precedente (del TC). El TC, en una sentencia del año 2009, ha establecido que la independencia judicial, debe ser entendida como: *“aquella capacidad auto determinativa para proceder a*

⁵¹⁵ NÚÑEZ MOLINA, Waldo. “Un precedente constitucional invinculante: A propósito de la aplicación del Decreto de Urgencia N° 037-94”. En: *Revista Derecho y Cambio Social* creada el 23 de mayo del 2004, N° 04, Año II, La Molina – Lima, 2005. [ubicado el 04.VI. 2011]. Obtenido en http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/DU_037-94.pdf

⁵¹⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 139º.- *“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (...). Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno”.*

⁵¹⁷ Lo que entendemos por independencia judicial, en puridad, *“se trata de una condición de albedrío funcional, para luego precisar, que la independencia es perceptible desde tres perspectivas: a) como garantía del órgano que administra justicia; está referida a la independencia orgánica, con sujeción al respeto del principio de separación de poderes; b) como garantía operativa para la actuación del juez, en el sentido de la independencia funcional, por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la función jurisdiccional; y, c) como capacidad subjetiva, por la sujeción de la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia”.* DE BELAÚNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier. *Autonomía e independencia judicial*. Ponencia presentada en el I Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial, celebrado en la ciudad de Trujillo, los días 6, 7 y 8 de diciembre de 2007, organizado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Fondo Editorial del Poder Judicial, 1ª Ed., 2008, p. 64.

la declaración del derecho; juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fija la Constitución y la ley”⁵¹⁸. Y además se debe tener en cuenta, que el precedente constitucional vinculante no está contemplado en la CPP, está más bien establecido en el CPCont.; mientras que la independencia judicial se encuentra en la Constitución.

Por tanto, entre la Constitución y el Código, quién prevalece es la Ley fundamental, puesto que los magistrados judiciales sólo están sometidos a la Constitución y a la ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en el Inc. 1 del art. 146º de la CPP y en el art. 2º de la LOPJ.

Sin embargo, fíjense que parece hay instituciones –por ejemplo, en el Caso Poder Ejecutivo vs. PJ- como el Órgano de Control de la Magistratura (OCMA)⁵¹⁹, que en vez de apoyarse interinstitucionalmente (el PJ), promueve y apoya las

⁵¹⁸ Vide. STC. N° 0019-2009-PI/TC- LIMA (Caso Ilustre Colegio de Abogados del Callao), del 21 de marzo de 2011, Fundamentos 20 y 21: “El principio de independencia judicial se encuentra establecido en el inciso 2) del artículo 139 de la Constitución, según el cual “(...) Ninguna autoridad puede (...) interferir en el ejercicio de sus funciones (...)”. E igualmente, en el inciso 1) del artículo 146 de la Ley Fundamental, por cuya virtud “(...) El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley (...)”. 21. En la STC 2465-2004-AA/TC el Tribunal precisó que el principio de independencia judicial “(...) supone un mandato para que en todos los poderes públicos, los particulares, e incluso, al interior del propio órgano, se garantice el respeto de la autonomía del Poder Judicial en el desarrollo de sus funciones (...)”. En tal sentido, sostuvimos que “[l]a independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad auto determinativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley” [STC 023-2003-AI/TC]. Por su parte, en la STC 0004-2006-PI/TC, el Tribunal precisó las dos dimensiones de la independencia judicial: la externa (frente a otros poderes, públicos o privados) y la interna, según la cual “(...) la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial”.

⁵¹⁹ Vide. STC. N° 006-2006-CC/TC, de fecha 12 de febrero de 2007, sobre el Caso de Casinos Tragamonedas, cuyo decisorio señala: “Poner en conocimiento a la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial (se refiere a los procesos declarados nulos por no acatamiento del precedente vinculante N° 4227-2005-PA/TC, caso Royal Gaming SAC.), para que proceda de conformidad con la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el Diario Oficial El Peruano”. Así, mediante RES. de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ, del 4 de abril del 2006, resolvió “Disponer que todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el TC en sus sentencias dictadas en los Expedientes N° 0206-2005-PA/TC y N° 4227-2005-PA/TC (...) así como en otras materias que tienen el mismo efecto normativo ya fijados o por fijarse”.

interpretaciones del TC, con sus sanciones administrativas a jueces ordinarios que se hayan apartado injustificadamente de un precedente constitucional; sin sumar a ello la intervención del Ministerio Público para el caso de denuncias por el delito de prevaricato. O sea, parece todo a ver culminado en una gran exageración.

Un examen del precedente constitucional vinculante en la forma en que es planteado por el CPCConst nos lleva a una especial reflexión de la propia dimensión del precedente, pues no fluye un sentido de obligatoriedad bajo responsabilidad funcional para los jueces respecto a su desvinculación. Y en realidad, fueron los autores del proyecto⁵²⁰ quienes establecieron la premisa en el sentido de que el precedente vinculante pudiera constituir un referente de vinculación en sentido lato, más no que su no acatamiento, pudiera devenir en un tema de orden funcional⁵²¹.

Puede decirse, entonces –siguiendo a DE BELAÚNDE LÓPEZ DE ROMAÑA-, que la independencia judicial tiene que ver en sus diferentes variantes, con esta independencia funcional de jueces. Y ésta independencia institucional, de jueces y tribunales, es la que muchos denominan como la *autonomía*⁵²². Es decir, estamos hablando, no sólo de una independencia institucional, sino también de una autonomía del juez.

⁵²⁰ El CPCConst fue una iniciativa de los profesores Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, Arsenio Oré Guardia, Jorge Danós Ordóñez, Samuel Abad Yupanqui y Francisco Eguiguren Praeli, quienes por espacio de 8 años prepararon un anteproyecto, que finalmente sistematizó la entonces dispersa legislación constitucional. Si bien la Ley 28237 introdujo algunas modificaciones, gran parte del proyecto se mantuvo.

⁵²¹ Cfr. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *El desarrollo de los precedentes vinculantes en el Derecho Comparado y su situación actual en el Perú*. Ponencia (del 11 de junio) presentada en el *Diplomado de Alta Especialización en Precedentes Emitidos por el Tribunal Constitucional: en homenaje al Ilustre Maestro Domingo García Belaunde*, celebrado en la ciudad Chiclayo, a cargo del Instituto Peruano de Cultura y Perfeccionamiento (INPECUP) y la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (UNPRG), del 16 de abril al 02 de julio de 2011.

⁵²² Cfr. DE BELAÚNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier. *Autonomía e independencia judicial*. Ponencia presentada en el *I Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial*, celebrado en la ciudad de Trujillo, los días 6, 7 y 8 de diciembre de 2007, organizado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Fondo Editorial del Poder Judicial, 1^{ra} Ed., 2008, p. 64.

De otro lado, es una pauta de interés que examinemos algunas perspectivas a propósito de este tema, en el afán de evidenciar cuál es la posición que viene manejando el Tribunal y otras instituciones respecto a sus fundamentos de no apartamiento de los precedentes vinculantes y si esa posición se ha flexibilizado de alguna forma.

En la posición del TC peruano, se presenta en la sentencia de Salazar Yarlenque, la cual expresa que el precedente no solamente tiene fuerza de ley sino que además es una norma de rango constitucional, y por lo tanto nadie, se puede apartar del precedente vinculante emitido por el Tribunal⁵²³. Es decir, no existe la figura del *distinguished*, solamente el Tribunal es el único que se puede apartar o cambiar su precedente. Así, respecto a las consecuencias jurídicas que genera la inobservancia, contravención o destaco de las reglas establecidas como precedente vinculante se indicó que la vinculación es obligatoria e inexcusable⁵²⁴.

Distintas sentencias del TC, con posterioridad a la resolución de OCMA, han consolidado la aplicación obligatoria del precedente⁵²⁵, resultando éste, en

⁵²³ STC. N° 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre de 2005, Fundamentos 43 y 49.

“43. Por otro lado, con objeto de conferir mayor predictibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del título preliminar, al establecer que “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 (...)”. De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto. 49. El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales (...). Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, prima facie, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares (...)”.

⁵²⁴ Vide. STC. N° 05961-2009-PA/TC, de fecha 04 de junio de 2010, Caso Transportes Vicente, Eusebio, Andrea S.A.C. (TRANSP VEA S.A.C.).

⁵²⁵ Vide. STC. N° 006-2006-CC/TC, del 12 de febrero de 2007, Fundamentos 43, 44 y 45.

“43. Como consecuencia lógica de ello, los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico. Aún más, si así fuera se habría producido un efecto funesto: la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, por la introducción de elementos de anarquía en las relaciones

consecuencia, un mandato prescriptivo para los jueces, sin opción de desvinculación, bajo responsabilidad funcional, es decir, de apertura de un procedimiento administrativo disciplinario por inobservancia del precedente.

Entonces, según el Alto Colegiado, ya que mediante su jurisprudencia se declara y establece los contenidos de la Norma Fundamental [STC. N° 02409-2002-PA/TC, Fundamento 01, a⁵²⁶] e incluso se origina de esta auténtica “*Constitución viviente*” [STC. N° 00048-2004-PI/TC, Fundamento 10⁵²⁷], las decisiones que constituyen precedentes constitucionales merecen un especial cuidado: “*no pueden ser desconocidas bajo ningún supuesto del Poder Judicial*”, pues “*su modificación o variación solo corresponde al propio Colegiado*” [STC. N° 04853-2004-PA/TC, Fundamento 23⁵²⁸], es más, el Colegiado Constitucional considera que debe velar por la eficacia de los precedentes constitucionales, pues “*si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida*” [STC. N° 03741-2004-PA/TC, Fundamento 49⁵²⁹].

Mientras que en la posición del Órgano de Control de la Magistratura (OCMA), fue la misma que la del TC en el año 2007⁵³⁰. La OCMA saco una resolución diciendo

entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. 44. Es importante enfatizar que, frente a la fuerza vinculante de las sentencias dictadas dentro del control abstracto de las normas, los jueces ordinarios no pueden recurrir a la autonomía (artículo 138° de la Constitución) y a la independencia (artículo 139°, inciso 2) que la Constitución les reconoce para desenlazarse de ella. Porque si bien es verdad que la Constitución reconoce al Poder Judicial autonomía e independencia, esto no significa que le haya conferido condición de autarquía. Autonomía no es autarquía. Y es que, en un Estado Constitucional Democrático, los poderes constituidos no están por encima de la Constitución, sino que están sometidos a ella. 45. Por ello, cuando el Poder Judicial aduce autonomía e independencia para justificar su desvinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en realidad con ello no sólo está poniendo en cuestión tales ejecutorias, sino que también se está desligando de la Constitución misma, al ser aquellas, finalmente, una concreción de ésta. Es también importante recordar, respecto a la pretextada independencia, que, como toda atribución constitucional, está sujeta a límites o, lo que es lo mismo, no puede interpretarse en términos absolutos”.

⁵²⁶ STC. N° 02409-2002-PA/TC, de fecha 07 de noviembre de 2002, Caso Diodoro Antonio Gonzales Ríos.

⁵²⁷ STC. N° 00048-2004-PI/TC, de fecha 01 de abril de 2005, Caso José Miguel Morales Dasso y más de 5000 Ciudadanos.

⁵²⁸ Recordemos que en las épocas más radicales del Tribunal Constitucional se estableció el Recurso de Agravio Constitucional a favor de precedente desarrollado en la STC. N° 04853-2004-PA/TC (Caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad) aplicable ante un destacado a cumplir precedente por parte de los jueces ordinarios. Vide. STC. N° 04853-2004-PA/TC, de fecha 19 de abril de 2007.

⁵²⁹ STC. N° 03741-2004-PA/TC, *cit*, Caso Ramón Hernando Salazar Yarlénque.

⁵³⁰ RES. de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA, de fecha 13 de marzo de 2006, publicada el 4 de abril del mismo año en el Diario Oficial El Peruano: “*Primero.- DISPONER que todos los órganos jurisdiccionales*

que a partir de ese momento los jueces no se podían apartar del precedente constitucional bajo el apercibimiento de sanción. A lo que el Consejo Ejecutivo del PJ respondió⁵³¹ que los jueces a lo único que se encontraban vinculados eran a la Constitución; lo que llevo a un conflicto que aparentemente se opuso a la OCMA con el TC.

Entonces, si la función jurisdiccional del Juez en la transición a la democracia, se sostiene en el sometimiento que tienen a la Constitución y al ordenamiento jurídico vigente, deben fomentar y mantener una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema político democrático; impidiendo, así, influencias y presiones políticas⁵³².

En consecuencia, la posición del PJ fue consentir que si caben y reúnen supuestos de apartamiento al precedente, porque los jueces no son boca del TC, como tampoco son boca de la ley; sino que los jueces también reefectivizan el principio de independencia judicial. Y en base a ello, si la doctrina ampara la posición de los jueces, justamente se basa en la otra sentencia del TC, en donde el Tribunal se remite para el desarrollo del precedente.

de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias dictadas en los Expedientes N° 0206-2005-PA/TC y N° 4227-2005-AP/TC, publicadas los días 22 de diciembre de 2005 y 15 de febrero de 2006, respectivamente, así como en otras materias que tienen el mismo efecto normativo ya fijados o por fijarse". Entonces, es con una RES. Jefatural del Órgano de Control de la Magistratura OCMA que el precedente vinculante adquiere una fisonomía distinta en cuanto a responsabilidad funcional. No obstante, otro resultado de la inobservancia al precedente en una actuación judicial es la nulidad de tal resolución. Inclusive, cuando se trate de medidas cautelares, la parte afectada podrá hacer valer el artículo 16° del Código Procesal Constitucional, cuyo texto prescribe que el “*sujeto afectado por la medida cautelar puede promover la declaración de responsabilidad*”, y que de verificarse esta, en “*modo adicional a la condena de costas y costos, se procederá a la liquidación y ejecución de los daños y, si el jugador lo considera necesario, a la imposición de una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal*”. Vide. STC. N° 00525-2011-PA/TC, de fecha 19 de abril de 2011, Caso Grela Eufemia Felipe de Alcalde.

⁵³¹ Comunicado del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de fecha 05 de abril de 2006: “*Conforme a los artículos 138 y 139, inciso 1, de la Constitución y 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la potestad de administrar justicia se ejerce a exclusividad por el Poder Judicial a través de los órganos jerárquicos conforme a la Constitución y las leyes. Los magistrados judiciales solo están sometidos a la Constitución y a la ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en los artículos 146, inciso 1, de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*”. Es decir, los jueces del Poder Judicial se sujetaban solo a la Constitución y la ley, restando tácitamente el efecto inicial de impacto de la Directiva de OCMA.

⁵³² Cfr. GARZON VALDES, Ernesto. “El papel del Poder Judicial en la Transición Democrática”. En Revista *ISOMÍA*, N° 18, Abril 2003, pp. 30 – 31.

Dicho esto, sin embargo, se ha de agregar inmediatamente que esto no significa que el operador jurídico, en particular el juez del PJ, deba aplicar siempre y en todo supuesto el criterio interpretativo contenido en el precedente vinculante. Justamente, si el precedente constitucional vinculante se formula respecto de la *ratio decidendi*, la vinculación que se predique de aquel será la de esta, de modo que el precedente vinculante no podrá ser reformulado en su contenido, sino que permanecerá siempre el mismo hasta que el TC resuelva apartándose (*overruling*) del precedente, supuesto en el que deberá “*expresa los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente*”⁵³³. Sin embargo, el contenido inquebrantable del precedente podrá no ser aplicado en un caso concreto que no sea auténtica y sustancialmente igual al caso respecto del cual se formuló el mismo.

De modo que, cuando se reconoce que el precedente vinculante es una “*regla preceptiva común*”, y como tal regla viene compuesta por un supuesto de hecho y para una consecuencia jurídica, de manera que la consecuencia jurídica que conforma la regla que significa el precedente vinculante solo podrá ser aplicada en los casos en los que se verifiquen los elementos que conforman el supuesto de hecho de la referida regla.

Por tanto, el análisis de si el supuesto de hecho que conforma la regla que significa el precedente vinculante se verifica o no en el caso que se ha de resolver, corresponde realizarlo al juez. Es el juez, y no el TC el que conoce y debe resolver –al menos en las primeras instancias- los casos concretos y, por tanto, será él y no el TC, quien decida si en el caso concreto se ha verificado el supuesto de hecho contenido en el precedente vinculante, podrá y deberá resolver ese caso al margen del precedente mismo⁵³⁴.

⁵³³ Vide. CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (LEY N° 28237). Artículo VII Segundo Apartado.

⁵³⁴ Cfr. LOZANO TELLO, Jeannette. “¿Quiénes son los jueces posteriores en el precedente constitucional peruano?” En *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 57, Setiembre 2012, p. 369.

3.4.- El esclarecimiento de precedente constitucional vinculante según el Tribunal Constitucional (Caso: Municipalidad Distrital de Lurín)

En la sentencia de Exp. N° 0024-2003-PI/TC, Caso Municipalidad Distrital de Lurín; lo que el TC particulariza respecto del precedente constitucional vinculante es su particularidad como “*una regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga, tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos*”⁵³⁵. Bajo esa situación se puede interpretar que esa definición del TC, puede ser interpelada u objetada con el hecho de que si la regla jurídica del precedente se tiene que aplicar a un caso concreto homólogo; en consecuencia, si un caso no es homólogo al caso que dio origen al precedente, los jueces pueden sencillamente apartarse de esa regla jurídica⁵³⁶.

Por eso que se acepta, en la mayoría de doctrina peruana, que si al menos bajo lo que se estipula o se interpreta de esta sentencia, hay un supuesto en la que los jueces si se pueden apartar. Comprendiéndose el supuesto del *distinguished*⁵³⁷; es decir, cuando el caso que está resolviendo el juez no es idéntico al caso que dio origen al precedente. El mismo Tribunal exige que el caso sea homólogo.

Esta es la primera sentencia que efectúa un análisis sistemático del tema del precedente constitucional vinculante. En tal sentido, se hace hincapié que el TC

⁵³⁵ Vide. STC. N° 0024-2003-PI/TC, del 10 de octubre de 2005, sobre el Caso Municipalidad Distrital de Lurín. En lo reseñado en estos fundamentos, se le ha considerado al precedente como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia, y, por otro lado, como un mecanismo para exponer el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco normativo vigente.

⁵³⁶ Cfr. TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del tribunal Constitucional*. 1^{ra} Ed., Lima, Editorial Gaceta Jurídica, Diciembre 2011, p. 125.

⁵³⁷ El *distinguish* es la técnica que utiliza para demostrar que el caso que se juzga no es igual a aquel que originó el precedente y, por lo tanto, no debemos seguir la regla que este contiene en el caso concreto. En este punto, nos parece importante reseñar un caso ocurrido en el Exp. N° 03569-2010-PA/TC. Allí, el Tribunal Constitucional se aparta excepcionalmente del precedente contenido en la STC. N° 04853-2004-PA/TC que señala que en ningún caso puede ser objeto del amparo una de sus sentencias.

resalta “*un importante elemento que ha atribuido a los precedentes su carácter normativo, y, por lo tanto, vinculante para todos los poderes públicos y para los particulares*”⁵³⁸. Es esta característica la que distingue a los precedentes de otros pronunciamientos emitidos por dicho organismo.

3.5.- Presupuestos básicos para emitir un precedente constitucional vinculante según el Tribunal Constitucional (Exp. N° 0024-2003-PI/TC y Exp. N° 3741-2004-PA/TC):

El TC sostiene que, el precedente vinculante se constituye en una regla o parámetro para un caso en concreto (*ratio decidendi*), a la que el TC pretende dar alcance general, de esta forma, la regla que consagra como precedente debe permitir solucionar el caso resuelto, incluso en el supuesto de que se trate de un proceso abstracto de constitucionalidad.

El TC ha establecido jurisprudencialmente en las sentencias Exp. N° 00024-2003-PI/TC⁵³⁹, Exp. N° 03741-2004-PA/TC⁵⁴⁰ y Exp. N° 03908-2007-PA/TC⁵⁴¹, Fundamento 5) que los presupuestos básicos, que pueden ser cumplidos de manera alternativa, para establecer un precedente constitucional vinculante son los siguientes⁵⁴²:

- a) Cuando se evidencia a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del TC, que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre un derecho, principio o norma constitucional o sobre una determinada figura jurídica determinada o frente a una modalidad de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de interpretaciones contradictorias o divergentes.

⁵³⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 630.

⁵³⁹ Vide. STC. N° 00024-2003-PI/TC, de fecha 10 de octubre de 2005.

⁵⁴⁰ Vide. STC. N° 03741-2004-PA/TC, de fecha 14 de noviembre de 2005.

⁵⁴¹ Vide. STC. N° 03908-2007-PA/TC, de fecha 11 de febrero de 2009.

⁵⁴² Cfr. NEYRA ZEGARRA, Ana Cristina. “Algunas reflexiones sobre los criterios del tribunal Constitucional para adoptar precedentes vinculantes”. En *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 17, Mayo 2009, p. 17.

- b)** Cuando se evidencia, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del TC, que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo sobre la base de una interpretación errónea de alguna norma perteneciente al bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de esta.

- c)** Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Colegiado constata la inconstitucionalidad que uno o varios sentidos interpretativos de una norma aplicable a un caso en concreto suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, el Colegiado ha dispuesto que al momento de establecer el precedente vinculante, puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de las disposiciones o de determinados sentidos interpretativos derivados de este; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución. Del mismo modo, implicaría entonces, la corroboración de normas que sean susceptibles de ser interpretadas de manera diversa.

Como puede apreciarse, en este supuesto se apreciaría una adicionalidad a los supuestos ya practicados en el Derecho Anglosajón, de ese modo, un proceso que no es de control abstracto permitiría extraer una regla a partir del caso planteado que le permitirá anular los actos o las normas a partir del establecimiento de un precedente vinculante, no solo para los jueces, sino para todos los poderes públicos⁵⁴³. Así, el precedente resulta ser una herramienta no solo para dotar de mayor predictibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de la sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales⁵⁴⁴.

- d)** Cuando se evidencia la existencia y/ o necesidad de llenar un vacío normativo.

⁵⁴³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 629.

⁵⁴⁴ Vide. STC. N° 03741-2004-PA/TC, *op. cit.*, Fundamento 40.

- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente constitucional vinculante. En tal caso, de conformidad con lo establecido en el art. VII del TP. del CPCont., el TC debe obligatoriamente expresar los fundamentos de hecho y las razones por las cuales se parata del precedente.

Preciso es no perder de vista la importancia de estos presupuestos, pues incluso su falta de verificación ha llevado a que el supremo intérprete de la Constitución deje sin efecto una precedente ya fijado (al menos en uno o algunos de sus puntos). Se trata de la sentencia recaída Exp. N° 03908-2007-PA/TC, Caso Proyecto especial de Infraestructura de Transporte nacional – Provías Nacional.

En dicho pronunciamiento, el TC (con un voto favorable de la mayoría del pleno) dejó sin efecto el precedente fijado en el Caso Dirección Regional de Pesquería de la Libertad [Exp. N° 4835-2004-PA/TC]. Dicho precedente vinculante, entre otros puntos, permitiría la procedencia del recurso de agravio constitucional incluso frente a sentencias que resultaran favorables al demandante en el proceso constitucional (sentencias estimatorias), siempre que se contraviniera un precedente vinculante emitido por el TC⁵⁴⁵, y pese a la habilitación restringida para sentencias denegatorias que efectúa el art. 202°, Inc. 2, de la Norma Fundamental vigente.

En otras palabras, el razonamiento efectuado por la mayoría de los miembros del pleno de TC fue el siguiente: *“de no verificarse los presupuestos establecidos para fijar un precedente, el precedente que se haya emitido no es válido, y, por lo tanto, debe ser dejado sin efecto”*⁵⁴⁶. Ello, finalmente, permite resaltar la

⁵⁴⁵ Se estableció en dicha sentencia que el órgano judicial debería admitir de manera excepcional vía recurso de agravio constitucional la revisión de una sentencia estimatoria que contraviniera un precedente expresamente fijado por el Tribunal Constitucional. Así, los fundamentos jurídicos 26 y 27 de esta sentencia y la regla planteada en el fundamento jurídico 40.

⁵⁴⁶ Ello lo podemos corroborar y cotejar –de cierta manera- también con el Exp. N° 04650-2007-PA/TC (Caso Cooperativa de Ahorro y Crédito de Sub-Oficiales de la PNP “Santa Rosa de Lima Ltda.”), de fecha 25 de noviembre de 2009, Fundamento 03: *“Por otra parte y de acuerdo con lo señalado en la sentencia recaída en el Expediente N° 4853-2004-AA/TC, modificada parcialmente por el fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3907-2007-PA/TC, se han establecido una serie de reglas constitutivas de precedente vinculante así como criterios doctrinales de observancia obligatoria en materia de amparo contra amparo. Conforme se desprende de ellas, la procedencia de dicho régimen especial se encuentra*

relevancia de los presupuestos para fijar un precedente; sin embargo, no debe perderse de vista que en este caso se trataba de un precedente que en su momento había suscitado polémica por plantear una lectura –por decir lo menos- literal de la Constitución. Todo esto, en la medida en que el texto constitucional habilita únicamente a acudir al recurso de agravio constitucional si el pronunciamiento en segunda instancia es desfavorable para el demandante del proceso constitucional.

El precedente constitucional vinculante, por su parte y como ya hemos visto, tiene su origen en un acto jurídico concreto producto del poder normativo que ahora le ha atribuido el CPCont. al TC. Así también lo tiene expresado el supremo intérprete de nuestra Norma Fundamental en el caso Ramón Salazar Yarlenque antes citado⁵⁴⁷. No obstante, no cabe duda de que en posteriores pronunciamientos del TC en los que se fije precedentes vinculantes será posible verificar si estos presupuestos son de tal relevancia para este organismo colegiado, en la medida en que se encuentre siempre en algo de ellos cuando utilice la institución del precedente vinculante en aplicación del art. VII del TP. del CPCont.

3.6.- Ubicación del precedente constitucional vinculante dentro de la pirámide normativa:

De otro lado, ¿dónde se ubica el precedente constitucional vinculante dentro de la pirámide normativa? Para el TC, el precedente tiene rango constitucional, pero la

sujeta a las siguientes líneas de razonamiento: a) su procedencia se condiciona a los casos en que la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta; b) su habilitación sólo opera por una sola y única oportunidad; c) resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales estimatorias como contra las desestimatorias; d) su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales independientemente de la naturaleza de los mismos; e) procede en defensa de la doctrina vinculante establecida por el Tribunal Constitucional; f) se habilita en defensa de los terceros que no han participado en el proceso constitucional cuestionado y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del recurrente que por razones extraordinarias no pudo acceder el agravio constitucional; g) resulta procedente como mecanismo de defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional; y h) no procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional”.

⁵⁴⁷ Cfr. DONAYRE MONTESINOS, Christian. “Precedente constitucional vinculante a la peruana: algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional”, *op. cit.*, p. 117.

doctrina le responde exponiendo que eso sería totalmente erróneo. Porque las normas que tengan rango constitucional solamente pueden ser emitidas por el poder constituyente, ya sean originados o derivados, y la CPP peruano no le otorga dicha atribución al TC.

Otra opción, es la posición que indica que el precedente tiene rango legal, y es la que aparentemente el TC ha adquirido, en la sentencia del conflicto competencial de Vehículos usados [Exp. 0001-2010-CC/TC]⁵⁴⁸, donde dice que el Ministerio Público puede denunciar a los jueces que inobservante su precedente vinculante por el *delito de prevaricato*⁵⁴⁹. Sin embargo, esa posición también tiene críticos, porque de imaginarse que el precedente pueda tener un rango legal, pero ahí inmediato surge un problema. Que el art. 200º, Inc. 4, de la CPP establece que procede interponer inconstitucionalidad contra toda norma con rango legal⁵⁵⁰; y si se plantease que el precedente tuviera rango legal implicaría interponer un proceso de inconstitucionalidad, presentada ante el TC (quien emitió el precedente que se cuestiona). Sería una situación ilógica e incoherente plantear que éste Tribunal sea juez y parte en el asunto controversial.

⁵⁴⁸ Vide. STC. N° 0001-2011-CC/TC, del 12 de agosto de 2010, sobre el Caso Competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial para la regulación relativa a Vehículos Usados.

⁵⁴⁹ La RES. que sanciona la inaplicación es la RES. de la Fiscalía de la Nación N° 041-2010-MP-FN, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el miércoles 13 de enero de 2010, se lee que: “3. *Se atribuye al denunciado [...], en su condición de Juez del Segundo Juzgado Civil de [...], la presunta comisión de los delitos de Prevaricato y Abuso de Autoridad, por haber expedido, en el proceso de amparo [...] seguido por los trabajadores de las empresas [...], contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT y otros, la Resolución N° 01 del cuaderno cautelar de fecha 11.10.2005, concediendo medida cautelar anticipada, y la Resolución N° 10 del principal, de fecha 24.03.2006, por la que amparó la demanda, declarando inaplicables a las empleadoras de los accionantes diversas normas que regulan el impuesto a la explotación de los juegos de casinos y tragamonedas y los requisitos legales de adecuación de los locales de las empresas dedicadas a dicha actividad, en contra de los criterios sentados por el Tribunal Constitucional en las sentencias N° 5379-2005-AA/TC (12.09.2005) y 9165- 2005-PA/TC (13.02.2006), y del precedente vinculante dictado en la STC N° 4227-2005-PA/TC del 02.02.2006, en el cual se confirmó la constitucionalidad del artículo 17º de la Ley N° 22796 (que sustituyó el artículo 38º de la Ley N° 27153, que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas) y de su Tercera y Décima Disposiciones Transitorias; declarándose además proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas”.*

⁵⁵⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 200º.- “Son garantías constitucionales: 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

Hay otra posición, que encabeza GARCÍA BELAUNDE, que explica que en realidad el precedente vinculante no puede tener una posición con rango dentro del ordenamiento jurídico-normativo. En el sentido siguiente, que “*el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional que no tiene competencia legislativa solamente tiene competencias jurisdiccionales; entonces el producto de estas competencias no puede tener un rango legal para ubicarse en la pirámide kelseniana, porque ahí dentro de la pirámide normativa las normas que se encuentran son normas emitidas por órganos legislativos o que tiene competencias legislativas*”⁵⁵¹. En realidad, lo que dice este autor, es que el precedente constitucional vinculante no tiene rango legal. El precedente vinculante simplemente es una sentencia de carácter jurisdiccional.

Ahora, ahí se encuentra a otro problema, que si no tiene rango legal nadie podría controlar al precedente vinculante (quedando ahí pululando), y el único que puede controlarlo es el mismo órgano que lo emitió. La posición mayoritaria es la misma que la de GARCÍA BELAUNDE, que se dirige a proponer un mecanismo especial para controlar a los precedentes vinculantes⁵⁵².

No hay que olvidar que muchos de estos precedentes vinculantes pueden terminar -a la larga- modificando hasta la misma CPP. Y si el TC acepta que él puede realizar reformas constitucionales, la pregunta es: ¿habría que aceptar también que haya un control de precedentes que modifican a la CPP? Es decir, aquellos precedentes vinculantes que ocasionan mutaciones constitucionales.

Así, aquí también habría que hacer una reformulación, aún cuando el problema es que el TC tiene súper poderes y lamentablemente eso se da por la proterva o virulenta imagen del PJ. Sin olvidar, de la misma manera, que el propio TC se ha convertido en un súper poder pero también ha perdido importancia y credibilidad, igualmente es por una cuestión –quizás- de quién está en el cargo de magistrado.

⁵⁵¹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., p. 83.

⁵⁵² Por ello, tengamos presente la obra de DOMINGO GARCÍA, Belaunde. *El precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional: a propósito del caso Provías Nacional*, 2006 [Web Site].

Aun con todo, en términos generales, y sin entrar en mayores análisis, la instauración de la técnica del precedente constitucional puede tener una serie de ventajas. En principio, está íntimamente vinculado a la predictibilidad y a la seguridad jurídica. En la medida en que presupone la labor del juez como ordenador y racionalizador del sistema jurídico y persigue la consecuciones de reglas interpretativas para resolver los casos futuros, el precedente⁵⁵³: a) coadyuva a imponer de manera más eficaz el deber de motivación y, por tanto, a desterrar la arbitrariedad; b) otorga mayor credibilidad y confianza en los tribunales; c) disminuye la carga de trabajo, en la medida que simplifica la resolución de casos futuros beneficiando el esfuerzo argumentativo de casos pasados; d) puede ayudar a prevenir los actos de corrupción en la medida que dicta parámetros previos a los jueces; e) contribuye a la defensa al principio de igualdad en la aplicación de la ley. Finalmente, y en el ámbito propio del precedente constitucional; f) contribuye a fortalecer la presencia del Colegiado Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, generando mecanismos objetivos para las relaciones institucionales entre el PJ y el TC en la tutela de los derechos fundamentales.

De este modo, se ha proyectado una reflexión-crítica a la consagración del artículo VII del TP. del CPCCont. que reconoce el precedente constitucional vinculante, en la construcción interpretativa del Tribunal Constitucional peruano a partir de un enfoque legal y jurisprudencial. Así, habría que hacer una reformulación concientizadora en la mente de todos los operadores jurídicos y de los ciudadanos en general; puesto que, aún cuando el problema es que el TC tiene súper poderes (lamentablemente eso se da por la proterva o virulenta imagen que el PJ muestra a la sociedad). No se debe olvidar, de la misma manera, que el propio TC se ha convertido en un súper poder pero también hay que considerar -que de un tiempo acá- se sabe que ha perdido importancia y credibilidad sustancial en su labor encomendada por el Constituyente de 1993; también es por una cuestión –quizás- de quién está en el cargo de magistrado.

⁵⁵³ Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (Coord.). *El precedente constitucional: sentencias, sumillas e índices (2005 -2006)*. 2^{da} Ed., Lima, Palestra Editores, 2007, p. 6.

En todo caso el TC peruano, de lo estudiado hasta el momento, debe ser prudente e inteligente para verter afirmaciones respecto a ser un Tribunal de precedentes; porque, se estaría aseverando que son un TC que emite leyes, pero eso es totalmente errado ya que -en todo caso- la CPP no refleja nada sobre ninguna facultad legislativa a este Tribunal.

CONCLUSIONES

- I. La creación de una jurisdicción constitucional independiente, el establecimiento de una acción autónoma para la protección de los derechos fundamentales y cambios en la cultura jurídica nacional (en parte ocasionados por la recepción del Neoconstitucionalismo con circulación transnacional) han sido, entre otros, algunos de los factores que han generado modificaciones importantes en las formas cómo los operadores jurídicos enfrentan los problemas de fuentes, interpretaciones y legitimidad en la creación del derecho. Efectivamente, la existencia de una jurisdicción constitucional, que incluye tribunales o cortes especializadas, incluso salas generalmente calificadas de constitucionales, a pesar de sus problemas y debilidades, es hasta nuestros días el mejor sistema que se ha creado para asegurar la supremacía de la Constitución como norma decidida por el poder constituyente, para impedir que los poderes constituidos rebasen la competencia y atribuciones que expresamente les señala la propia Constitución, y para la protección real de los derechos fundamentales. En otras palabras, es la mejor defensa del Estado Constitucional de Derecho.

- II. El sentido del Neoconstitucionalismo se relaciona a modo de una teoría jurídica de argumentación y razonabilidad que programa que las normas legales deben demarcar rigurosamente los poderes estatales y salvaguardar con claridad los derechos fundamentales. Asimismo pasa de un Estado Legal de Derecho a un Estado garantista de derechos constitucionales. De esta manera, el Neoconstitucionalismo encumbra a la naturaleza de normas o leyes escritas a una serie de derechos considerados como consustanciales a la dignidad. Así que, las Constituciones que han adoptado el influjo de esta forma

conceptual de entender su propio rol e importancia, tienen en los contenidos de sus artículos y en su estructura, una representación importante de principios éticos, así como, ciertas características novedosas en el tema de la interpretación, integración y aplicación de la norma constitucional.

- III. No cabe duda de que el TC es el órgano encargado del control de la Constitución (como fundamento del sistema jurídico y político democrático), pues así lo ha señalado ella. Tal control aparece como un cometido intrínseco al estatus que ostenta el TC dentro de nuestro Estado Constitucional de Derecho que requiere la existencia de una institución que vele por la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sobre esta base, en el CPCont., se le ha reconocido el imperio, validez y eficacia de ser órgano supremo de interpretación constitucional, cosa natural de su función como TC.
- IV. La figura del precedente vinculante se encuentra enraizada en el sistema anglosajón, donde la jurisprudencia expedida por los órganos jurisdiccionales debe ser obligatoria tanto para ellos mismos como para los jueces de nivel inferior. Sin embargo no son pocos los ordenamientos de tradición romano germánica que consagra normas expresas en la que regula la institución del precedente. Actualmente el precedente vinculante se aplica en el Perú, España y Alemania, por aparecer reguladas tales facultades en las leyes orgánicas de sus Tribunales Constitucionales. En México también aparece en su Ley de Amparo; en Colombia por creación jurisprudencial y en el caso brasileño por una enmienda ha quedado establecido que la jurisprudencia constitucional sea vinculante.
- V. La única diferencia que hay entre *ratio decidendi* que no es precedente vinculante y *ratio decidendi* que si es precedente vinculante, es el carácter general con la que se formula una u otra; no se diferencian por una obligación particular, pues ambas vinculan, lo cual, no debemos olvidar y resaltar que aunque vinculan, el magistrado no deja de ser juez del caso concreto. Él puede examinar y concluir razonadamente que el caso es un supuesto de hecho distinto respecto del cual se formula el precedente vinculante o respecto del cual se formula una *ratio decidendi*. De esta manera, el juez sólo va aplicar la

consecuencia de la regla jurídica cuando tiene cumplido el supuesto de hecho, si no se cumple el supuesto de hecho no se aplica la consecuencia jurídica. Por tanto, no se podría sancionar funcional ni penalmente a un magistrado, so pretexto de que ha incumplido el precedente vinculante, puesto que el magistrado no renuncia a ser autoridad del caso concreto; decir lo contrario es condenar al juez a ser mero replicador de lo que dice el TC, es decir, convertir al juez en la boca muerta que repite el precedente vinculante.

- VI. El precedente vinculante no solo tendría valía por provenir de un poder conferido al TC, sino por derivar de la Constitución misma, de su cimiento material y axiológico. Lo que el TC hace, en esas normas generales y abstractas a las que llama precedente vinculante, es dar tal forma expresa de normas generales y abstractas a lo que ya era norma implícita o tácitamente presente en la Constitución. El precedente, en esta perspectiva, valdría por ser explicitación de una norma constitucional que hasta ese momento no se había hecho visible para todos, aunque cualquiera que el adecuado método de conocer ya podía antes encontrarla allá donde vive, en la Constitución (material) misma.
- VII. Desde este esquema, cabe además comprender que no puede constituirse un precedente vinculante dentro de un proceso de inconstitucionalidad. Si un precedente se establece para resolver un caso en concreto, y a través de éste, la regla jurídica abstracta que resuelve se convierte en precedente con efectos *erga omnes*. En un proceso de inconstitucionalidad los efectos de esa sentencia también son *erga omnes*, pero en cambio, si más bien se tratase de un proceso de amparo o de hábeas corpus, y el TC solamente resuelve sin la calidad de precedente, sus sentencias no tendrían efectos *erga omnes*, puesto que se tendría que establecer un precedente vinculante. Entonces, la doctrina nacional dice que el precedente vinculante en un proceso de inconstitucionalidad ya no sería necesario ni imperioso, porque la naturaleza de las sentencias de inconstitucionalidad no involucra efectos *inter partes* sino que son de naturaleza *erga omnes*. Por tanto, establecer un precedente vinculante en este tipo de proceso ya sería innecesario; más bien en los procesos constitucionales de la libertad si es necesario, porque en estos

procesos sus efectos no son generales para todos sino que involucra efectos *inter partes*, pero si se quisiese otorgar a una sentencia con efectos *erga omnes* implicaría tener que configurar un precedente constitucional vinculante.

- VIII. La justificación de la vinculación de los jueces del PJ a la jurisprudencia del TC se revela inmediatamente después de constatar que tanto la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico nacional está compuesto por disposiciones abiertas y que necesitan concreción para su efectiva aplicación, como que la posición jurídica del mencionado Colegiado Constitucional es la de ser supremo interprete de la norma fundamental, es decir, el que con carácter último establece las distintas concreciones y determinaciones de la norma constitucional. A la vez, la importancia de establecer los correctos alcances de esta vinculación surge de la constatación de que la actividad jurisdiccional de los jueces del PJ debe desenvolverse según el principio de independencia y autonomía.
- IX. Es claro que el modelo del precedente constitucional vinculante, al menos tal como ha sido establecido en el art. VII, se aparta de la tradición del *Common Law*, ya que, tal como se ha demostrado en el desarrollo de nuestra investigación, al TC se le ha conferido la potestad de elaborar criterios bajo los cuales se justifique que un precedente sea vinculante, como premisa principal, serán vinculantes en la medida que el propio Colegiado lo precise en el caso en concreto. Sin embargo, bajo esta óptica, podría afirmarse que la configuración del precedente vinculante no responde a un nivel adecuado de argumentación jurídica y razonabilidad, sino tan solo a referentes meramente formales (sin olvidar el conjunto de reglas autorestrictivas), los que otorgan un simple dato de legitimidad para que el TC pueda legislar. En este contexto es posible señalar que el TC crea derecho, pero no cualquier derecho, sino Derecho de rango constitucional, y éste, por ser base de todo Estado Democrático debe realizarse en el marco de competencias jurisdiccionales delimitadas y sin invadir las funciones de los demás órganos constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- 1) AGUILÓ REGLA, Joseph. *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima – Bogotá, Palestra – Temis, 2004.
- 2) ABAD YUPANQUI, Samuel B. y OTROS. *Código procesal Constitucional: Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004.
- 3) ABAD YUPANQUI, Samuel. *Constitución y Procesos Constitucionales: Estudio Introductorio, legislación, jurisprudencia e índices*. Lima, Palestra Editores, 2006.
- 4) AGUILÓ REGLA, Joseph. *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima – Bogotá, Palestra – Temis, 2004.
- 5) ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- 6) ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, 4^{ta} Ed., Volumen I, Madrid, Editora Tecnos, 2003.
- 7) ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona, Ariel, 2001.

- 8) BAQUERIZO AROSEMENA, César. *El bien común: pensamientos, consejos y filosofía de la vida*. 2^{da} Ed., Guayaquil, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 2007.
- 9) BARKER, Robert S., *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2005.
- 10) BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *Constitucionalismo y función judicial*. Lima, Editorial y Librería Jurídica Grijley, 2011.
- 11) BERNAL PULIDO, Carlos. *El Neoconstitucionalismo a debate*. 1^{ra} Ed., Impreso en Perú, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006.
- 12) BERNAL PULIDO, Carlos. *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009
- 13) BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- 14) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La constitución de 1993: análisis comparado*. Lima, Editora RAO, 1999.
- 15) BIDART CAMPOS, Germán y CANOTA, Carlos, *Derecho Constitucional Comparado*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial EDIAR, 2001.
- 16) BOBILLO, Norberto. *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Editorial Temis, 1987.
- 17) BORJA, Rodrigo. *Sociedad, cultura y sociedad*, Quito, Editorial Planeta del Ecuador S. A., 2010.
- 18) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El Derecho a probar como elemento esencial de un Proceso Justo*. Lima, ARA Editores EIRL, 2000.
- 19) CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4^{ta} Editorial Trotta, UNAM, Madrid, 2009.

- 20)** CARNOTA, Walter. *Curso de Derecho Constitucional*, Argentina, Editorial La Ley, 2001.
- 21)** CARPIZO MAC GREGOR, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2009.
- 22)** CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (Coord.). *El precedente constitucional: sentencias, sumillas e índices (2005 -2006)*. 2^{da} Ed., Lima, Palestra Editores, 2007.
- 23)** CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (Coord.). *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional (2007 -2008)*. 1^{ra} Ed., Lima, Palestra Editores, 2008.
- 24)** CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Temas y Problemas de la Filosofía del Derecho*, Bogotá, Ediciones Doctrinal y Ley Ltda., 2008.
- 25)** CASTAÑEDA OTSU, Susana (Directora). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima, Editorial y Librería Jurídica Grijley, 2010.
- 26)** CASTILLO ALVA José Luis, LUJAN TUPEZ Manuel y ZAVALETA RODRIGUEZ Róger. *Razonamiento judicial, Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*. 2^{da} Ed., Lima, ARA Editores, 2006.
- 27)** CASTILLO ALVA, José Luis & CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El precedente judicial y el precedente constitucional*, Lima, ARA Editores, 2008.
- 28)** CASTILLO CÓRDOVA, Genara. *Hacia el Conocimiento de uno mismo: Apuntes de Antropología Filosófica*. Piura, Universidad de Piura, 2000.
- 29)** CASTILLO CORDOVA, Luis. *Administración pública y control de constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC? En La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Lima, Palestra Editores, 2007.

- 30)** CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, Lima, Palestra, 2008.
- 31)** CASTILLO CÓRODVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal constitucional: artículo por artículo*. Lima, ARA Editores, 2004.
- 32)** CIANCIARDO, Juan (Coord.). *La interpretación en la era del Neoconstitucionalismo: una aproximación interdisciplinaria*. Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.
- 33)** CARPIZO MAC GREGOR, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2009.
- 34)** DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del Derecho*. Barcelona, Bosch, 1933.
- 35)** DÍAZ REVORIO, Javier. *La interpretación constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima, Palestra Editores, 2003.
- 36)** DÍEZ-PICAZO, Luís María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2^{da} Ed., Madrid, Editorial Thomson, 2005.
- 37)** DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. 4^{ta} Reimpresión, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1999.
- 38)** ETO CRUZ, Gerardo (Coord.). *La Sentencia Constitucional en el Perú*, 1^{ra} Ed., Lima, Editorial Adrus, Centros de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional - CEC, 2010.
- 39)** ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy y GUTIÉRREZ, Gustavo (Directores). *Limitación del Poder y estructura del Estado*, Lima, Editorial Grijley, 2008.
- 40)** FASSÓ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho: Siglo XIX y XX: tesis del positivismo jurídico según Dworkin y la crítica de Dworkin al Positivismo jurídico de Hart*. T. III, Madrid, Ediciones Pirámide S.A., 1996.

- 41) FERNÁNDEZ GÓMEZ, Lorenzo. *Temas de Filosofía del Derecho*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1995.
- 42) GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, 4ta Ed., Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC – Sección Peruana), UNMSM y Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 2003.
- 43) GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, Editorial Temis, 2001.
- 44) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 2^{da} Edición, Madrid, Civitas, 1991.
- 45) GARCÍA MARTINEZ, María Asunción. *El control de Constitucionalidad de las leyes. Recurso y cuestión de inconstitucionalidad*. Lima, Jurista Editores, 2005.
- 46) GASCÓN ABELLÁN, Mariana. *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, TECNOS, 1993.
- 47) GASCON ABELLAN Marina y GARCIA FIGUEROA Alfonso. *La Argumentación en el Derecho*. Lima, Palestra Editores, 2003.
- 48) GONZALES MANTILLA, Gorky. *Poder Judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1998.
- 49) GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Coord.). *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2005.
- 50) HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. serie doctrina jurídica N° 47, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- 51) HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Trad. J. Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003.

- 52)** HAKANSON, Carlos. *La forma de gobierno de la Constitución peruana*. Piura, Universidad de Piura, 2001.
- 53)** HAKANSSON, Carlos. *Una visión del Derecho Constitucional para el siglo XXI y la reforma a la carta de 1993*. Piura, Universidad de Piura, 2004.
- 54)** HERVADA XIBERTA, Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. Piura, Fondo Editorial UDEP, 1999.
- 55)** HERVADA XIBERTA, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. 3^{ra} Ed., Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 2002.
- 56)** ITURRALDE SESMA, Victoria. *Sistema jurídico, validez y razonamiento judicial*. Lima, ARA Editores, 2010.
- 57)** ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, 1^{ra} Ed., Madrid, Editorial Civitas S.A., 1995.
- 58)** KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México D.F. 1983.
- 59)** LANDA, Cesar. *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*, México D.F., Editorial Porrúa, 2006.
- 60)** LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. 2^{da} Ed., Colombia, Legis Editores S.A., 2008.
- 61)** MAGALONI KERPEL, Ana Luisa, *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, Madrid, McGRAW-HILL, 2001.
- 62)** MOLAS, Isidro. *Derecho constitucional*. 3^{ra} Edición. Madrid, Editoriales Tecnos, 1998.
- 63)** MURO ROJO, Manuel (coord.) y MESINAS MONTERO, Federico. *La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: sentencias vinculadas con los artículos de la constitución*. Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2006.

- 64)** ORTECHO VILLENA, Víctor. *Los Derechos Humanos su desarrollo y protección*. Lima, Ediciones BLG, 2006.
- 65)** ORTEGA GOMERO, Santiago (Editor). *Interpretación y razonamiento jurídico*. Lima, ARA Editores, 2009.
- 66)** PALMA BARREDA, Dariberto. *El rol del juez y la función jurisdiccional*. Trujillo, Editorial Normas Legales, 2006.
- 67)** PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. *En defensa de la Constitución*. 1^{ra} Edición. Piura, Universidad de Piura, 1997.
- 68)** PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 2001.
- 69)** PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*”, Lima, Palestra Editores, 2007.
- 70)** PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trota, 2003.
- 71)** RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993.
- 72)** RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos. En estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2007.
- 73)** RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico (Introducción al Derecho)*, 8^{va} Ed., 6^{ta} Reimpresión, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2006.
- 74)** RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas*, Lima, Editorial Justicia Viva, Instituto de Defensa Legal (PUCP), 2006.
- 75)** SAGÜES, Néstor Pedro. *La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina*. Estudios

Constitucionales, Año/Vol. 4, N° 001. Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, Julio 2006.

- 76)** SPAEMANN, Robert. *Límites. acerca de la dimensión ética del actuar.* Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2003.
- 77)** SOSA SACIO, Juan Manuel. *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional,* Lima, Gaceta Jurídica, 2011.
- 78)** TIRADO BARRERA, José Antonio, *El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2008.
- 79)** TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del tribunal Constitucional.* 1^{ra} Ed., Lima, Editorial Gaceta Jurídica, Diciembre 2011.
- 80)** TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho: Teoría General del Derecho,* 3^{ra} Ed., Lima, IDEMSA, 2006.
- 81)** TRAVIESO, Juan Antonio. *Historia de los Derecho Humanos y Garantías: análisis en la comunidad internacional y en la argentina,* Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1993.
- 82)** TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coord.), *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada.* Arequipa, Editorial Adrus S.R.L., 2009.
- 83)** VALAREZO T., Miguel. *Derechos Humanos: Guía didáctica.* 1^{ra} Edición, Loja, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Abril 2009.
- 84)** VÁSQUEZ CORTEZ, Elcira. *Virtudes y principios del Magistrado.* Lima, Academia de la Magistratura, 2003.
- 85)** VASQUEZ VASQUEZ, Juan. *Diálogos Jurisprudenciales,* Lima, Editorial Voltaire, 2005.

- 86)**VELÁSQUEZ RAMÉREZ, Ricardo y BOBADILLA REYES, Humberto. *Justicia constitucional, Derecho supranacional e integración en el Derecho Latinoamericano*. Libro que recoge las ponencias presentadas en el VII Convención Latinoamericana de Derecho (Santiago de Chile, 8 al 12 de octubre 2007), Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007.
- 87)**ZARATE, José Humberto. *El sistema jurídico contemporáneo*. México D.F., Editorial Mc Graw-Hill, 1997.
- 88)**ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995.

ARTÍCULOS DE REVISTA

- 89)**ABAD YUPANQUI, Samuel, “El precedente en el Derecho Procesal Constitucional Peruano: una indispensable fuente del Derecho”, En *Jus Constitucional*, T. I, Enero 2008.
- 90)**ADRIÁN CORIPUNA, Javier. “La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial”. En *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra Editorial, 2007.
- 91)**AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. “Utilidad y sentido metodológico, hermenéutico, ontológico, axiológico y didáctico de la Filosofía del Derecho”. En: *Cultura y conocimiento jurídico, Revista Semestral del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, N° 1, México DF. FACDyC, UANI, 2007.
- 92)**AGUILÓ REGLA, Joseph. “Sobre la Constitución del estado Constitucional”. En *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24, 2001.
- 93)**AHUMADA RUIZ, María Ángeles. “Stare Decisis y creación judicial de Derecho (Constitucional): A propósito de El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Magaloni Kerpel”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23. Núm. 67. Enero-Abril 2003.

- 94) ARAGÓN REYES, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, En *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 17, 1986.
- 95) ARAGON REYES, Manuel. “Sobre las nociones de Supremacía y Supralegalidad Constitucional”. En *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), N° 50, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, Marzo – Abril 1986.
- 96) ARÉVALO VELÁSQUEZ, Otto. “El control de constitucionalidad en el Perú”. En *El Control de constitucionalidad en el Derecho Público y Privado*. Buenos Aires, Lerner editora S.R.L., 2005.
- 97) ARÉVALO VELÁSQUEZ, Otto. “El control de constitucionalidad en el Perú”. En *El Control de constitucionalidad en el Derecho Público y Privado*. Buenos Aires, Lerner editora S.R.L., 2005.
- 98) BERNAL PULIDO, Carlos, “El Neoconstitucionalismo a debate”, En *Temas de Derecho Público*, N° 76, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2006.
- 99) BERNAL PULIDO, Carlos. “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”. En *Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura*. X Curso de Capacitación para el Ascenso. 2do nivel. Lima, 2009.
- 100) BONIFAZ FERNÁNDEZ, José Luis. “Ilegalidad de los cobros para la admisión de impugnaciones. Análisis de las tasas como barreras para el acceso a la jurisdicción” En *Revista Jurídica del Perú*. T. 71. Enero 2007.
- 101) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Estado de Derecho, constitución y debido proceso. Algunos comentarios a propósito de la reforma constitucional*, En *Justicia Viva*, mail N° 14, el 15 de Febrero de 2003.

- 102)** CAMPOS ASPAJO, Liliana. “El precedente vinculante en el Derecho Constitucional: una visión sistemática”. En *Revista Jurídica del Perú*, T. 119, Enero 2011.
- 103)** CARPIO MARCOS, Edgar. “El Bloque de constitucionalidad”. En *Revista de Derecho*, Vol. 05, Universidad de Piura, 2004.
- 104)** CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “¿Activismo extralimitado del tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del tribunal Constitucional”. En *Palestra del Tribunal Constitucional*, Revista mensual de Jurisprudencia, Año 02, N° 24, Abril 2007.
- 105)** CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Administración Pública y Control de la constitucionalidad de las leyes: ¿otro exceso del TC?”. En *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 12, N° 98, Lima, Noviembre 2006.
- 106)** CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Configuración de los precedentes vinculantes en el ordenamiento peruano”. En *Jus-Constitucional*, T. 01, Enero 2008.
- 107)** CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La vinculación a las interpretaciones del Tribunal Constitucional”. En *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 03, Marzo 2008.
- 108)** CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La vinculación a las interpretaciones del Tribunal Constitucional”. En *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 03, Marzo 2008.
- 109)** CASTRO PATIÑO, Nicolás. “Hay que establecer un verdadero precedente constitucional vinculante”. En *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, Publicación Semestral, N° 02, Febrero 2009.

- 110)** COMANDUCCI, Paolo. “Formas de Neoconstitucionalismo: un Análisis Metateórico”, En *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 16, Abril 2002.
- 111)** COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis Metateórico”, En *Isonomía*, N° 16, Abril 2002.
- 112)** CRUZ, Luis M. “La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al Neoconstitucionalismo”. En *Revista de Fundamentación Jurídica DÍKAION*, Año 23, N° 18, Bogotá - Chía, Universidad de La Sabana, Diciembre 2009.
- 113)** CRUZ, Luis M. “La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al Neoconstitucionalismo”, En *Revista de Fundamentación Jurídica DÍKAION*, Año 23, N° 18, Diciembre 2009.
- 114)** DE DOMINGO, Tomás. “Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad” En *Revista Persona y Derecho: de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, N° 56, Mayo 2007.
- 115)** DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. “Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional en materia laboral” En *Guía Operativa N° 5. Soluciones Laborales*, Junio 2011.
- 116)** DÍAZ MUÑOZ, Oscar. “Precedentes vinculantes del Poder Judicial, Acuerdos Plenos Casatorios y Precedentes constitucionales vinculantes”. En *Décimo Segundo Curso de Preparación para el Ascenso en la Carrera Judicial o Fiscal –Segundo, Tercer y Cuarto Nivel- de la Magistratura*, del 13 de marzo al 05 de junio de 2010, Lima, Academia de la Magistratura, 2010.
- 117)** DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique. “Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma del poder judicial”. En *Revista de Economía y Derecho*, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2004.

- 118)** DONAYRE MONTESINOS, Christian. “Precedente constitucional vinculante a la peruana: algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional”. En *Justicia Constitucional: Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Año III, Nº 5, Lima, Palestra Editores, Enero – Junio 2007.
- 119)** FERNÁNDEZ, J. “Ilegalidad de los cobros para la admisión de impugnaciones. Análisis de las tasas como barreras para el acceso a la jurisdicción” En *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 71. Enero 2007.
- 120)** FERNÁNDEZ, J. “Ilegalidad de los cobros para la admisión de impugnaciones. Análisis de las tasas como barreras para el acceso a la jurisdicción” En *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 71. Enero 2007.
- 121)** FIGUEROA BERNARDINI, Ernesto. “El precedente vinculante desde la perspectiva del Tribunal Constitucional”. En *Jus-Doctrina & Práctica*, T. 09, Setiembre 2007.
- 122)** FIGUEROA GUTARRA, Edwin, “Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional: ¿hacia nuevos horizontes en el Derecho?” En *Revista Jurídica del Perú*, Número 117, Noviembre 2010.
- 123)** FIGUEROA GUTARRA, Edwin. “Vinculatoriedad de las categorías interpretativas constitucionales: un acercamiento conceptual a las sentencias contradictorias del Tribunal Constitucional”. En *Revista Ipso Jure – Corte Superior de Justicia de Lambayeque (CSJL)*, Año 4, Nº 14, Lambayeque, Agosto 2011.
- 124)** FLOREZ MUÑOZ, Daniel Eduardo, “Comentarios a la difícil recepción del Estado Constitucional en Colombia y la defensa popular de la Supremacía Constitucional” En *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, Primer Semestre, Marzo 2010.
- 125)** GAMBA VALEGA, César. “Los Principios Tributarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. En *Jus-Constitucional*, Tomo 10, Octubre 2008.

- 126)** GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Precedente constitucional y Neoconstitucionalismo: a propósito de un trabajo de Fernando Velezmoro”. En *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 51, Marzo 2012.
- 127)** GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. “El nuevo derecho en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?”, En *Revista de Derecho: Universidad del Norte*, N° 29, Barranquilla 2008.
- 128)** GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 1ª Ed., Lima, Palestra Editores, 2005.
- 129)** GARZON VALDES, Ernesto. “El papel del Poder Judicial en la Transición Democrática”. En *Revista ISOMÍA*, N° 18, Abril 2003.
- 130)** GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. “Distinciones entre precedente vinculante y jurisprudencia constitucional: notas a la sentencia 1173/2006, Exp. N° 3741-2004-AA-TC”, En *Palestra del Tribunal Constitucional*, Revista Mensual de Jurisprudencia, Año 01, Número 10, Octubre 2006.
- 131)** GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. “El precedente a la deriva: Diálogo con un crítico del Tribunal Constitucional”, En *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 19, Julio 2009.
- 132)** GUASTINI, Ricardo. “Problemas de interpretación”. En *VI Curso PROFA*, Lima, Programa de Formación de Aspirantes. Razonamiento Jurídico, 2005.
- 133)** GUIM ALFAGO, Mauricio A. “La Constitución en Serio”, En *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, N° 03, Marzo 2010.
- 134)** IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. “La fuerza vinculante del precedente judicial”. En *Jus-Constitucional*, Tomo 01, Enero 2008.

- 135)** LANDA ARROYO, Cesar. “Dignidad de la Persona Humana” En *Ius et Veritas, Revista Editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- 136)** LANDA ARROYO, César. “Los precedentes constitucionales” En *Revista Peruana de Justicia Constitucional*, Año III, N° 5, 2007.
- 137)** LANDA ARROYO, César. “Los precedentes constitucionales”. En *Justicia Constitucional: Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Lima, Palestra Editores, 2006.
- 138)** LEÓN PASTOR, Ricardo. “Precedentes Vinculantes”. En *XVII Convocatoria de Cursos a Distancia para Magistrados: Programa de Actualización y Perfeccionamiento*, 1^{ra} Ed., Lima, Dirección Académica de la Academia de la Magistratura y el Centro de Investigaciones y Servicios Educativos (CISA-PUCP), 2009.
- 139)** LOZANO TELLO, Jeannette. “¿Hasta qué punto era necesario adaptar el precedente constitucional peruano a nuestra realidad jurídica?”. En *Revista Actualidad Jurídica*, T. 217, Lima, Gaceta Jurídica, Diciembre 2011.
- 140)** LOZANO TELLO, Jeannette. “¿Quiénes son los jueces posteriores en el precedente constitucional peruano?”. En *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 57, Setiembre 2012.
- 141)** MARTÍNEZ MARÓN, Alan César. “Las técnicas de distinción del precedente: El caso peruano”. En *Revista Actualidad Jurídica*, T. 80, Lima, Gaceta Jurídica, Noviembre 2008.
- 142)** MONTERO LARA, Manuel, “El Estado Constitucional y su influencia en la consagración de los Derechos Sociales”. En *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, N° 03, Marzo 2010.

- 143)** MARTÍNEZ MORÓN, Alan César. “La técnica del overruling en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En *Compendio de instituciones procesales creadas por la jurisprudencia del tribunal Constitucional*, 1^{ra} Edición, Lima, 2009.
- 144)** MENDOZA ESCALANTE, Mijail. “La autonomía procesal constitucional”, En *Justicia Constitucional*, Diplomado de Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* de España, N° 4, 2007.
- 145)** MONTERO LARA, Manuel, “El Estado Constitucional y su influencia en la consagración de los Derechos Sociales”. En *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, N° 03, Marzo 2010.
- 146)** MORA RESTREPO, Gabriel. “Editorial: De vuelta a la fundamentación jurídica” En *Revista de Fundamentación Jurídica DÍKAION*, Año 23, N° 18, Bogotá - Chía, Universidad de La Sabana, Diciembre 2009.
- 147)** MORALES SARAVIDA, Francisco. “La interpretación constitucional” En *Revista Jurídica del Perú*, N° 71, Enero 2007.
- 148)** MORALES SARAVIDA, Francisco. “La interpretación constitucional”. En *Revista Jurídica del Perú*. T. 71. Gaceta jurídica. Lima. 2007.
- 149)** NEYRA ZEGARRA, Ana Cristina. “Algunas reflexiones sobre los criterios del tribunal Constitucional para adoptar precedentes vinculantes”. En *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 17, Mayo 2009.
- 150)** PORTELA, Jorge Guillermo. “Los principios jurídicos y el Neoconstitucionalismo” En *Revista de Fundamentación Jurídica DÍKAION*, Año 23, N°18, Bogotá - Chía, Universidad de La Sabana, Diciembre 2009.

- 151)** QUIROGA LEÓN, Aníbal. “Una aproximación a la Justicia Constitucional: el modelo peruano”, En *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1990.
- 152)** RAMÍREZ FIGUEROA, Jim L. “El constitucionalismo de nuestro tiempo: breves apuntes acerca del (neo) constitucionalismo” En *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 42, Junio 2011.
- 153)** ROBLES MORENO, Carmen del Pilar. “Límites del Tribunal Constitucional” En *Jus Constitucional: análisis multidisciplinario*, T. 3, Marzo 2008.
- 154)** ROBLES MORENO, Carmen del Pilar. “Límites del Tribunal Constitucional” En *Jus-Constitucional: análisis multidisciplinario*, T. 3, Marzo 2008.
- 155)** ROJAS BERNAL, José Miguel. “Control de Constitucionalidad”. En *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, 1^{ra} Ed., Lima, Gaceta Jurídica y Constitucionalismo Crítico, 2012.
- 156)** SAGÜES, María Sofía. “Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos: implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial”. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución*, N° 02, México D. F., Editorial Porrúa, 2004.
- 157)** SOSA SACIO, Juan Manuel. “Constitución” en *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, 1^{ra} Ed., Lima, Gaceta Jurídica y Constitucionalismo Crítico, 2012.
- 158)** SOSA SACIO, Juan Manuel. “Nuestros constitucionalismos”. En *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2009.
- 159)** TITO PUCA, Yolanda Soledad. “Cómo vincula el precedente constitucional vinculante”. En *Guía para reconocer un verdadero criterio*

vinculante del Tribunal Constitucional, 1^{ra} Edición, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2011.

- 160)** VELEZMORO PINTO, Fernando. “El precedente constitucional vinculante según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el Neoconstitucionalismo” En *Revista Jurídica del Perú*, N° 112, Junio 2010.
- 161)** VELEZMORO PINTO, Fernando. “Cinco preguntas a Michele Taruffo sobre el carácter vinculante del precedente, con especial referencia al caso peruano”. En *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, T. 24, Marzo 2009.
- 162)** VIGNOLO CUEVA, Orlando. “El principio de supremacía constitucional. Su evolución a partir de la comprensión de la constitución como norma” En *Revista Jurídica del Perú*. N° 79, Noviembre 2007.

LEGISLACIÓN

- 163)** CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.
- 164)** DECRETO LEGISLATIVO N° 1057 - LEY QUE REGULA EL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS.
- 165)** DECRETO LEGISLATIVO N° 947 - LEY QUE CREA EL IMPUESTO A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS.
- 166)** DECRETO SUPREMO N° 017-93-JUS - LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL.
- 167)** LEY N° 28237 - CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.
- 168)** LEY N° 28301 - LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

- 169)** LEY N° 23506 – LEY DE HABEAS CORPUS Y AMPARO.
- 170)** RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 095-2004-P/TC -
REGLAMENTO NORMATIVO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
- 171)** RESOLUCIÓN DE JEFATURA N° 021-2006-J-OCMA/PJ –
DISPONEN QUE TODOS LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES
DEN CUMPLIMIENTO A PRECEDENTES VINCULANTES
SEÑALADOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

PONENCIA

- 172)** COMANDUCCI, Paolo. “Constitucionalización y teoría del derecho”,
Discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Cien-
cias Sociales de Córdoba, publicado en *Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba*, Anales, T. XLIV, Córdoba, Año
Académico 2005.
- 173)** DE BELAÚNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier. “Autonomía e
independencia judicial”. Ponencia presentada en el *I Congreso Nacional
de Magistrados del Poder Judicial*, celebrado en la ciudad de Trujillo, los
días 6, 7 y 8 de diciembre de 2007, organizado por el Consejo Ejecutivo
del Poder Judicial. Fondo Editorial del Poder Judicial, 1^{ra} Ed., 2008.
- 174)** ETO CRUZ, Gerardo. “Los derechos fundamentales en la
jurisprudencia del tribunal constitucional”. Ponencia presentada en la *I
Jornada Internacional de Derecho Constitucional: análisis de los
derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal
Constitucional*, celebrada en la Universidad Católica Santo Toribio de
Mogrovejo (USAT) de Chiclayo, organizado por la Facultad de Derecho
de dicha universidad y el Centro de Estudios Constitucionales (CEC) del
Tribunal Constitucional, 09, 10 y 11 de noviembre de 2011.
- 175)** GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “El desarrollo de los precedentes
vinculantes en el Derecho Comparado y su situación actual en el Perú”.

Ponencia (del 11 de junio) presentada en el *Diplomado de Alta Especialización en Precedentes Emitidos por el Tribunal Constitucional: en homenaje al Ilustre Maestro Domingo García Belaunde*, celebrado en la ciudad Chiclayo, a cargo del Instituto Peruano de Cultura y Perfeccionamiento (INPECUP) y la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (UNPRG), del 16 de abril al 02 de julio de 2011.

- 176)** LEGARRE, Santiago. “Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos”, Ponencia presentada en las *Jornadas de Filosofía de las Ramas del Mundo Jurídico*, en homenaje al profesor Germán J. Bidart Campos, Universidad Nacional de Rosario, 31 de marzo y 1º de abril de 2005.
- 177)** PORTELA, Jorge Guillermo. “El neoconstitucionalismo ¿es realmente neo?”. Ponencia presentada en la *I Jornada Internacional de Derecho Constitucional: análisis de los derechos fundamentales del Tribunal Constitucional*, Chiclayo, 2011.
- 178)** RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, “Precedente Vinculante”, En: *Conferencias sobre la Justicia Constitucional: análisis de casos relevantes y precedentes vinculantes*, Lima, Perú: Consorcio Justicia Viva - Instituto de Defensa Legal y el Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 16 de Noviembre de 2007.

JURISPRUDENCIA

- 179)** STC del 01 de Abril de 2005, [Expediente número 00048-2004-PI/TC, Caso José Miguel Morales Dasso y más de 5000 Ciudadanos]
- 180)** STC del 01 de Julio de 2009, [Expediente número 03843-2008-PA/TC, Caso Jorge Pacheco Flores y otros]
- 181)** STC del 02 de Febrero de 2006, [Expediente número 0030-2005-AI/TC, Caso Más del 25% del número legal de miembros del Congreso]

de la República (demandantes) c. Congreso de la República (demandado)

- 182)** STC del 03 de Enero de 2003, [Expediente número 00010-2002-AI/TC, Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos]
- 183)** STC del 03 de Junio de 2005, [Expediente número 0050-2004-PI/TC (acumulados), Caso Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c/. Congreso de la República (Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530)]
- 184)** STC del 03 de Junio del 2010, [Expediente número 06079-2009-PA/TC-LIMA, Caso Rebeca Schnaiderman Lara]
- 185)** STC del 04 de Abril de 2011, [Expediente número 00228-2009-PA/TC, Caso Flor de María Ibáñez Salvador]
- 186)** STC del 04 de Junio de 2010, [Expediente número 05961-2009-PA/TC, Caso Transportes Vicente, Eusebio, Andrea S.A.C. (TRANSP VEA S.A.C.)]
- 187)** STC del 04 de Mayo de 2010, [Expediente número 00081-2010-PA/TC, Caso Carlos Percy Condori Aranya]
- 188)** STC del 07 de Enero de 2010, [Expediente número 01938-2007-PA/TC, Caso Felipe Chani Sequeiros y otro]
- 189)** STC del 07 de Noviembre de 2002, [Expediente número 02409-2002-PA/TC, Caso Diodoro Antonio Gonzales Ríos]
- 190)** STC del 07 de setiembre de 2010, [Expediente número 00002-2010-PI/TC-LIMA, Caso Más de 5,000 ciudadanos, contra el Decreto Legislativo N.º 1057 que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios]

- 191)** STC del 08 de Abril del 2003, [Expediente número 0578-2003-AA/TC, Caso Julia Eleyza Arellano Serquén con el CNM y sus integrantes]
- 192)** STC del 08 de Enero del 2006, [Expediente número 1333-2006-PA/TC, Caso Jacobo Romero Quispe]
- 193)** STC del 08 de Noviembre de 2005, [Expediente número 05854.2005-PA/TC, Caso Pedro Lizana Puelles]
- 194)** STC del 08 de Noviembre del 2005, [Expediente número 5854-2005-AA/TC, Caso Pedro Andrés Lizana Puelles]
- 195)** STC del 09 de Marzo de 2005, [Expediente número 0041-2004-AI/TC, Caso Defensoría del Pueblo contra las Ordenanzas N° 171-MSS y 172-MSS expedidas por la Municipalidad de Santiago de Surco, que aprueban el régimen legal tributario y los importes de arbitrios municipales correspondientes al ejercicio fiscal 2004; las Ordenanzas N| 003-96-O-MSS, 006-97-O-MSS, 002-98-O-MSS y 01-0-MSS; el artículo 4° de la Ordenanza N° 024-MSS (2000), el artículo 4° de la Ordenanza N.° 55-MSS (2001), el artículo 6° de la Ordenanza N.° 92-MSS (2002), los artículos 7° y 8° y la Segunda Disposición Final de la Ordenanza N.° 128-MSS (2003), así como el artículo 5° de la Ordenanza N.° 130-MSS (2003), por contener vicios de inconstitucionalidad]
- 196)** STC del 10 de Diciembre del 2003, [Expediente número 0014-2003-AI/TC, Caso Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos]
- 197)** STC del 10 de Octubre del 2005, [Expediente número 0024-2003-AI/TC-LIMA, Caso de Municipalidad Distrital de Lurín]
- 198)** STC del 11 de Agosto de 2010, [Expediente número 02748-2010-PHC/TC, Caso Alexander Mosquera Izquierdo]
- 199)** STC del 11 de Febrero de 2009, [Expediente número 03908-2007-PA/TC, Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS Nacional)]

- 200)** STC del 11 de Junio de 2008, [Expediente número 06730-2006-PA/TC, Caso Odila Yolanda Cayatopa Fernández]
- 201)** STC del 11 de Mayo del 2005, [Expediente número 1680-2005-PA/TC-LIMA, Caso Jorge Luis Borja Urbano]
- 202)** STC del 12 de Abril de 2007, [Expediente número 05637-2006-PA, , Caso Roberto Woll Torres]
- 203)** STC del 12 de Agosto de 2010, [Expediente número 0001-2011-CC/TC, Caso Competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial para la regulación relativa a Vehículos Usados.
- 204)** STC del 12 de Febrero de 2007, [Expediente número 006-2006-CC/TC, Caso de Casinos Tragamonedas]
- 205)** STC del 13 de Abril de 2005, [Expediente número 0042-2004-AI/TC, Caso Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo]
- 206)** STC del 13 de abril de 2005, [Expediente número 0054-2004-PI/TC-LIMA, Caso Oscar Luis Castañeda Lossio, alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima, contra las Ordenanzas N.º 018-2004-CM-M y N.º 040-2004-CM-MPH-M, expedidas por la Municipalidad Provincial de Huarochiri, que declara en emergencia el servicio de transporte urbano e interurbano de servicio público de la provincia, y reconoce a las empresas de transporte que han alcanzado calificar de acuerdo con los requerimientos de la Gerencia de Transporte]
- 207)** STC del 13 de Febrero del 2006, [Expediente número 0030-2005-PI/TC, Caso Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N.º 28617 —Ley que establece la Barrera Electoral—]
- 208)** STC del 13 de Marzo del 2003, [Expediente número 0976-2001-PA/TC, Caso Eusebio Llanos Huasco]

- 209)** STC del 13 de Mayo de 2010, [Expediente número 05761-2009-PHC/TC, Caso Carmen Julia Emili Pisfil García]
- 210)** STC del 13 de Octubre de 2006, [Expediente número 03362-2004-PA/TC, Caso de Prudencio Estrada Salvador]
- 211)** STC del 13 de Octubre del 2006, [Expediente número 3362-2004-PA/TC, Caso Prudencio Estrada Salvador]
- 212)** STC del 13 de Setiembre de 2011, [Expediente número 03331-2011-PA/TC-PIURA, Caso de Alfredo Lecarnaque Olivos.
- 213)** STC del 14 de Noviembre de 2005, [Expediente número 03741-2004-PA/TC, Caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque]
- 214)** STC del 15 de Diciembre del 2000, [Expediente número 0689-2000-AC/TC, Caso Sindicato Único de Expendedores Minoristas de los Mercados Central, San Sebastián y Mercadillo]
- 215)** STC del 15 de Marzo de 2010, [Expediente número 00607-2009-PA/TC, Caso Flavio Roberto Jhon Lojas]
- 216)** STC del 16 de Mayo de 2005, [Expediente número 00053-2004-PI/TC, Caso La Defensoría del Pueblo (demandante) c. Municipalidad Distrital de Miraflores (demandada)]
- 217)** STC del 18 de Abril de 2011, [Expediente número 00228-2009-PA/TC-LA LIBERTAD, Caso Flor de María Ibáñez Salvador]
- 218)** STC del 18 de Febrero de 2005, [Expediente número 03179-2004-AA/TC, Caso Apolonia Ccollcca Ponce]
- 219)** STC del 19 de Abril de 2007, [Expediente número 04853-2004-PA/TC, Caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad]
- 220)** STC del 19 de Abril de 2011, [Expediente número 00525-2011-PA/TC, Caso Grela Eufemia Felipe de Alcalde]

- 221)** STC del 20 de Abril del 2004, [Expediente número 2945-2003-AA/TC-LIMA, Caso Azanca Alhelí Meza García]
- 222)** STC del 21 de Enero del 2002, [Expediente número 0014-2002-PI/TC, Caso Colegio de Abogados del Cusco]
- 223)** STC del 21 de Junio de 2010, [Expediente número 02882-2008-AA/TC, , Caso Alcira Juana Reyes Borja y Otros]
- 224)** STC del 21 de Marzo de 2011, [Expediente número 0019-2009-PI/TC-LIMA, Caso Ilustre Colegio de Abogados del Callao]
- 225)** STC del 24 de Abril de 2006, [Expediente número 00047-2004-PI/TC, Caso José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín (demandante) contra el Congreso de la República (demandado)]
- 226)** STC del 24 de Noviembre de 2004, [Expediente número 02868-2004-AA/TC-ÁNCASH, Caso José Antonio Álvarez Rojas]
- 227)** STC del 25 de Setiembre de 2004, [Expediente número 0004-2004-AI/TC-LIMA, N.º 0011-2004-AI/TC, N.º 0012-2004-AI/TC, N.º 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC, N.º 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC y N.º 0027-2004-AI/TC (acumulados), , Caso del Colegio de Abogados de Huaura, más de 5000 ciudadanos, el Colegio de Contadores Públicos de Loreto, el Colegio de Abogados de Ica, el Colegio de Economistas de Piura y el Colegio de Abogados de Ayacucho, a las que se han adherido el Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, el Colegio de Abogados de Puno, el Colegio de Abogados de Ucayali y el Colegio de Abogados de Junín, contra los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º y 20º del Decreto Legislativo N.º 939 —Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad—, y, por conexión, contra su modificatoria, el Decreto Legislativo N.º 947, que regulan la denominada “bancarización” y crean el Impuesto a la Transacciones Financieras (en adelante ITF); así como contra los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º,

11°, 12°, 13°, 14°, 15°, 16°, 17°, 18° y 19° de la Ley N.° 28194 —Ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía—, que subroga los referidos Decretos Legislativos]

- 228)** STC del 26 de Setiembre de 2005, [Expediente número 0012-2005-PI/TC, Caso Pedro Pablo Fernández Solís y más del 1% de ciudadanos]
- 229)** STC del 27 de Enero de 2003, [Expediente número 1941-2002-AA/TC-LIMA, Caso Luis Felipe Almenara Bryson]
- 230)** STC del 27 de Septiembre del 2005, [Expediente número 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados), Caso Presidente de la República contra Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco]
- 231)** STC del 27 de Setiembre de 2004, [Expediente número 0001-2004-AI/TC, Caso Carlos Guillermo Repetto Grand, apoderado de más de 5,000 ciudadanos (Exp. N.° 001-2004-AI/TC) interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6° y 7° de la Ley N.° 28046, así como contra los demás artículos de la misma que por conexión transgredan en el fondo lo dispuesto por los artículos 1° y 2° (incisos 2 y 16), 10°, 70°, 74°, 103° y la Primera Disposición Transitoria y Final de la Constitución Política del Perú]
- 232)** STC del 28 de Febrero de 2006, [Expediente número 06167-2005-PHC/TC, Caso Fernando Cantuarias Salaverry]
- 233)** STC del 29 de Agosto de 2005, [Expediente número 4119-2005-PA/TC, Caso Roberto Renato Bryson Barrenechea]
- 234)** STC del 31 de Diciembre de 2004, N° [Expediente número 0004-2004-CC/TC, Caso Poder Judicial vs. Poder Ejecutivo: aduciendo que éste ha invadido sus competencias en materia presupuestaria al presentar el “Proyecto de Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005” al Congreso de la República]
- 235)** STC del 31 de Diciembre de 2005, [Expediente número 03361-2004-AA/TC, Caso de Jaime Amado Álvarez Guillén]

- 236)** STC del 31 de Diciembre del 2004, [Expediente número 0004-2004-CC/TC-LIMA, Caso Presupuesto del Poder Judicial]
- 237)** STC del 7 de Noviembre del 2002, [Expediente número 2409-2002-AA/TC-LIMA, Caso Diodoro Antonio Gonzales Ríos]
- 238)** STC del 8 de Abril del 2003, [Expediente número 0578-2003-AA/TC, Caso Julia Eleyza Arellano Serquén con el CNM y sus integrantes]
- 239)** STC del 8 de Enero del 2006 [Expediente número 1333-2006-PA/TC-LIMA, Caso Jacobo Romero Quispe]
- 240)** STC del 31 de Diciembre del 2005, [Expediente número 03361-2004-AA/TC, Caso Jaime Amado Álvarez Guillén]
- 241)** STC del 17 Mayo del 2010, [Expediente número 06079-2009-PA/TC-LIMA, Caso Rebeca Schnaiderman Lara]

RECURSOS ELECTRÓNICOS

- 242)** ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo” en *Revista de Derecho FONDECYT*, Volumen XXIII, N° 1, Valparaíso, Julio 2010. [ubicado el 08.V. 2011]. Obtenido en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=173716608004>.
- 243)** ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo” en *Revista de Derecho FONDECYT*, Vol. XXIII, N° 1, Valparaíso, Julio 2010. [ubicado el 08.V. 2011]. Obtenido en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=173716608004>.
- 244)** ALVARADO TAPIA, Katherinee. “El Tribunal Constitucional como instaurador de la Jurisdicción Constitucional”. En *IUS - Revista de Investigación Jurídica* de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Vol. I, Enero – Junio 2011. [ubicado 20. IV. 2012] Obtenido en <http://www.usat.edu.pe/usat/ius/files/2011/07/EL-TRIBUNAL->

CONSTITUCIONAL-COMO-INSTAURADOR-DE-LA-
JURISDICCION-CONSTITUCIONAL-2.pdf.

- 245)** ATIENZA, Manuel. “Argumentación jurídica y Estado Constitucional”. en *Anales de Jurisprudencia*. Nº 261, 2003, pp. 1 – 2. [ubicado el 22. V. 2011]. Obtenido en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/261/pr/pr9.pdf>.
- 246)** BARDELLI LARTIRIGOYEN, Juan Bautista. *El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú: una visión introspectiva*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20051/pr/pr18.pdf>
- 247)** BATISTA J. F., *La Dignidad de la Persona: Naturaleza Jurídica y Funciones*. Cuestiones Constitucionales, Núm-14, Enero - Junio 2006. Revista DÍKAIÓN, Volumen 23, Nº 14, Enero - Junio 2006, Universidad de la Sabana – Colombia, Redalyc: Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, [ubicado el 12. V. 2011]. Obtenido en <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/885/88501401.pdf>
- 248)** BERNAL PULIDO, Carlos. “La Fuerza Vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano”. En: Materiales de lectura sobre *Precedente Vinculante*. Justicia Viva, Instituto de Defensa Legal, 2003. [ubicado el 04. VI. 2011]. Obtenido en http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/428/1/c1a-cbernal-fuerza_vinculante.pdf.
- 249)** BREY BLANCO, José Luis. *Los jueces y la política: ¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?* Universidad Complutense de Madrid (UCM), Foro, Nueva Época, núm. 00 / 2004. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://www.ucm.es/BUCM/revistas/der/16985583/articulos/FORO0404120037A.PDF>

- 250)** BROCOS FERNÁNDEZ, José Martín. *El Antiguo Régimen y la Revolución Francesa*, Libros para la Historia en Libertad, Coordinado por Ángel David Martín Rubio, 2010. [ubicado 20. X. 2008] Obtenido en <http://www.religionenlibertad.com/articulo.asp?idarticulo=9626>.
- 251)** CABALLERO JUARÉZ, José Antonio. *La recepción de jurisprudencia internacional y la ejecución de fallos en Tribunales Nacionales: apuntes para su estudio*. Biblioteca Jurídico Virtual, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM. [ubicado 20. X. 2011] Obtenido en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2740/18.pdf>
- 252)** CAMPANA AÑASCO, Dany Fernando. *El Proceso Constitucional de Hábeas Corpus y el control constitucional de los actos del Ministerio Público*, Junio 2010. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/proceso_constitucional.pdf.
- 253)** CARBONELL, Miguel. "Marbury versus Madison: en los orígenes de la Supremacía Constitucional y el Control de Constitucionalidad". En *Blog PUCP: Servicio de bitácoras de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010. [ubicado 20. IV. 2012] Obtenido en <http://blog.pucp.edu.pe/media/2841/20110803-Miguel%20Carbonell%20-IIDPC%20-%205-.pdf>
- 254)** CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El contenido constitucional del derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento constitucional peruano*. Defensoría del Pueblo – Sede Piura, p. 3. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en http://www.defensoria.gob.pe/WEB-PIURA/ponencias_archivos/Ponencia-Luis-Castillo-C.pdf
- 255)** CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El contenido constitucional del derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento constitucional peruano*. Defensoría del Pueblo – Sede Piura. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en http://www.defensoria.gob.pe/WEB-PIURA/ponencias_archivos/Ponencia-Luis-Castillo-C.pdf.

- 256)** CHAIRES ZARAGOZA, Jorge. *La independencia del poder judicial*, en *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Biblioteca Jurídico Virtual, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, Número 110 , Mayo - Agosto, 2004. [Ubicado 20. X. 2008] Obtenido en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/110/art/art4.htm>.
- 257)** CROSS, Rupert y HARRIS, J. W. *El precedente en el Derecho Inglés*, Traducción de M^a. Angélica Pulido, Madrid | Barcelona | Buenos Aires, Marcial Pons, 2012. [ubicado 20. III. 2012] Obtenido en <http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497689397.pdf>
- 258)** CUSTODIO RAMIREZ, Carlos Antonio. *Principios y derechos de la función jurisdiccional consagrados en la Constitución Política del Perú*. [ubicado el 04. VI. 2011]. Obtenido en <http://img28.xooimage.com/files/4/d/3/principios-y-dere...del-per--108a369.pdf>.
- 259)** DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL. Organización de los Estados Americanos, Washington D.C. / Tratados Multilaterales. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html#Perú>:
- 260)** DÍAZ BARDELLI, Julián, *El derecho "supralegal" frente a graves violaciones de derechos humanos*, Universidad de Buenos Aires (UBA), Lecciones y Ensayos, Nro. 88, 2010, p. 88. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/88/lecciones-y-ensayos-88-paginas-83-100.pdf>
- 261)** DOMINGO GARCÍA, Belaunde. *El precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional: a propósito del caso Provías Nacional*, 2006 [ubicado el 12. IV. 2011]. Obtenido en http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/190211/cce-doc-precedente_GARCIA.pdf

- 262)** EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. *Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional*. Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, a desarrollarse durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México [UNAM]. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2222/5.pdf>
- 263)** FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI: la quiebra de la bipolaridad sistema americano-sistema europeo-kelseniano y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad*, Publicación electrónica realizada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. [ubicado el 12. IV. 2011]. Obtenido en www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artjurisdiccionconstitucional/at_download/file.
- 264)** FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI: la quiebra de la bipolaridad sistema americano-sistema europeo-kelseniano y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad*. [ubicado el 12. IV. 2011]. Obtenido en www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artjurisdiccionconstitucional/at_download/file.
- 265)** GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *El nuevo derecho en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?* En *Revista de Derecho: Universidad del Norte*, N° 29, Barranquilla 2008. [ubicado el 4. VI. 2011]. Obtenido en http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/29/11_El%20nuevo%20derecho.pdf.
- 266)** GARCÍA TOMA, Víctor. *Constitución y Dignidad de la Persona*. en la *Liberación*. Lima: 19 de febrero de 2002, p. 6. [ubicado el 08.V. 2011].

Obtenido en [www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate-constitucional/articulos periodísticos/10.pdf](http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate-constitucional/articulos_periodisticos/10.pdf)

- 267)** GARCÍA TOMA, Víctor. *La Sentencia Constitucional*, p. 2. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en http://tc.gob.pe/gaceta/img_upload/18abfa4cb269c78ca321c53e573f1346/Discurso_VGT.pdf
- 268)** GARCÍA TOMA, Víctor. *Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional peruano*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/22.pdf>
- 269)** GUIM ALFAGO, Mauricio A. *La Constitución en Serio*. En *Revista Jurídica Online: Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2011, pp. 428 – 429. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=651&Itemid=116
- 270)** HAKANSSON NIETO, Carlos, *Los principios de interpretación y precedente vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano: una aproximación*, Revista DÍKAIÓN, Volumen 23, Nº 18, Diciembre 2009, Universidad de la Sabana – Colombia, Redalyc: Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, [ubicado el 12. V. 2011]. Obtenido en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=72012329004>
- 271)** HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *El proceso de inconstitucionalidad en el Perú: Estudio preliminar*. [ubicado 18. V. 2011] Obtenido en <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/juris-nac/proceso.htm>.
- 272)** HUERTA OCHOA, Carla. *La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos*. Biblioteca Jurídica Virtual del

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 929. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://www.biblioteca.org.ar/libros/90956.pdf>.

- 273)** MARAVÍ S., Milagros. *Corte Suprema y Tribunal Constitucional en Perú y Bolivia: las relaciones del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el Perú a partir del análisis de la Jurisprudencia*. En *Ius Et Praxis*, Año 04, Número 01, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – Universidad de Talca, Chile, 1998, Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe: Ciencias Sociales y Humanidades [REDALYC]. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19740108.pdf>.
- 274)** MONCADA ZAPATA, Juan Carlos. *Corte constitucional y colegislación*. Abogado de ORTEGA & MONCADA ABOGADOS ASOCIADOS – Argentina. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en <http://www.avancejuridico.com/actualidad/articulos/Constitucional.html>.
- 275)** NÚÑEZ MOLINA, Waldo. “Un precedente constitucional invinculante: A propósito de la aplicación del Decreto de Urgencia N° 037-94”. En: *Revista Derecho y Cambio Social* creada el 23 de mayo del 2004, N° 04, Año II, La Molina – Lima, 2005. [ubicado el 04.VI. 2011]. Obtenido en http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/DU_037-94.pdf
- 276)** OSPINA RENDÓN, Juan Carlos. *Neoconstitucionalismo y constitucionalización del derecho*. Manizales, Universidad de Caldas – Colombia-, Marzo, 2008, p. 6. [ubicado el 22. V. 2011]. Obtenido en http://www.maximogris.net/DERECHO/Art_01_020.doc.
- 277)** PÉREZ UNZUETA, Karla Maciel. *El control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas*. Estafeta Jurídica Virtual, publicada el 13 de octubre del 2007. [ubicado 20. X. 2008] Obtenido en <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=678>.
- 278)** QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Los excesos del Tribunal Constitucional peruano: a propósito del Control Concentrado de la Constitución*, En

Estudios Constitucionales, Año/Volumen 03, Número 002, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, 2005. [ubicado el 04.VI. 2011]. Obtenido en <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/820/82030202.pdf>

279) QUIROGA LEÓN, Aníbal., *Los Excesos del Tribunal Constitucional Peruano. A propósito del control concentrado de la Constitución*, 2005. [ubicado el 06. V. 2011]. Obtenido en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/820/82030202.pdf>

280) SAGÜES, Néstor Pedro. “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE. UU. y Argentina”. En *Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 01, Santiago de Chile, Universidad de Talca, Editorial LIBROTECNIA, 2006. [ubicado 20. IV. 2012] Obtenido en http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano4_1/revista_ano4_1_1.pdf.

281) SILES VALLEJOS, Abraham. *Tribunal Constitucional aclara su Rol como Supremo Intérprete de la Constitución*, Lima, 2006. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/tribuna/tr_20080616_52.pdf;

282) TANTALEÁN ODAR, Christian Fernando. *El control difuso como método de control constitucional*, Esta es una publicación que ha sido creada para la difusión de los frutos de la investigación jurídica. En: *Revista Derecho y Cambio Social* creada el 23 de mayo del 2004, Número 04, Año II, La Molina – Lima, 2005. [ubicado el 04.VI. 2011]. Obtenido en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista004/control.htm>

283) TARUFFO, Michelle. “Precedente y jurisprudencia” (traducido del italiano al castellano por Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini) En *Precedente: Anuario Jurídico*, Editorial Universidad INCESI (Biblioteca Digital), Abril 2010. [ubicado el 04.VI. 2011]. Obtenido en http://www.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/2184/1/04.pdf.

- 284)** TAYLOR, Henry. *¿Qué implicaciones tiene el hecho que Ecuador ha adoptado el Neoconstitucionalismo como ideología del Estado?*, Taylor & Asociados Abogados. [ubicado el 4.VI. 2011]. Obtenido en <http://gatocristiano.com/henry/descargas/articulos/articulo1.pdf>.
- 285)** VALDÉS S., Clemente. "Marbury vs. Madison: Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos". En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional: Proceso y Constitución*, Revista IDPC N° 4, México y Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional Julio - Diciembre 2005. [ubicado 20. IV. 2012] Obtenido en http://www.iidpc.org/revistas/4/pdf/327_359.pdf.
- 286)** VELÁSQUEZ RIZO, Ana María. *El caso Bonham: Supremacía Constitucional*. En *Revista de Derecho*, Colombia, Universidad del Norte, 1999. [ubicado 20. X. 2008] Obtenido en <http://manglar.uninorte.edu.co/bitstream/10584/1646/1/Documentos.%200E1%20caso%20Bonham.pdf>
- 287)** VINATEA MEDINA, Ricardo Guillermo. *La aplicación del precedente vinculante del Tribunal Constitucional peruano en la jurisprudencia nacional*. Juez Supremo de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República del Perú. [ubicado 20. XI. 2011] Obtenido en http://projusticia.org.pe/Articulos/Presente_vinculante_tc.pdf
- 288)** VIRGINIA ANDRADE, María. "Sentencia Marbury versus Madison (1803)". En *Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, Caracas, Derecho y Sociedad. [ubicado 20. IV. 2012] Obtenido en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/4/deryso_2003_4_273-279.pdf

ANEXOS
JURISPRUDENCIALES

ANEXO JURISPRUDENCIAL I

EXP. N.º 0024-2003-AI/TC

LIMA

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LURÍN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de octubre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Distrital de Lurín contra de la Municipalidad Provincial de Huarochirí y la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros, con el objeto que se disponga que corresponde al Poder Ejecutivo la atribución de proponer la demarcación territorial y al Congreso aprobar la misma.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de noviembre de 2003, la municipalidad recurrente, representada por su Alcalde, don José Luis Ayllón Mini, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Municipalidad Provincial de Huarochirí y la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros, con el objeto que se declare que a quien le compete aprobar o modificar la demarcación territorial es al Congreso de la República, conforme a la propuesta que alcance el Poder Ejecutivo,

con lo que dicha atribución en modo alguno les corresponde a las emplazadas; en consecuencia, solicita que se declare nula la Ordenanza Municipal N.º 000011 aprobada en Sesión Ordinaria de Concejo de fecha 27 de agosto de 2003, mediante la cual se dispuso ratificar en todos sus extremos el ordenamiento territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros, conforme a la Descripción de Linderos y Medidas Perimétricas y el Cuadro de Datos Técnicos y Coordenadas Poligonales expresadas en la Memoria Descriptiva aprobada por Acuerdo de Concejo N.º 009-2000-MDSDLO, del 21 de diciembre de 2000, y ratificado por Ordenanza N.º 004-2003-MDSDO, del 31 de mayo de 2003.

Sostiene que la Ordenanza impugnada persigue de manera maliciosa y encubierta aprobar la demarcación territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros, puesto que ni la Constitución ni la Ley Orgánica de Municipalidades establecen a favor de estas últimas la facultad de fijar su ordenamiento territorial o determinar sus límites, dado que, conforme al inciso 7) del artículo 102º de la Constitución, es atribución del Congreso aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo. Asimismo que, si bien corresponde a las municipalidades aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial en el ámbito provincial, ello no autoriza a que se aprueben los límites del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros en desmedro del Distrito de Lurín; de otro lado, expone que la Ordenanza bajo comentario parte de una premisa inválida, pues señala que el Distrito de Santo Domingo de Los Olleros fue creado por Ley del 4 de agosto de 1821 y está ubicado en la jurisdicción territorial de la Provincia de Huarochirí, lo que es falso pues dicha ley no creó el precitado distrito; añade, además, que este distrito carece de ley de creación y que lo que se pretende es aprobar fraudulentamente sus límites, cercenando el 60% del área total de la zona este del Distrito de Lurín.

La Municipalidad Provincial de Huarochirí contesta la demanda a través de su Procurador Público, exponiendo que la Ordenanza N.º 000011 se limitó a ratificar el ordenamiento territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros de la Provincia de Huarochirí, con la descripción de los linderos y medidas perimétricas que fueron aprobados por Acuerdo de Concejo N.º 0009-2000-MDSDLO del 21 de diciembre de 2000 y ratificado por Ordenanza N.º 04-2003-MDSDLO del 31 de mayo de 2003, con lo que dicha norma ha sido dictada con arreglo a lo establecido en los artículos 40º y 79º de la Ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades, para lograr el ordenamiento del distrito y sin modificar la demarcación territorial, puesto que su territorio ya estaba delimitado. Añade que para evitar conflictos territoriales el 25 de julio de 2002 se publicó en el diario oficial la Ley N.º 27795, mientras que el 24 de febrero de 2003 se expidió su Reglamento, en la que se establece el procedimiento para los casos de conflicto territorial, siendo competente para resolver los mismos la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros y, agotado el procedimiento antes anotado, recién se puede recurrir al Tribunal Constitucional para interponer demanda de conflicto de competencia, con lo que la accionante no ha agotado la vía administrativa pertinente.

Por su parte, la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros solicita que la demanda sea declarada infundada, en atención a lo previsto en el artículo 79º de la Ley Orgánica de Municipalidades, que establece que los gobiernos locales tienen facultades de organización sobre su espacio físico y el uso del suelo, para lo cual deben aprobar un plan de acondicionamiento territorial, por lo que considera que no hay exceso en el ejercicio de las atribuciones como se expone en la demanda.

FUNDAMENTOS

Consideraciones previas

El Tribunal Constitucional, en aras de optimizar el despliegue y desarrollo de su actividad jurisdiccional, estima pertinente, antes de pronunciarse sobre la demanda de autos, precisar la estructuración interna y alcances de sus sentencias. Entonces, en lo que sigue, se determinará la naturaleza y forma de aplicación de sus precedentes vinculantes; las condiciones y efectos del cambio del precedente vinculante; y la utilización del precedente como forma de cubrir una laguna. Asimismo, se explicará, *in genere*, los efectos en el tiempo de las sentencias constitucionales en general.

Las sentencias en materia constitucional

Estas aluden a aquellos actos procesales emanados de un órgano adscrito a la jurisdicción especializada, mediante las cuales se pone fin a una litis cuya tipología se deriva de alguno de los procesos previstos en el Código Procesal Constitucional. Así, en los casos de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, el fin de su expedición apunta a proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo; en los casos de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad su finalidad es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa; mientras que en los procesos competenciales tiene por objeto resolver los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o la leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales.

En suma, permiten cautelar la supremacía jerárquica de la Constitución y la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona. Por ende, rebasan con largueza la satisfacción de un interés particular o de beneficio de un grupo, ya que teleológicamente resguardan los principios y valores contenidos en la Constitución, que, por tales, alcanzan a la totalidad de los miembros de la colectividad política.

Para el cumplimiento de dicho cometido, el Tribunal Constitucional considera necesario estipular que la estructura interna de sus decisiones se compone de los siguientes elementos: la razón declarativa-teológica, la razón suficiente (*ratio decidendi*) la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la invocación preceptiva y la decisión o fallo constitucional (*decisum*).

Al respecto, veamos lo siguiente:

La razón declarativa-axiológica es aquella parte de la sentencia constitucional que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y teleológicas insertas en la Constitución.

En ese sentido, implica el conjunto de juicios de valor concomitantes a la interpretación y aplicación de las normas técnicas y prescriptivas de la Constitución, que permiten justificar una determinada opción escogida por el Colegiado. Ello a efectos de consolidar la ideología, la doctrina y hasta el programa político establecido en el texto *supra*.

La razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional.

En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la *litis*.

Se trata, en consecuencia, del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la base, base o puntal de un precedente vinculante.

La razón suficiente (la regla o principio recogida como fundamento) puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas.

La razón subsidiaria o accidental es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

Dicha razón coadyuva *in genere* para proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen. *Ergo* expone una visión más allá del caso específico; por ende, una óptica global acerca de las aristas de dicha materia.

En efecto, en algunas circunstancias la razón subsidiaria o accidental aparece en las denominadas sentencias instructivas, las cuales se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un amplio desarrollo doctrinario de la figura o institución jurídica que cobija el caso objeto de examen de constitucionalidad. La finalidad de estas sentencias es orientar la labor de los operadores del derecho mediante la manifestación de criterios que pueden ser utilizados en la interpretación jurisdiccional que estos realicen en los procesos a su cargo; amén de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos.

Al respecto, son ilustrativas las sentencias de los casos Eleobina Aponte Chuquihuanca [Expediente N° 2663-2003-HC/TC] y Taj Mahal Discoteque [Expediente N.º 3283-2003-AA/TC].

En la primera de las citadas, de manera pedagógica se precisaron los alcances de los diferentes tipos de hábeas corpus; en tanto que en la segunda se determinó académicamente la procedencia o improcedencia de una acción de garantía con sujeción al tiempo de realización de los actos que requieren tutela constitucional.

Asimismo, el Tribunal Constitucional emplea la razón subsidiaria o accidental en aquellas circunstancias en donde, a través del proceso de conocimiento de una determinada materia constitucional, establece un criterio pro persuasivo o admonitorio sobre posibles determinaciones futuras en relación a dicha materia.

Este pronunciamiento, a modo de *dicta*, permite a los operadores jurisdiccionales y a los justiciables “predecir” o “pronosticar” la futura manera de resolver aquella cuestión hipotética conexas al caso en donde aparece manifestada.

Como bien expone Ana Magaloni Kerpel [*El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: Mc Graw Hill, 2001, pág. 82] esta *dicta* tiene fuerza persuasiva.

Dicho “vigor convincente”, en razón del rango jerárquico de la autoridad que la emite, auspicia que se garantice que en el futuro las decisiones de los órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores no sean revocadas; o que los justiciables puedan prever las consecuencias de determinadas conductas dentro del marco de una eventual litis de naturaleza constitucional.

Al respecto, puede citarse la sentencia del caso Eusebio Llanos Huasco [Expediente N.º 976-2001-AA/TC], en donde se expusieron las consideraciones del Tribunal Constitucional relacionadas con las modalidades de despido laboral que generarían readmisión en el empleo.

La invocación preceptiva es aquella parte de la sentencia en donde se consignan las normas del bloque de constitucionalidad utilizada e interpretada, para la estimación o desestimación de la petición planteada en un proceso constitucional.

La decisión o fallo constitucional es la parte final de la sentencia constitucional que, de conformidad con los juicios establecidos a través de la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria u occidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional.

En puridad, la decisión o fallo constitucional se refiere simultáneamente al acto de decidir y al contenido de la decisión.

El acto de decidir se encuentra justificado cuando se expone dentro de las competencias asignadas al Tribunal Constitucional; mientras que el contenido de la decisión está justificado cuando se deriva lógicamente y axiológicamente de los alcances técnicos y preceptivos de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad y de la descripción de ciertos hechos consignados y acreditados en el proceso constitucional.

En suma, la decisión o fallo constitucional constituye el pronunciamiento expreso y preciso, por medio del cual el Tribunal Constitucional estima o desestima el petitorio de una demanda de naturaleza constitucional. En ese contexto, en dicha decisión puede surgir una exhortación vinculante o persuasiva conforme a cánones establecidos en el caso Edgar Villanueva N. y 64 Congresistas de la República [Expediente N.º 0006-2003-AI/TC].

La jurisprudencia constitucional: el precedente constitucional vinculante

La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la Supralegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal efecto similar a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado

sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.

La competencia del Tribunal Constitucional para determinar un precedente vinculante se encuentra sustentada en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual preceptúa que "(...) 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".

Condiciones del uso del precedente constitucional vinculante

La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En ese contexto, el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes:

- a) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.

En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado.

El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.

- b) Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada.

La decisión del Tribunal Constitucional de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso.

Más aún, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, estimándose o desestimándose la demanda.

La consagración de la cosa juzgada comporta que la decisión devenga en irrevocable e inmutable.

El establecimiento de un precedente vinculante no debe afectar el principio de respeto a lo ya decidido o resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.

Dicha restricción también opera en el caso que el Tribunal Constitucional, al amparo de lo previsto en la parte *in fine* del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, resuelva apartarse de un precedente y sustituirlo por otro.

Lo anteriormente expuesto debe ser concordado con lo previsto en los artículos 74° y 103° de la Constitución, y 83° del Código Procesal Constitucional, cuando de por medio existe una declaración de inconstitucionalidad.

El cambio de precedente vinculante

La competencia para el apartamiento y sustitución de un precedente vinculante está sujeta a los tres elementos siguientes:

- a) Expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión.
- b) Expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión.
- c) Determinación de sus efectos en el tiempo.

Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante

El Tribunal Constitucional estima que dichos presupuestos son los siguientes:

- a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
- d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

En este supuesto, de conformidad con lo establecido en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional debe obligatoriamente expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

El precedente vinculante como forma de cubrir una laguna normativa

La función integradora del Tribunal Constitucional permite que, a través de la constitución de un precedente vinculante, se resuelvan las situaciones derivadas de un vacío normativo.

En ese orden de ideas, dicha función verificable mediante la expedición de un precedente vinculante se hace patente cuando, se acredita la ausencia absoluta de norma; cuando, a pesar de la existencia de prescripción jurídica, se entiende que esta se ha circunscrito a señalar conceptos o criterios no determinados en sus particularidades; cuando existe la regulación jurídica de una materia, pero sin que la norma establezca una regla específica para solucionar un área con conflicto coexistencial; cuando una norma deviniese en inaplicable por haber abarcado casos o acarrear consecuencias que el legislador histórico no habría establecido de haber conocido aquellas o sospechado estas; cuando dos normas sin referencia mutua entre sí –es decir en situación de antinomia indirecta– se contradicen en sus consecuencias jurídicas, haciéndose mutuamente ineficaces; cuando, debido a nuevas circunstancias, surgiesen cuestiones que el legislador histórico no tuvo oportunidad de prever en la norma, por lo que literalmente no están comprendidas en ella, aunque por su finalidad pudieran estarlo de haberse conocido anteladamente; y cuando los alcances de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad no producen en la realidad efectos jurídicos por razones de ocio legislativo.

En relación con lo anteriormente expuesto, debe precisarse que la antinomia indirecta se entiende como la coexistencia de dos normas incompatibles, que tienen la misma validez jerárquica en el tiempo y en el espacio, pero que inspiran consecuencias jurídicas en fines o criterios ideológicos contrapuestos (interés público y seguridad jurídica de los particulares, etc.); en tanto que el ocio legislativo aparece como consecuencia de la omisión, inactividad, inacción o *non facere* por parte de un órgano con competencias legislativas, lo que implica el desobedecimiento al mandato de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad que hubiese establecido que el goce de un derecho o el ejercicio de una competencia queda supeditada a la expedición de una norma reglamentaria. Dicha omisión se constata por el vencimiento del plazo determinado para legislar complementariamente o por el transcurso del plazo razonable para ello.

La aplicación del precedente vinculante

El uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante depende de:

- a) La existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emana el precedente.
- b) La existencia de similitudes y diferencias fácticas; las que en el caso de estas últimas no justifican un trato jurídico distinto. Por ende, es factible que a través del razonamiento analógico se extienda la regla del precedente vinculante.

La eficacia prospectiva del precedente vinculante (prospective overruling)

El Tribunal Constitucional puede disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituya uno anterior opere con lapso diferido (*vacatio sententiae*), a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia ínsita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos.

En efecto, la decisión de otorgar expresa y residualmente eficacia prospectiva es establecida por el Tribunal Constitucional, en aras de procesar constructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre continuidad y cambio en la actividad jurisdiccional de naturaleza constitucional.

La técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y los poderes públicos mostrasen respecto al precedente anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante.

Esta decisión de diferir la eficacia del precedente puede justificarse en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos por el propio Tribunal con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; la existencia de situaciones duraderas o de trato sucesivo; cuando se establecen situaciones objetivamente menos beneficiosas para los justiciables, etc.

En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, al momento de cambiar de precedente, optará, según sean las circunstancias, por establecer lo siguiente:

- a) Decisión de cambiar de precedente vinculante ordenando la aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión.
- b) Decisión de cambiar de precedente vinculante, aunque ordenando que su aplicación será diferida a una fecha posterior a la culminación de determinadas situaciones materiales. Por

ende, no será aplicable para aquellas situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la decisión del cambio o a los procesos en trámite.

Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de utilizar la técnica de eficacia prospectiva del precedente vinculante en el caso Juan Carlos Callegari Herazo [Expediente N.º 0090-2004-AA/TC], en donde se estableció con efecto diferido la aplicación de las nuevas reglas relativas al pase a la situación de retiro por causal de renovación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Así, en dicho proceso, fijó lo siguiente: “Este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, los nuevos casos en que la administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen: (...)”.

Cabe recordar que sobre dicha materia, la decisión de diferir la aplicación de las nuevas reglas tuvo como justificación el que hasta ese momento tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional habían declarado en innumerables sentencias que el pase a la situación de retiro por causal de renovación estaba sujeto a la regla de discrecionalidad.

En ese contexto, los institutos castrenses, al amparo la sustituida regla, habían venido efectuando dichos procesos.

Los efectos de las sentencias constitucionales con o sin precedente vinculante

De manera genérica, debe precisarse que el cumplimiento y ejecución de las reglas y decisiones contenidas en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional pueden ser observados en función a los efectos personales o temporales que de ellos se derivan.

En cuanto a los efectos personales, estos pueden ser directos o indirectos.

Los efectos directos de la sentencia se producen para las partes vinculadas al proceso constitucional, frente al cual la sentencia expedida pone fin a la litis.

Los efectos indirectos se producen para la ciudadanía en general y los poderes públicos. En ese contexto, los citados quedan “atados”, en su comportamiento personal o funcional, a las reglas y decisiones que una sentencia constitucional declare como precedente vinculante.

En relación a los efectos en el tiempo, estos pueden ser irretroactivos, retroactivos o de aplicación diferida.

Como se ha referido anteriormente, la aplicación diferida se determina en una sentencia con *vacatio setentiae*; es decir, las consecuencias jurídicas de una decisión se suspenden durante algún tiempo, atendiendo a la necesidad de prever las derivaciones políticas, económicas o sociales que ello alcance. Al respecto, no debe olvidarse que todo Tribunal Constitucional tiene la obligación de aplicar el principio de previsión mediante el cual se predetermina la totalidad de las “consecuencias” de sus actos jurisdiccionales. En ese sentido, los actos jurisdiccionales (tras la expedición de una sentencia) deben contener el augurio, la proyección y el vaticinio de una “mejor” realidad político-jurídica y la cancelación de un otrora “mal”. En ese contexto, el efecto diferido evita el hecho de corregir un mal creando otro mal, el cual es evitable por la vía de la suspensión temporal de los efectos de una sentencia con precedente vinculante.

Los efectos diferidos se manifiestan en las denominadas sentencias exhortativas y en los casos de sentencias con precedente vinculante de eficacia diferida (*prospective overruling*).

Respecto a la aplicación con efectos irretroactivos o retroactivos, cabe señalar lo siguiente:

- a) Las sentencias sobre demandas de inconstitucionalidad, cumplimiento y conflictos competenciales, en principio, se aplican con efectos irretroactivos; esto es, tienen alcances *ex nunc*.
- b) Las sentencias sobre demandas de hábeas corpus, amparo y hábeas data se aplican con efectos retroactivos; ya que su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional; es decir, tienen alcances *ex tunc*.
- c) Las sentencias en los casos de procesos de inconstitucionalidad, en donde se ventile la existencia de violación de los principios constitucionales tributarios contenidos en el artículo 74° del texto *supra*, deben contener la determinación sobre sus efectos en el tiempo; e igual previsión debe efectuarse respecto de las situaciones judiciales mientras estuvo en vigencia la norma declarada inconstitucional. Entonces, cabe la posibilidad de que se establezca la aplicación del principio de retroactividad.

En consecuencia puede tener efectos *ex tunc*.

Al respecto, cabe recordar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en relación a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 38.1, 39°, Primera y Segunda Disposición Transitoria de la Ley N.° 27153 [Expediente N.° 009-2001-AI/TC], en donde de manera específica resolvió lo pertinente a las situaciones jurídico-tributarias producidas mientras estuvo en vigencia la citada ley.

- d) Las sentencias en materia constitucional no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado normas declaradas inconstitucionales, salvo en materia penal o tributaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 103° y 74° de la Constitución.

En ese contexto, éstas pueden tener efectos *ex tunc*.

Petitorio de la demanda de inconstitucionalidad

1. Conforme a lo expuesto en el escrito de demanda, la pretensión de autos es que se determine que ninguna de las municipalidades emplazadas es competente para aprobar o modificar su circunscripción territorial, pues esa atribución le corresponde al Congreso de la República; en consecuencia, la Municipalidad Distrital de Lurín solicita que se declare nula la Ordenanza Municipal N.° 000011, aprobada en Sesión Ordinaria de Concejo de fecha 27 de agosto de 2003, mediante la cual se dispuso ratificar, en todos sus extremos, el ordenamiento territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros, conforme a la Descripción de Linderos y Medidas Perimétricas y el Cuadro de Datos Técnicos y Coordenadas Poligonales expresadas en la Memoria Descriptiva aprobada por Acuerdo de Concejo N.° 009-2000-MDSDLO, del 21 de diciembre de 2000, y ratificado por Ordenanza N.° 004-2003-MDSDO del 31 de mayo de 2003.

Competencia del Tribunal Constitucional y adecuación del proceso

2. Debe precisarse que, en principio, el Tribunal Constitucional es competente para conocer de los conflictos de competencia por mandato del inciso 3) del artículo 202° de la Constitución; no obstante, del petitorio de autos se advierte que la materia controvertida guarda relación con una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, por cuya razón se dispuso que el proceso de autos sea tramitado como si de una acción de inconstitucionalidad se tratara, como se aprecia del contenido de la Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 21 de abril de 2003.
3. Por consiguiente, dado que el Tribunal Constitucional, por mandato del artículo 202°, inciso 1) de la Constitución, es competente para conocer de los procesos de inconstitucionalidad, corresponde que emita sentencia, por ser ese el estado del proceso.

La competencia en asuntos de demarcación territorial

4. El artículo 102° de la Constitución expresamente ha regulado, en su inciso 7), como una de las competencias del Congreso de la República, la de aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo, por lo que ninguna corporación municipal puede pretender

ejercer dicha atribución, la que ha sido reservada de manera excluyente y exclusiva, por el legislador constituyente, al Poder Legislativo.

5. La Ordenanza impugnada, en su Artículo Primero, expresa que su objeto es ratificar en todos sus extremos el Ordenamiento Territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros de la Provincia de Huarochirí; en tal virtud, aparentemente no habría ningún ejercicio irregular o usurpación de funciones por parte de la Municipalidad Provincial de Huarochirí, la que se habría limitado a reafirmar la circunscripción territorial que corresponde a la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros. Sin embargo, no se aprecia en autos de dónde provienen los datos que se pretende ratificar, pues no existe documento que sustente la actuación de la emplazada, esto es, que detalle la circunscripción territorial de la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros y, que por tanto, pueda ser sujeto de “ratificación” en los términos empleados en la Ordenanza impugnada.
6. Aunque en la Ordenanza se haya hecho referencia al artículo 194º de la Constitución así como a los artículos II y 79º de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N.º 27972, dichas disposiciones no son habilitantes para que cualquier corporación municipal pueda realizar labores de delimitación territorial, puesto que ni la autonomía municipal, ni las acciones de saneamiento y ordenamiento del territorio, ni la implementación, organización y administración del plan de acondicionamiento territorial, son atribuciones que permitan el desarrollo de actividades de demarcación territorial. En todo caso, el atributo de la autonomía previsto en el artículo 194º de la Constitución, debe ejercerse dentro de la jurisdicción de cada una de las corporaciones municipales. Paso previo para el ejercicio de tal atribución, obviamente será que se haya determinado la circunscripción territorial que corresponde a cada gobierno local o regional, para evitar discrepancias o conflictos entre los distintos órganos políticos; caso contrario, de existir desavenencias entre ellos, estas serán resueltas de conformidad con el inciso 7) del artículo 102º de la Constitución.
7. En consecuencia, se advierte que, por vía indirecta, la Municipalidad Provincial de Huarochirí trató de realizar lo que en la vía directa le estaba vedado, esto es, ejercer una potestad reservada para el Congreso de la República, pretendiendo “ratificar” un ordenamiento territorial determinado sin precisar previamente el documento que señale los límites o linderos de la jurisdicción municipal “ratificada”, por lo que la demanda debe ser amparada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta; en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** la Ordenanza Municipal N.º 000011 aprobada por la Municipalidad Provincial de Huarochirí en

Sesión Ordinaria de Concejo de fecha 27 de agosto de 2003, mediante la cual se dispuso ratificar en todos sus extremos el ordenamiento territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros. Por tal efecto, declárense nulos los actos administrativos que se sustentan en ella o que contravengan la presente sentencia, tales como el Acuerdo de Concejo N.º 009-2000-MDSDLO del 21 de diciembre de 2000.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

VERGARA GOTELLI

LANDA ARROYO

ANEXO JURISPRUDENCIAL II

EXP. N.º 3741-2004-AA/TC

LIMA

RAMÓN HERNANDO

SALAZAR YARLENQUE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de noviembre de 2005, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, presidente; Bardelli Lartirigoyen, vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Ramón Hernando Salazar Yarlenque contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 66, su fecha 30 de enero de 2004, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de febrero de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad de Surquillo, solicitando que se ordene a la emplazada admitir a trámite sus

medios impugnatorios sin la exigencia previa de pago de la tasa que por tal concepto tiene establecido en su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos.

Aduce el demandante que tras haberle impuesto una multa la entidad emplazada se presentó en la municipalidad a efectos de impugnar dicha decisión, pero se le exigió previamente el pago de quince nuevos soles (S/. 15.00) por concepto de tasa impugnación, conforme al TUPA de la referida entidad edil, agregando que la exigencia de dicho pago vulnera su derecho de petición, así como su derecho de defensa como elemento del debido proceso que consagra la Constitución.

La emplazada contesta la demanda contradiciendo de modo sustancial sus argumentos. Sostiene que la Constitución, en su artículo 192°, inciso 3, reconoce competencia a los municipios para crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, y que sobre dicha base, ha establecido en su TUPA el pago por los conceptos de presentación de documentos cinco soles y por concepto de impugnación diez soles, los cuales se encuentran debidamente sustentados en su estructura de costos.

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 6 de junio de 2003, declara infundada la demanda considerando que el monto establecido por concepto de impugnación, así como el que se establece por concepto de recepción de documentos, ascendente en total a la suma de quince nuevos soles, se encuentra previsto en el TUPA de la municipalidad emplazada. Argumenta también que dicha norma ha sido expedida conforme al Código Tributario y que, por ello, no se están violando los derechos del recurrente, tal como este alega.

La recurrida confirma la apelada con argumentos similares.

FUNDAMENTOS

1. Mediante el presente proceso de amparo constitucional, el demandante solicita que se ordene a la Municipalidad Distrital de Surquillo admitir a trámite los medios impugnatorios que desea hacer valer frente a una resolución de multa emitida por dicha entidad, sin que por ello tenga que pagar previamente un derecho de trámite que la municipalidad emplazada ha establecido y que el recurrente considera violatorio de sus derechos constitucionales de defensa y de petición, consagrados en los artículos 139.º, inciso 3 y 2.º inciso 20, de la Constitución, respectivamente.
2. Antes de evaluar el fondo de la controversia, es necesario precisar que el pago que la Municipalidad emplazada ha establecido como condición para atender el escrito de impugnación del recurrente, comprende en realidad dos conceptos claramente separados conforme al propio TUPA de la referida municipalidad. Así, en el rubro 1 de la Ordenanza N.º 084/MDS, referido al cobro por concepto de *Recursos impugnativos*, se fija para el caso,

tanto del recurso de reconsideración como del recurso de apelación, la suma de diez nuevos soles, mientras que en el rubro N.º 7, referido a la *Recepción de documentos en general*, se fija como monto la suma de cinco nuevos soles.

3. Este Tribunal considera que lo que en realidad se está cuestionando por contravenir los derechos de petición y de defensa, es el concepto referido al cobro por “derecho de impugnación”, consignado en el rubro 1 del TUPA de la municipalidad emplazada. En consecuencia, este extremo será materia de análisis por parte de este Colegiado.

§1. Control de constitucionalidad y control de legalidad de los actos de la administración

4. En primer lugar, resulta pertinente atender que tanto el juez de instancia como el colegiado que atendió el recurso de apelación no se han referido a la dimensión constitucional de los hechos planteados por el recurrente, puesto que ambos se han limitado a verificar si la imposición del pago previsto para impugnar una decisión de la municipalidad emplazada, se ha ajustado a las normas infraconstitucionales como el Código Tributario o la propia Ordenanza Municipal N.º 084/MDS, que aprobó el TUPA de la municipalidad demandada, donde, en efecto, se encuentra previsto el cobro de un derecho por concepto de presentación de recursos impugnatorios. En este sentido, el *a quo*, luego de verificar que el monto establecido por concepto de apelación se encuentra regulado en el respectivo TUPA de la municipalidad, que se enmarca dentro de los parámetros establecidos por el Código Tributario, concluye que “(...) no se estaría vulnerando (el) derecho a la defensa (del recurrente)”(fundamento jurídico sexto de la sentencia).
5. Un razonamiento en este sentido obliga a este Tribunal a hacer algunas precisiones previas. En primer lugar, se debe recordar que tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de verificar si los actos de la administración pública, que tienen como sustento una ley, son conformes los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra. Este deber, como es evidente, implica una labor que no solo se realiza en el marco de un proceso de inconstitucionalidad (previsto en el artículo 200º, inciso 4, de la Constitución), sino también en todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138.º).
6. Este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Esta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentran sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.º de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la

administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como «Principio de legalidad», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que « [l]as autoridades administrativas deben actuar *con respeto a la Constitución*, la ley y al derecho (...)» (énfasis agregado).

7. De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138.º, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.
8. Una interpretación positivista y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional en tanto que supremo intérprete de la Constitución; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. Así, por ejemplo, una interpretación en ese sentido del artículo 138.º de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal. Evidentemente, esta forma de interpretar la disposición aludida contradice abiertamente el artículo 51.º, el cual señala que «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)».
9. Por tanto, el artículo 138.º no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal; por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.º antes señalado, más aún si ella misma (artículo 38.º) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla. Es coherente con ello el artículo 102º del Código Tributario, cuando precisa que «[a]l resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía (...)»; es decir, aquellas disposiciones de la Constitución que, en este caso, se manifiestan a través de los principios constitucionales tributarios y de los derechos fundamentales que están relacionados con dichos principios.

10. En segundo lugar, está de por medio también la *eficacia vertical* de los derechos fundamentales; es decir, su eficacia en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la administración pública. Y es que en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado –*eficacia vertical*– como de los particulares –*eficacia horizontal*–; más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no sólo de un derecho subjetivo individual –*dimensión subjetiva*–, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora –*dimensión objetiva*–.
11. Esta incidencia de los derechos fundamentales en el Estado constitucional implica, por otra parte, un redimensionamiento del antiguo principio de legalidad en sede administrativa, forjado en el siglo XIX en una etapa propia del Estado liberal. Si antes la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaba en el ámbito de la ley, en el Estado constitucional, la legitimidad de las leyes se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce. Por eso mismo, es pertinente señalar que el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir de realizar el control difuso –*dimensión objetiva*–, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos –*dimensión subjetiva*–.
12. Por ello es intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la administración pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto. En definitiva, esta forma de proceder subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (artículo 1.^o).
13. En el Derecho constitucional comparado –es el caso puntual del ordenamiento chileno–, se admite, por ejemplo, que un órgano constitucional como la Contraloría General de la República realice un control constitucional de las normas en sede administrativa. El control que realiza esta entidad administrativa

(...) es, como es obvio, un control estrictamente jurídico, en el que la Contraloría confronta la actuación administrativa reglamentaria o singular, contenida en un decreto o resolución, con el ordenamiento jurídico en su conjunto, haciendo primar este último por sobre aquélla, como consecuencia del principio general de legalidad que establece el propio

Art. 7º CPR. Sin embargo, es en el control de los aspectos constitucionales de la actuación administrativa donde la actividad fiscalizadora de la Contraloría adquiere mayor entidad, en la medida que su pronunciamiento no puede ser “salvado” mediante la insistencia gubernamental, ya que –se considera– al estar el decreto o resolución en pugna –aparentemente– con la Constitución, pone en peligro valores, principios o derechos de la más alta consideración en el ordenamiento^[1].

14. Por ello, nada impide –por el contrario, la Constitución obliga– a los tribunales y órganos colegiados de la administración pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado, tal como lo dispone el artículo 10º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que sanciona con nulidad el acto administrativo que contravenga la Constitución, bien por el fondo, bien por la forma; siempre, claro está, que dicha declaración de nulidad sea conforme a la Constitución y/o a la interpretación del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
15. En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Esta forma de concebir el principio de legalidad se concretiza, por ejemplo, en el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando señala que la actuación de la administración pública tiene como finalidad la protección del interés general, pero ello sólo es posible de ser realizado «(...) **garantizando los derechos** e intereses de los administrados y **con sujeción al ordenamiento constitucional** y jurídico en general» (énfasis agregado).
16. De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38.º, 51.º y 201.º de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático.
17. Sentadas estas premisas, la controversia en el presente caso se centra en determinar si el establecimiento del pago de derechos por parte de la municipalidad emplazada, como requisito para tramitar la impugnación de una decisión de la propia entidad, pese a estar plenamente reconocido en el TUPA de la referida municipalidad, resulta, no obstante,

violatorio de los derechos constitucionales al debido proceso administrativo, a la defensa, a la tutela judicial efectiva y de petición que consagra nuestra Carta Fundamental.

§2. Debido procedimiento administrativo y derecho de impugnación de los actos de la administración

18. Conforme a la jurisprudencia de este Colegiado, el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139.º de la Constitución, no sólo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido, a “(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8º de la Convención Americana”. (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71)^[2].
19. Entendido como un derecho constitucionalmente reconocido, el debido procedimiento administrativo comprende, entre otros aspectos, el derecho a impugnar las decisiones de la administración, bien mediante los mecanismos que provea el propio procedimiento administrativo o, llegado el caso, a través de la vía judicial, bien mediante el contencioso-administrativo o el propio proceso de amparo. En este último supuesto, el derecho de impugnar las decisiones de la administración confluye con el derecho de acceso a la jurisdicción cuando no existan vías propias dentro del propio procedimiento administrativo, o cuando estas se hayan agotado y causado estado en la decisión final de la administración.
20. El recurrente sostiene, en efecto, que la exigencia del pago previo de una tasa para recibir y dar trámite a su escrito de apelación contra un acto administrativo que considera contrario a sus intereses, afecta su derecho de defensa en sede administrativa y, por tanto, vulnera el debido procedimiento administrativo. Por su parte, al contestar la demanda, la municipalidad emplazada aduce que dicho cobro es por la “(...) realización de un acto administrativo que deseaba efectuar el actor”, el cual se encuentra plenamente reconocido en el TUPA y que, por ello, no puede ser inconstitucional. El Tribunal Constitucional no comparte el argumento de la emplazada, puesto que el hecho de que un acto se sustente en una norma o reglamento no le otorga necesariamente naturaleza constitucional, ni descarta la posibilidad de que este Colegiado efectúe el control jurisdiccional. Esta tesis es, en todo caso, contraria al Estado Democrático, donde rige el principio del control jurisdiccional de la administración y en el que, desde luego, el parámetro de control, como ya ha quedado dicho, no es la Ley ni el reglamento, sino la Constitución.
21. El debido procedimiento en sede administrativa supone una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado durante la actuación del poder de sanción de la administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente

establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aún condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica.

22. En conclusión, este Tribunal estima que, en el presente caso, el establecimiento de una tasa o derecho como condición para ejercer el derecho de impugnar la propia decisión de la Administración, vulnera el debido proceso reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución.

§3. El derecho de defensa y el derecho de recurrir el acto administrativo

23. Íntimamente vinculado a lo anterior está el tema del derecho de defensa del ciudadano frente al ejercicio del poder de sanción de la administración, sobre todo si se tiene en cuenta que, en el presente caso, se encuentra regulada una instancia de apelación en el propio procedimiento administrativo, por lo que el Tribunal estima que, en el caso de autos, el derecho de defensa previsto en el artículo 139.º, inciso 14), despliega todos sus efectos. Desde luego, el derecho de recurrir una decisión de la administración no debe confundirse con el derecho al recurso o con el derecho a una doble instancia administrativa, que, como ya tiene dicho este Colegiado, no logra configurarse como un derecho constitucional del administrado, puesto que no es posible imponer a la administración, siempre y en todos los casos, el establecimiento de una doble instancia como un derecho fundamental^[3]. El derecho de recurrir las decisiones de la administración comporta la posibilidad material de poderlas enervar, bien en el propio procedimiento administrativo, cuando la ley haya habilitado un mecanismo bien en todo caso, de manera amplia y con todas las garantías, ante el Poder Judicial, mediante el proceso contencioso administrativo o, incluso, a través del propio recurso de amparo cuando se trate de la afectación de derechos fundamentales.

24. El derecho de defensa garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses. Se conculca, por tanto, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, o cuando, como ocurre en el presente caso, se establezcan condiciones para la presentación de los argumentos de defensa.

Evidentemente, no cualquier imposibilidad de ejercer tales medios legales para la defensa produce un estado de indefensión reprochable constitucionalmente. Esta sólo adquiere tal relevancia cuando la indefensión se genera en una indebida actuación del órgano que investiga o juzga al individuo o cuando, como ocurre en autos, se establecen condicionamientos al ejercicio mismo del derecho de defensa. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, criterio que este Colegiado comparte, esta se produce "(...)

únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos (...) con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (...)” (STC 15/2000), tras la realización de un acto u omisión imputable al órgano o ente al que se reputa la comisión del agravio.

25. El derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración. Sus elementos esenciales prevén la posibilidad de recurrir la decisión, ya sea al interior del propio procedimiento administrativo o a través de las vías judiciales pertinentes; la posibilidad de presentar pruebas de descargo; la obligación de parte del órgano administrativo de no imponer mayores obstrucciones para presentar los alegatos de descargo o contradicción y, desde luego, la garantía de que los alegatos expuestos o presentados sean debidamente valorados, atendidos o rebatidos al momento de decidir la situación del administrado.
26. En el presente caso, el Tribunal estima que también se pone en riesgo este derecho constitucional cuando la municipalidad emplazada solicita el pago de una tasa para ejercer el derecho de impugnar una sanción administrativa, como lo es la determinación de multa en contra del recurrente. En tal sentido resulta inconstitucional y, por tanto, inaplicable al recurrente la disposición contenida en la Ordenanza Municipal N.º084/MDS, que establece el pago de diez nuevos soles por concepto de recursos impugnativos, correspondiente a la Unidad Orgánica Oficina de Secretaría General, rubro 1.

§4. La imposición del pago de un derecho por recurrir un acto de la administración incentiva la arbitrariedad de los actos de poder

27. Al momento de presentar su “expresión de agravios” frente a la decisión del *a quo*, el recurrente ha arquido que “(...) de admitirse como legítima la facultad de la administración para cobrar un derecho administrativo por recepcionar recursos de impugnación contra las sanciones que impone, se estaría creando una nueva fuente de recursos financieros municipales sustentados en la arbitrariedad. En tal caso, ya no importaría si la multa finalmente será pagada, sino que el solo hecho de pretender impugnarla habrá de constituir un ingreso para la administración”.
28. Si bien debe presumirse que toda actuación de los poderes públicos tiene como marco de referencia la observancia del principio de buena fe y la defensa del interés general, también debe aceptarse que el razonamiento del recurrente resulta materialmente plausible. Aun no reconociendo esta posibilidad como real en el contexto del caso planteado, este Tribunal estima que la presencia de cuotas o derechos por concepto de impugnación de los propios actos de la administración, en el mejor de los casos, no incentiva la participación del

ciudadano en el control de los actos del poder público y genera una interferencia cuestionable para el desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho.

En consecuencia, también desde esta perspectiva, el establecimiento del pago de un derecho para impugnar una decisión de la administración es atentatorio del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público y, además, desde una perspectiva más general, estimula comportamientos contrarios al espíritu que debe inspirar una práctica administrativa democrática.

§5. El derecho de petición y su desarrollo constitucional

29. El recurrente también ha señalado en su escrito de demanda y en su recurso extraordinario que el pago de un derecho previo a la presentación de un escrito de impugnación de una resolución de la municipalidad emplazada afecta su derecho constitucional de petición, previsto en el artículo 2.º, inciso 20, de la Constitución.
30. El derecho de petición ha merecido atención de este Colegiado en más de una oportunidad. En la STC. 1042-2002-AA/TC, se ha establecido que este "(...) constituye (...) un instrumento o mecanismo que permite a los ciudadanos relacionarse con los poderes públicos y, como tal, deviene en un instituto característico y esencial del Estado democrático de derecho". (Fundamento jurídico 2.2.2).
31. Un mayor desarrollo del derecho de petición se encuentra en la 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, 27444, específicamente en los artículos 106.º a 112.º, que bien puede considerarse una ley de desarrollo del derecho constitucional de petición. Así, en el artículo 106.2, al referirse al ámbito de actuación de este derecho, se ha incluido el derecho "de contradecir actos administrativos". De este modo, el derecho de petición, como cláusula general, comprende:
 1. La facultad (derecho) de presentar escritos de solicitud ante la administración como peticiones individuales o colectivas. Estos escritos pueden contener: a) solicitudes concretas a favor del solicitante; b) solicitudes a favor de terceros o de un colectivo; c) reclamaciones, por ejemplo, por la deficiencia de los servicios públicos; d) solicitudes de información; e) consultas; o, f) solicitudes de gracia. Todas estas manifestaciones del derecho de petición tienen en común el hecho de que se desarrollan al margen de un procedimiento instaurado ya sea de oficio o a instancia del administrado, constituyéndose, si se quiere, como un derecho incondicional y espontáneo que surge de la simple dimensión ciudadana del sujeto que se vincula de este modo con el poder público a través de un documento escrito.

2. La facultad (derecho) de contradecir las decisiones de la administración. Esta es una dimensión que difiere de las manifestaciones anteriores, en tanto estamos ante el supuesto de un acto previo de parte de la administración, iniciado de oficio o a instancia de parte. El legislador nacional ha incluido esta dimensión del derecho de petición aun a contracorriente de la doctrina, que siempre ha diferenciado el derecho de *queja* o el derecho al *recurso* administrativo del derecho de *petición*^[5]. En consecuencia, en el derecho nacional, el derecho de contradicción como un derecho genérico ejercitable contra los actos de la administración, puede concretarse a través de los recursos administrativos cuando la legislación así lo establezca, o a través del propio proceso contencioso-administrativo ante el Poder Judicial.
 3. Tratándose del ejercicio de un derecho subjetivo, el derecho de petición impone, al propio tiempo, una serie de obligaciones a los poderes públicos. Esta obligación de la autoridad competente de dar al interesado una respuesta también por escrito, en el plazo legal y bajo responsabilidad, confiere al derecho de petición mayor solidez y eficacia, e implica, entre otros, los siguientes aspectos: a) admitir el escrito en el cual se expresa la petición, sin poner ninguna condición al trámite; b) exteriorizar el hecho de la recepción de la petición, extendiendo un cargo de ingreso del escrito; c) dar el curso correspondiente a la petición; d) resolver la petición, motivándola de modo congruente con lo petitionado, y e) comunicar al peticionante lo resuelto.
32. Sin duda, en el presente caso, el derecho constitucional de petición también se ha visto afectado en su dimensión de contradicción del acto administrativo. Ello porque se ha impuesto al recurrente una condición para el ejercicio de tal derecho, impidiéndosele la presentación de su escrito para oponerse al acto administrativo que consideraba contrario a sus derechos.

§6. El derecho de acceso a la jurisdicción y el establecimiento de costos en el agotamiento de la vía previa

33. Visto de cara a la posibilidad de impugnar la decisión de fondo de la municipalidad emplazada en un procedimiento contencioso o en un amparo, si acaso dicha decisión contuviera una decisión que afectara de manera inminente un derecho fundamental, el tema aquí planteado también puede enfocarse desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción. Es decir, se trata ahora de responder a la pregunta de si el establecimiento de una tasa o derecho, toda vez que estamos aún en un procedimiento ante la propia administración, ¿no supone acaso un obstáculo para la satisfacción del derecho de acudir ante la instancia judicial impugnando una decisión de la administración municipal?
34. En la STC. 2763-2002-AA/TC, este Tribunal declaró que el derecho de acceso a la jurisdicción formaba parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocida por el

inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. Si bien este aspecto no ha sido invocado por el recurrente, el Tribunal estima necesario hacer notar que, a la luz de la configuración del sistema jurídico con relación a la tutela judicial de los derechos, el establecimiento de un pago para dar por agotada la vía administrativa se convierte, en la práctica, en un obstáculo contrario al derecho constitucional de toda persona de acceder sin condicionamientos a la tutela judicial.

35. Debe recordarse, a modo de precedente jurisprudencial, que en la sentencia 3548-2003-AA/TC, con ocasión de declarar que el principio *solve et repete* era contrario al derecho de acceso a la jurisdicción, se estableció que el condicionamiento del pago previo para impugnar una decisión de la Administración Tributaria constituía una restricción desproporcionada que la hacía contraria a la Constitución. Hoy, con igual fuerza, debe afirmarse que también el pago, ya no de la multa como ocurría en el caso del “pague primero y reclame después”, sino de la tasa para enervar la multa, mediante el recurso impugnativo respectivo, constituye igualmente una interferencia económica del derecho de acceso a la jurisdicción que como derecho constitucionalmente reconocido no puede ser condicionado bajo ningún supuesto.

§7. Necesidad de establecer el presente caso como precedente

36. A raíz de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, se ha introducido en nuestro sistema jurídico el concepto de precedente constitucional vinculante. Ello comporta, de manera preliminar, que el Tribunal Constitucional tiene dos funciones básicas; por un lado resuelve conflictos, es decir, es un Tribunal de casos concretos; y, por otro, es un Tribunal de precedentes, es decir, establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros. La cuestión que debe esclarecerse, no obstante, es cuándo el Tribunal debe dictar un precedente.
37. En la clásica tradición del *Common Law* norteamericano, tres son los presupuestos básicos que tiene en cuenta la Suprema Corte para dictar un precedente con efectos vinculantes sobre toda la judicatura a la que por excelencia se dirige el mensaje del precedente jurisdiccional; a saber:
- A) En primer lugar, la Corte dicta un precedente con efectos vinculantes cuando evidencie que en los niveles inferiores de la judicatura se dan distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a un caso determinado.
 - B) La segunda razón que amerita el dictado de un precedente está referida a la necesidad de llenar un vacío legislativo o una laguna de las leyes. Se trata de hacer frente al caso construyendo una respuesta a partir de la interpretación constitucional.

C) Finalmente, la tercera razón es la necesidad de desarrollar la jurisprudencia sentando un nuevo precedente que anula uno anterior (la conocida práctica del *overruling*).

38. La incorporación de la técnica del precedente constitucional en nuestro derecho comparta la necesidad de fijar parámetros que respondan a nuestro contexto y a nuestra tradición jurídica. Si bien, *prima facie*, pueden asumirse las restricciones que ha desarrollado la Corte Americana para dictar un precedente, deben tenerse en cuenta, además, algunas particularidades de nuestros procesos constitucionales. Así, por ejemplo, ocurre que en los procesos constitucionales de la libertad (Hábeas Corpus, Hábeas Data, Amparo), con frecuencia se impugnan ante este Tribunal normas o actos de la administración o de los poderes públicos que no solo afectan a quienes plantean el proceso respectivo, sino que resultan contrarios a la Constitución y, por tanto, tienen efectos generales. Sin embargo, como es sabido, el Tribunal concluye, en un proceso constitucional de esta naturaleza, inaplicando dicha norma o censurando el acto violatorio derivado de ella, pero solamente respecto del recurrente, por lo que sus efectos violatorios continúan respecto de otros ciudadanos.

Se configura, entonces, una situación paradójica: el Tribunal Constitucional, cuya labor fundamental consiste en eliminar del ordenamiento jurídico determinadas normas contrarias a la Constitución, no dispone, sin embargo, de mecanismos procesales a su alcance para expurgar del ordenamiento dichas normas, pese a haber tenido ocasión de evaluar su anticonstitucionalidad y haber comprobado sus efectos violatorios de los derechos fundamentales en un proceso convencional de tutela de derechos como los señalados.

39. En el derecho comparado se advierten diferentes mecanismos que permiten que los propios tribunales puedan autoplantearse, de oficio, un proceso de inconstitucionalidad a efectos de pronunciarse con efectos generales sobre una ley que ha sido, en principio, impugnada a través de un proceso de tutela de un derecho fundamental como el amparo. Así, en el caso español, cuyo sistema de jurisdicción constitucional puede considerarse, *prima facie*, muy semejante al nuestro, se establece, en el artículo 52.5^[6] de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la llamada “autocuestion de constitucionalidad” que permite “convertir” un amparo en un proceso de inconstitucionalidad, permitiendo, de este modo, la emisión de una sentencia con efectos generales que podría eventualmente declarar inválida una ley por contravenir la Constitución.

40. Si bien en nuestro sistema de jurisdicción constitucional no existe una previsión legal de tal envergadura, sin perjuicio de que este Colegiado pueda en el futuro analizar su incorporación a través de la jurisprudencia, la reciente previsión del precedente constitucional a que se refiere el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional constituye una herramienta que podría ayudar a suplir estas deficiencias legales, permitiendo optimizar la

defensa de los derechos fundamentales, labor que corresponde por excelencia a este Colegiado.

Por tanto, un supuesto adicional a los señalados por la Corte Suprema Americana, para el establecimiento de un precedente, puede configurarse, en el caso nuestro, a partir de la necesidad de que el Tribunal, luego de comprobar que una norma que ha sido cuestionada mediante un proceso que no es el de control abstracto, constate, además, que los efectos dañosos o violatorios de los derechos fundamentales denunciados afectan de modo general a un amplio grupo de personas; o que el acto impugnado y declarado contrario a la Constitución por el Tribunal constituye una práctica generalizada de la administración o de los poderes públicos en general. De este modo, la regla que el Tribunal extraiga a partir del caso deberá permitir anular los actos o las normas a partir del establecimiento de un precedente vinculante, no solo para los jueces, sino para todos los poderes públicos. El precedente es, de esta forma, una herramienta no solo para dotar de mayor predecibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de la sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales.

41. En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes:
- a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.
 - b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
 - d) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.
 - e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

§7.1. La distinción entre jurisprudencia y precedente

42. La incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional, genera por otro lado, la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este Tribunal. Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.º 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.
43. Por otro lado, con objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del título preliminar, al establecer que “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 (...)”. De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto.

§7.2. Condiciones del uso del precedente

44. De esto se desprende que el precedente es una técnica para la ordenación de la jurisprudencia permitiendo al mismo tiempo que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia deberá ir delimitando paulatinamente. De modo preliminar puede establecerse, sin embargo, que una primera restricción está referida a la relación entre caso y precedente. Como ocurre en los países del *Common Law* “(...) el valor de precedente de una decisión está determinado por aquello que un juez decide efectivamente en la sentencia. Mas aquello que es efectivamente decidido, está determinado con relación al caso (*fattispecie*) concreto de la controversia sometida a juicio”¹⁷¹.
45. En este sentido, este Colegiado considera que esta regla también es válida para nuestro sistema, aun cuando también es verdad que la configuración del caso en nuestro sistema jurídico no siempre se relacione con hechos concretos sino con la evaluación en abstracto de normas, como ocurre en el caso del control de constitucionalidad de la Ley, por ejemplo. Ello,

no obstante, no hace que el precedente normativo que este Colegiado externalice, no tenga una directa relación con la cuestión central que deba decidirse porque así ha sido sometido al Tribunal Constitucional. Esto es así, porque, también tratándose del precedente normativo, la legitimidad con que actúa este Colegiado para incursionar en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico está sustentada en la necesidad de dar respuesta a las demandas que han sido planteadas por los entes legitimados para hacerlo. En otras palabras el Tribunal, también cuando dicta “normas” a través de sus sentencias no actúa de oficio, sino atendiendo al llamado de los protagonistas de los procesos constitucionales.

En tal sentido, como ya lo adelantáramos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, la emisión de un precedente normativo vinculante se sustenta en la *“Existencia de relación entre caso y precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo”*.

46. En segundo lugar, como lo ha señalado la tradición del *Common Law*, el precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos. En tercer lugar, aunque parezca obvio, la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos. El precedente, en estos supuestos, solo aparecerá como resultado de la evolución favorable de la doctrina jurisprudencial del Tribunal en determinado sentido. Esto último supone que el Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Esto implica, por otro lado, una práctica prudente que permite al Tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta, lo cual le permitirá una verdadera potestad normativa, como ya se ha dicho.

§8. La necesaria distinción entre precedente judicial y precedente constitucional

47. Para que una decisión de este Colegiado, planteada en forma de precedente vinculante pueda convertirse en una herramienta útil en la expansión de los efectos de una sentencia que, en principio, debiera tener solo efectos *inter partes*, resulta necesario establecer la distinción entre los efectos del precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional, y lo que son los efectos del precedente judicial en los sistemas del *Common Law*.

48. Es conocido que el precedente judicial en el sistema del *Common Law* se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema (para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. Ósea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. Cualquiera que invoque un precedente, para que éste logre sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo en un caso concreto.
49. El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales. La forma como se ha consolidado la tradición de los tribunales constitucionales en el sistema del derecho continental ha establecido, desde muy temprano, el efecto sobre todos los poderes públicos de las sentencias del Tribunal Constitucional^[8]. Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, *prima facie*, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional.

§9. El precedente extraíble en el presente caso

50. Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:

A) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados.

Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por

el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

B) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando se impugnen determinados actos de la administración pública que resulten, a juicio del Tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por ser una práctica generalizada de la administración pública, a un grupo amplio de personas.

Regla sustancial: Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia, ordena a que la Municipalidad Distrital de Surquillo admita a trámite el medio de impugnación interpuesto por el recurrente contra el acto administrativo que determinó una sanción de multa, sin exigirle previamente el pago de una tasa por concepto de impugnación.
2. Establecer como **PRECEDENTE VINCULANTE**, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 41 y 50, *supra*, de esta sentencia.
3. Remitir copia de la presente sentencia a la Presidencia del Consejo de Ministros a efectos de que se adoptan las medidas necesarias para su fiel cumplimiento en el ámbito de toda la administración del Estado, conforme a las competencias que le confiere el artículo 119.º de la Constitución.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

VERGARA GOTELLI

LANDA ARROYO

^[11] FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. «Los derechos fundamentales y el control constitucional». En *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVII, diciembre, 2004. pp. 113-137. [Versión on line, www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502004000200005&lng=es&nrm=iso]. Citado el 03 de julio de 2006.

^[12] Véase las sentencias emitidas en el Expediente N.º 2050-2002-AA/TC y, más recientemente, en el Expediente N.º 2192-2004-AA/TC.

^[13] Véase en este sentido la Sentencia emitida en el Expediente N.º 2209-2002-AA/TC, de manera más precisa el fundamento 19, donde ha quedado establecido que “(...) no siempre y en todos los casos, es posible extrapolar acriticamentelas garantías del debido proceso judicial al derecho al debido procedimiento administrativo. Así, por ejemplo, si en sede judicial uno de los contenidos del derecho en referencia lo constituye el de la necesidad de respetarse el juez natural o pluralidad de instancias, en el caso del procedimiento administrativo, en principio, que el acto haya sido expedido por un órgano incompetente genera un vicio de incompetencia, pero no la violación del derecho constitucional. Y, en el caso de que no se pueda acudir a una instancia administrativa superior por haber sido expedido el acto por la última instancia en esa sede, ello, desde luego, no supone, en modo alguno, que se haya lesionado el derecho a la pluralidad de instancias”.

^[14] Véanse, al respecto, las sentencias emitidas en los Expedientes N.ºs 0872-1999-AA/TC y 0941-2001-AA/TC.

^[15] García de Enterría y Fernández enfatizan que: “La nota característica de los recursos es, por lo tanto, su finalidad impugnatoria de actos o disposiciones preexistentes que se estiman contrarias a Derecho, lo cual les distingue de la *speticiones*, cuyo objetivo es forzar la producción de un acto nuevo, y de las *quejas* (...) que no persiguen la revocación de acto administrativo alguno, sino solamente que se corrijan en el curso mismo del procedimiento en que se producen los defectos de tramitación a que se refieren”. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, pág. 510. Civitas, Madrid, 2001.

^[16] “(...) en el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes (...)”.

^[17] Kauper, Paul G. “La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli stati uniti”, en Giuseppino Treves, *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 1971, p.221

^[18] Véase, por ejemplo, en lo que respecta al Tribunal Federal Alemán, el parágrafo 31.1, BverfGG: “Las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan a los órganos constitucionales de la federación y de los Estados, a todos los tribunales y a todas las autoridades administrativas”. Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, “Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional alemán”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, Vol I, N.º 1, CEC, Madrid, 1981, pág. 235 ss.

ANEXO JURISPRUDENCIAL III

EXP. N.º 00001-2010-CC/TC

LIMA

PODER EJECUTIVO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de agosto de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Beaumont Callirgos, Vicepresidente; Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Demanda de conflicto competencial interpuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Presidente de la República y con la aprobación del Consejo de Ministros, contra el Poder Judicial.

II. ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 30 de marzo de 2010 el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), en representación del Presidente de la República y con la aprobación del Consejo de Ministros, interpone demanda de conflicto competencial contra el Poder Judicial, con el objeto de que se determine que la regulación relativa a los requisitos para la importación de vehículos y autopartes usados es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, y que, como consecuencia de ello, se declare la invalidez de las siguientes resoluciones judiciales: a) Resolución N.º 11, de fecha 12 de enero de 2010, emitida por la Sala Civil de Tacna, recaída en el Exp. N.º 00961-2009-44-2301-JR-CI-01, seguida por Kanagawa Corporation contra la SUNAT y otros; b) Resolución N.º 11, de fecha 8 de junio de 2007, emitida por el Juzgado Mixto de Huaycán, recaída en el Exp. N.º 2006-0109-68-1807-JM-CI-01, seguida por Importaciones y Servicios Barrera S. A. contra el MTC y otros; c) Resolución S/N, de fecha 03 de junio de 2009, emitida por el Juzgado Mixto de Huaycán, recaída en el Exp. N.º 2006-0170-53-1807-JM-CI-01, seguida por Transporte Vicente Eusebio Andrea SAC contra el MTC y otros; y, d) Resolución N.º 9, de fecha 18 de enero de 2010, emitida por el Segundo Juzgado Civil del Callao, recaída en el Exp. N.º 2009-02282-1-0701-JR-CI-02, seguida por Autopartes Diesel Álvarez EIRL contra la SUNAT y otro.

Afirma el demandante que una debida interpretación del artículo 18º, incisos 1), 3), 8) y 9), de la Constitución, y del artículo 4º 1 de la Ley N.º 29158 —Ley Orgánica del Poder Ejecutivo—, es aquella que establece que el diseño y la supervisión de las políticas nacionales y sectoriales es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, la que permite concluir que la regulación relativa al ingreso de vehículos usados al país es una competencia exclusiva del Ejecutivo, y que ha sido menoscabada por el Poder Judicial al emitir las referidas resoluciones judiciales, a través de las cuales ha inaplicado normas jurídicas imperativas que regulan la importación de vehículos y autopartes usados, supliendo así los actos administrativos y de gobierno emitidos por el Poder Ejecutivo.

Señala el recurrente que las normas inaplicadas constituyen una herramienta de su política sectorial destinada a velar por la salud pública, priorizar el cuidado del medio ambiente, garantizar la seguridad de los usuarios, mejorar la calidad de los vehículos usados importados y lograr el cambio de la matriz energética que contribuya al ahorro de combustible, permitiendo el ingreso de vehículos automotores con un menor desgaste y, por ende, en mejores condiciones de mantenimiento.

Refiere que si el Poder Ejecutivo goza de las competencias para cumplir y hacer cumplir la Constitución, los tratados y las leyes, de dirigir la política general de gobierno, y de hacer cumplir las resoluciones jurisdiccionales, resulta que dichas competencias se han visto afectadas por la forma en que el Poder Judicial viene ejerciendo su competencia constitucional de administrar justicia. Sostiene que pese a no existir disputa sobre la titularidad de las competencias en mención, en los hechos se viene emitiendo una serie de resoluciones jurisdiccionales que enervan la exclusividad competencial que el bloque de constitucionalidad confiere al Poder Ejecutivo en materia de regulación de los requisitos para el ingreso de vehículos usados al país.

En tal sentido, manifiesta que dentro de la esfera de sus competencias, el Poder Judicial ha impedido al Poder Ejecutivo desarrollar la actividad reguladora que le compete, por lo que se ha configurado un conflicto competencial por menoscabo en sentido estricto.

Contestación de la demanda

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente. Sostiene que la emisión de resoluciones jurisdiccionales estimatorias no implica que el Poder Judicial esté afectando atribuciones del Poder Ejecutivo, pues los jueces emiten sus sentencias en el marco de sus funciones jurisdiccionales y bajo los principios de independencia y autonomía, a lo que se suma la atribución de ejercer el control difuso de constitucionalidad de las normas. Afirma que, en todo caso, si alguna de las partes se encuentra disconforme con el contenido de dichas resoluciones, cabe la interposición de los recursos impugnatorios que la ley franquea, o, en su caso, la presentación contra ellas de las demandas de amparo respectivas.

Aduce que ambos poderes del Estado, tanto el Ejecutivo como el Judicial, han actuado en el marco de sus atribuciones constitucionales, por lo que no se evidencia forma alguna de menoscabo en el ejercicio de dichas atribuciones.

Manifiesta que en el presente caso no se evidencia que los jueces hayan inobservado precedentes vinculantes expedidos por el Tribunal Constitucional, por lo que la pretensión del demandante se reduce a la búsqueda de dejar sin efecto resoluciones que han alcanzado la calidad de cosa juzgada, protegida por el artículo 139º 2 de la Constitución.

III. MATERIA CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTE

En el caso estriba en determinar si el Poder Judicial, al expedir resoluciones judiciales que inaplican normas legales por considerar que violan derechos fundamentales, afecta las atribuciones del Poder Ejecutivo en materia de regulación de los requisitos para la importación de vehículos y autopartes usados.

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. El demandante ha interpuesto demanda de conflicto competencial contra el Poder Judicial con el objeto de que se determine que la regulación relativa a los requisitos para la importación de vehículos y autopartes usados es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, y que, como consecuencia de ello, se declare la invalidez de determinadas resoluciones judiciales que,

inaplicando normas emitidas por el Ejecutivo, han permitido la importación de vehículos y autopartes que no cumplen con las condiciones legalmente previstas.

§2. Tipos de conflicto competencial

2. Conforme establece el artículo 110º del Código Procesal Constitucional (CPCo.), el conflicto competencial “se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales [legitimados para participar en el proceso] adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro”.

El conflicto competencial, típicamente, se genera cuando más de un órgano constitucional reclama para sí la titularidad de una misma competencia o atribución (conflicto positivo), o cuando, en contraposición a ello, más de un órgano constitucional se considera incompetente para llevar a cabo un concreto acto estatal (conflicto negativo). Pero no son estos los únicos supuestos que pueden desencadenar un conflicto competencial susceptible de ser dirimido por este Tribunal, pues también cabe que se susciten los denominados *conflictos por omisión de cumplimiento de acto obligatorio*.

En palabras de este Colegiado, “si bien es cierto que los ‘típicos’ conflictos positivo y negativo de competencia pueden dar lugar al proceso competencial, también lo es que cuando el artículo 110º del CPCConst. establece que en éste pueden ventilarse los conflictos que se suscitan cuando un órgano rehuye deliberadamente actuaciones ‘afectando’ las competencias o atribuciones de otros órganos constitucionales, incorpora también en su supuesto normativo a los *conflictos por omisión [de] cumplimiento de acto obligatorio*, pues no cabe duda de que cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional, las ‘afecta’. No se trata pues de la disputa por titularizar o no una misma competencia, sino de aquella que se suscita cuando, sin reclamarla para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias constitucionales de otro” [Cfr. STC 0005-2005-CC, fundamento 23].

3. Asimismo, este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia el denominado *conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales*, el cual ha clasificado en: a) conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto, que se produce cuando, sin existir un conflicto en relación con la titularidad de una competencia o atribución, un órgano constitucional ejerce su competencia de un modo tal que afecta el adecuado ejercicio de las competencias reservadas a otro órgano constitucional; b) conflicto constitucional por menoscabo de interferencia, que se produce cuando los órganos constitucionales tienen

entrelazadas sus competencias en un nivel tal que uno o ninguno de ellos puede ejercer debidamente sus competencias sin la cooperación del otro; y, c) conflicto constitucional por menoscabo de omisión, producido cuando un órgano constitucional, al omitir el ejercicio de una competencia, afecta la posibilidad de que otro ejerza debidamente las suyas [Cfr. STC 0006-2006-CC, fundamentos 19 a 23].

4. Ahora bien, vistas con detenimiento las cosas, cabe precisar que los denominados *conflictos por omisión de cumplimiento de acto obligatorio* y *conflicto constitucional por menoscabo de omisión* representan dos supuestos de conflicto sustancialmente idénticos, por lo que no existe mérito constitucional para diferenciarlos. Así, por ejemplo, cuando la Superintendencia de Banca y Seguros desconoció su deber de solicitar previamente opinión al Banco Central de Reserva para la autorización o denegación de la transformación de una sucursal de empresa financiera extranjera en una empresa constituida en territorio peruano, omitió un acto de cumplimiento obligatorio —es decir, omitió ejercer una competencia reglada— afectando la posibilidad de que otro órgano constitucional —a saber, el Banco Central de Reserva— ejerciera debidamente sus competencias [Cfr. STC 0005-2005-CC].

En estricto pues, no siendo el *conflicto por omisión de cumplimiento de acto obligatorio* nada distinto al *conflicto constitucional por menoscabo de omisión*, y tomando en cuenta que todo conflicto por menoscabo de atribuciones constitucionales implica la adopción de una conducta (acto u omisión) por parte de un órgano constitucional que “afecta” el ejercicio adecuado de las competencias de otro, puede sostenerse que este último tipo de conflicto (el conflicto por menoscabo de atribuciones constitucionales) —así como los conflictos positivos y negativos— también se encuentra previsto en el artículo 110º del CPCo., en tanto que, como quedó expuesto, el precepto reza que el conflicto competencial se produce “cuando alguno de los poderes o entidades estatales [legitimados para participar en el proceso] adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, *afectando* competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro” (subrayado agregado).

§3. Vicio competencial de los actos estatales y delimitación del objeto de control en los procesos competenciales

5. El proceso competencial no es un proceso abstracto. Su objeto no es determinar la titularidad de una competencia o atribución con prescindencia de la existencia de una conducta (un acto o una omisión) que en concreto sea el elemento desencadenante del conflicto interórganos. Por ello, el artículo 113º del CPCo., establece que la sentencia emitida en el proceso competencial “[d]etermina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos. Cuando se hubiera promovido conflicto negativo

de competencias o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas”.

6. Para que resulte procedente el control constitucional de un acto de un órgano constitucional en el marco de un proceso por conflicto de competencias o atribuciones, el vicio que en él anida debe ser de carácter competencial, es decir, debe conllevar la afectación de las competencias o atribuciones constitucionales de otro órgano constitucional, sea porque es representativo de una subrogación inconstitucional en el ejercicio de dichas competencias, sea porque llanamente impide o dificulta irrazonablemente su ejecución.
7. Si la afectación de una competencia es la característica *sine qua non* del vicio competencial que puede aquejar a un acto de poder, entender cabalmente cuándo se produce dicha afectación requiere introducirse en el concepto de competencia.

Con relación a ello, el Tribunal Constitucional tiene expuesto que “[l]a competencia hace referencia a un poder conferido por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad para generar un acto estatal” [Cfr. RTC 0013-2003-CC, considerando 10.5.]. Dicho poder se manifiesta en el ejercicio de alguna función estatal, sea ésta normar, llevar a cabo o ejecutar un acto administrativo, dirimir conflictos o incertidumbres jurídicas, o controlar. En tal sentido, el vicio competencial susceptible de ser conocido en un proceso competencial se presenta cuando un órgano constitucional se subroga inconstitucionalmente o afecta a otro en el ejercicio de alguna de estas funciones.

8. Ahora bien, afectar el ejercicio de dichas funciones es algo distinto a controlar su validez sustantiva. Lo primero incide en el ejercicio de la competencia, lo segundo incide en el contenido sustantivo del acto a través del cual se manifiesta. Una mirada detenida en los tipos de invalidez en los que pueden incurrir los actos estatales en el marco de un Estado Constitucional, permitirá clarificar este punto.
9. En el ámbito de un Estado Constitucional, para que un acto sea válido, debe cumplir, esencialmente, con tres condiciones formales y con una condición sustantiva. Las condiciones formales son: a) haber sido emitido por el órgano competente (condición de competencia formal); b) haberse circunscrito al ámbito material predeterminado por el sistema jurídico (condición de competencial material); y, c) haberse observado el procedimiento preestablecido para su dictado (condición de procedimiento). La condición sustantiva es que el contenido del acto (lo que ordena, prohíbe o permite), resulte conforme con los derechos, valores y principios sustantivos reconocidos en la Constitución. De ello resulta que un acto puede ser válido desde un punto de vista formal e inválido desde un punto de vista sustantivo, o a la inversa.

Es evidente que las condiciones de competencia formal y las condiciones de competencia material de validez de los actos son, en cierto modo, “dos caras de la misma moneda”: si un acto incurre en un vicio de competencia formal, es porque no debió ser dictado por un concreto órgano, y ello determina que este órgano haya incurrido en un vicio de competencia material al haberse ocupado de una materia reservada a otro.

10. Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto y lo previsto en el artículo 110º del CPCo, puede concluirse que, tratándose de actos de los órganos constitucionales, el proceso competencial tiene como condición necesaria de procedencia la existencia de un vicio competencial en dichos actos, es decir, vinculado con las condiciones de competencia formal y material para su validez constitucional, al tiempo que puede controlarse que no se afecte la ejecución de actos por parte de otros órganos constitucionales en el marco de sus competencias constitucionales formales y materiales.

Ello, desde luego, no impide que adicionalmente pueda emitirse algún juicio contingente relacionado con la validez formal procedimental o con la validez sustancial del acto controlado. Empero, es su vicio competencial de validez, entendido en los términos antes expuestos, el requisito determinante para la procedencia del proceso competencial.

11. Ciertamente es que, en última instancia, desde un punto de vista teórico, todo problema de validez jurídica puede ser reconducido a criterios formales, dejando de lado los criterios sustantivos. Así, por ejemplo, podría afirmarse que una ley ordinaria dictada por el Congreso que viola un derecho fundamental, en definitiva instancia, incurre en un vicio de competencia y no sustantivo, pues no se hablaría de violación, sino de mera modificación o derogación en caso de que la norma hubiese sido dictada por el poder de reforma constitucional conforme al procedimiento preestablecido.

No obstante, esta visión es ajena a la perspectiva de un Estado Constitucional, que cuenta entre sus rasgos esenciales no solo con el reconocimiento al más alto nivel normativo de unos derechos fundamentales cuyo contenido determina la validez sustantiva de toda norma o acto, sino además con el reconocimiento —tal como sucede en el sistema peruano— de que el contenido esencial de dichos derechos fundamentales actúa como límite sustantivo de validez de los actos del propio poder de reforma constitucional [Cfr. STC 0050-2004-PI / 0051-2004-PI / 0007-2005-PI / 0009-2005-PI, fundamentos 36 a 39].

12. Pero ello es una cosa, y otra, muy distinta, concluir que la violación del contenido sustantivo de la Constitución (los derechos, valores o principios reconocidos por ella), por parte de un acto estatal que cumple con las condiciones de competencia formal y material para su validez constitucional, pueda ser controlada a través de un proceso competencial.

Ello supondría desnaturalizar la naturaleza y finalidad del proceso, previa desvirtuación del tipo de vicio que puede dar mérito a su conocimiento, a saber, el vicio competencial.

Desde luego, con lo dicho no pretende sostenerse que los vicios de validez sustantiva en los que puedan incurrir los actos de poder no puedan ser controlados por la jurisdicción constitucional. Tan solo se sostiene que dicho control, dada la naturaleza y finalidad del proceso competencial, no puede manifestarse en su seno (cuando menos no como núcleo del análisis), debiendo ventilarse en el marco de los procesos constitucionales de control de actos (amparo, hábeas corpus y hábeas data).

§4. Apartamiento del criterio establecido en la STC 0006-2006-CC

13. Fue una visión excesivamente amplia del tipo de vicio de validez que puede ser conocido en un proceso competencial, la que llevó a este Tribunal, a través de la STC 0006-2006-CC, a conocer el fondo de la demanda de conflicto de atribuciones planteada por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo —en representación del Presidente de la República— contra el Poder Judicial. En ese caso, el Tribunal Constitucional estimó la demanda competencial al considerar que el Poder Judicial, al expedir una serie de sentencias estimatorias en procesos de amparo y de cumplimiento, había menoscabado las atribuciones del Poder Ejecutivo al ejercer el control constitucional de normas emitidas por este Poder del Estado. Las sentencias expedidas por el Poder Judicial habían inaplicado normas del Ejecutivo, interpretando determinadas normas sustantivas de la Constitución en contraposición a la interpretación que de tales normas había realizado el Tribunal Constitucional, esto es, apartándose del mandato previsto en los artículos VI y VII del Título Preliminar del CPCo.
14. Como se aprecia, fue la existencia de un vicio de validez sustantivo y no competencial —en los términos antes expuestos— el que llevó a este Colegiado a estimar dicha demanda. No obstante, conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia, el Tribunal Constitucional establece que en ningún caso la alegación de la existencia de un vicio de validez constitucional sustantivo en el acto de un órgano constitucional puede dar lugar a la procedencia de una demanda de conflicto competencial. Por ello, en lo que a esta cuestión respecta, este Colegiado se aparta del criterio sostenido en la STC 0006-2006-CC.

§5. Análisis del caso concreto

15. El demandante se ha fundamentado en los criterios sostenidos en la STC 0006-2006-CC para presentar la demanda de autos. En efecto, solicita a este Tribunal que declare la

inconstitucionalidad de determinadas resoluciones judiciales emitidas por el Poder Judicial, en razón de que a través de ellas se ha controlado la constitucionalidad de una serie de normas expedidas por el Ejecutivo que establecían las condiciones para la importación de autos usados o se ha exigido la ejecución de previas resoluciones judiciales que habían efectuado dicho control. Considera el demandante que con dicha conducta el Poder Judicial ha menoscabado las competencias del Poder Ejecutivo en materia de regulación de las condiciones para la importación de vehículos y autopartes usados.

16. De esta manera, el vicio de validez que se acusa en dichas resoluciones jurisdiccionales es de carácter sustantivo y no competencial, pues no solo resulta que el Poder Judicial es competente formal y materialmente para expedir resoluciones judiciales y para controlar a través de ellas la constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo, sino que al hacerlo no ha desconocido o afectado la competencia formal y material del Poder Ejecutivo para regular las condiciones para la importación de vehículos y autopartes usados. El Poder Judicial se ha limitado a controlar el contenido sustantivo de dicha regulación y a analizar si los decretos expedidos cumplían con las condiciones endógenas y exógenas exigidas por la Constitución para su dictado.

Asunto distinto es analizar si dicho control sustantivo se ha realizado o no conforme a la Norma Fundamental y a las interpretaciones que de ella realiza este Colegiado a través de su jurisprudencia. Pero el control constitucional respectivo contra dichas resoluciones judiciales debe ejercerse a través de los medios impugnatorios respectivos, o, en su caso, a través de la presentación de una demanda de amparo, en los términos desarrollados por el este Tribunal en la STC 04853-2004-PA/TC, fundamentos 6 a 21.

17. Cabe precisar que lo expuesto no implica que en el marco de un proceso competencial sea inviable la posibilidad de controlar la validez constitucional de una resolución judicial expedida por el Poder Judicial por menoscabar las competencias de otro órgano constitucional. No obstante, para que ello sea posible, dicha resolución debe de adolecer de un vicio competencial, es decir, debe haber afectado la competencia de otro órgano constitucional y no haberse limitado a controlar la validez sustantiva o procedimental del acto a través del cual se ha manifestado. Así, por ejemplo, si a través de una resolución judicial se desconociese la atribución del Poder Ejecutivo para reglamentar las leyes (artículo 118º 8 de la Constitución), se estaría menoscabando dicha atribución, sin perjuicio de que quepa controlar jurisdiccionalmente la validez sustantiva y procedimental del acto de reglamentación, pues ésta es, justamente, una competencia constitucional del Poder Judicial.
18. Ahora bien, es verdad que considerando que el demandante se ha sustentado en los criterios de la STC 0006-2006-CC, este Tribunal podría considerar la aplicación de un cambio de criterio prospectivo (*prospective overruling*) que no afecte la procedencia de la demanda de

autos. Es decir, podría optar por aplicar por última ocasión los criterios expuestos en aquella sentencia e ingresar al fondo del asunto, anunciando la aplicación futura de los criterios de procedencia desarrollados en esta sentencia. Por lo demás, ello permitiría proteger el derecho fundamental de acceso a la justicia del demandante y controlar constitucionalmente una serie de resoluciones judiciales que han violado el derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, al permitir inconstitucionalmente la importación e ingreso al parque automotor de autos y autopartes usados que no cumplen con las condiciones constitucionalmente exigidas por la normativa dictada por el Poder Ejecutivo.

No obstante, existe una razón determinante que impulsa a este Tribunal a aplicar inmediatamente el nuevo criterio declarando la improcedencia de la demanda. Dicha razón consiste en que a través de la STC 5961-2009-PA/TC, este Colegiado ya se ha ocupado de esta problemática constitucional, en especial a través del precedente vinculante establecido en el tercer punto resolutivo. En efecto, a través de dicha sentencia, y en el marco de las condiciones en ella expuestas, se ha establecido que en forma excepcional el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tiene habilitado el plazo previsto en el segundo párrafo del artículo 44º del CPCo. para interponer la respectiva demanda de amparo contra la resolución judicial firme que haya inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008.

En definitiva, el cambio de criterio establecido en esta sentencia en modo alguno puede ser interpretado como una renuncia por parte de este Tribunal a su deber de valorar, pacificar y ordenar la problemática constitucional suscitada como consecuencia de la expedición de un número importante de resoluciones judiciales que han autorizado inconstitucionalmente la importación de autos y autopartes usados. Por el contrario, razón determinante para la aplicación inmediata del nuevo criterio adoptado en relación con la procedencia de las demandas de conflicto competencial, reside en el hecho de que el problema de fondo planteado ya ha sido abordado por el Tribunal Constitucional a través de la STC 05961-2009-PA/TC, la cual, como antes se ha dicho, tiene la calidad de precedente constitucional vinculante, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPCo.

§5.1. Consecuencias del desacato del precedente de la STC 05961-2009-PA/TC

19. Si bien en los fundamentos que anteceden se ha precisado que el presente caso no será resuelto conforme a los criterios de la STC 0006-2006-CC, ello no es óbice para que este Tribunal precise las consecuencias jurídicas que generan la inobservancia, contravención o desacato de las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC.

20. Para determinar tales consecuencias jurídicas, es importante tener presente que en el considerando 8 de la RTC 05961-2009-PA/TC, este Tribunal subrayó que “las reglas establecidas como precedente vinculante [sobre la importación de vehículos automotores y partes usadas] deb[ía]n ser acatadas y respetadas no sólo por los jueces, sino también por todos los poderes públicos”, es decir, que estos se encontraban impedidos de actuar en contra de las reglas establecidas como precedente vinculante.

21. Complementando ello, en la misma resolución este Tribunal precisó que dicha vinculación obligatoria e inexcusable se producía desde que el precedente vinculante de la STC 05961-2009-PA/TC había sido publicado en la página web, esto es, desde el 18 de junio de 2010.

Ello fue precisado en atención a que el precedente constitucional, por su fuerza vinculante, tiene efectos similares a una ley, esto es, que las reglas establecidas en él son de obligatorio e ineludible cumplimiento por todas las personas y entidades de la Administración Pública, sin importar si han sido parte o terceros en el proceso en que se emitió.

22. Por consiguiente, a partir del 18 de junio de 2010 ningún juez podía emitir alguna resolución judicial que resolviera inaplicar el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008.

Ello porque en las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC se determinó que, por la forma y por el fondo, el contenido normativo de los decretos mencionados era conforme con la Constitución, por lo que debía ser acatado, respetado y cumplido por todas las personas y entidades de la Administración Pública.

23. A pesar de que la constitucionalidad de los decretos mencionados fue confirmada y reafirmada por las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, es de público conocimiento que, después de la publicación y difusión del precedente vinculante, algunos jueces han seguido emitiendo medidas cautelares en claro desacato y contravención a las reglas establecidas en él.

Dicha conclusión resulta inequívoca, debido a que en el tercer punto resolutivo de la STC 05961-2009-PA/TC este Tribunal estableció como precedente vinculante que “todos los jueces del Poder Judicial que conozcan de cualquier clase de proceso en el que se cuestione la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, por imperio del tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del

Tribunal Constitucional, tienen el deber de confirmar la constitucionalidad de su contenido normativo”.

24. Por estas razones, esta actuación judicial de desacato por sí misma resulta inconstitucional, ya que después del 18 de junio de 2010 se han emitido sendas resoluciones judiciales que en forma manifiesta contravienen o inobservan las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, que deben ser respetadas, cumplidas y defendidas por todas las personas y entidades de la Administración Pública, especialmente por los jueces del Poder Judicial, ya que son ellos, en todos los procesos que conocen, los primeros que asumen el papel de garantes de la defensa del orden constitucional.
25. Consecuentemente este Tribunal considera que toda resolución judicial, sea una medida cautelar o una sentencia de primer o segundo grado, que inaplique el contenido normativo del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 o que contravenga, inobserve o se aparte de las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, es nula de pleno derecho por ser inconstitucional.
26. Por ello, debe establecerse que las entidades de la Administración Pública se encuentran impedidas de acatar cualquier resolución judicial emitida que inaplique el contenido normativo del Decreto Legislativo N.º 843, de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 o que contravenga o inobserve las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC. Ello porque dichas resoluciones judiciales son nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales.
27. Si se comprueba que las resoluciones judiciales emitidas son contrarias a las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, este Tribunal considera que los jueces que las emitieron deben ser procesados y sancionados por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura, así como denunciados por el Ministerio Público, a fin de que sean procesados penalmente, pues ningún juez puede fallar en contra del texto expreso y claro de las reglas establecidas como precedente vinculante.

Cabe recordar que en estos casos el Ministerio Público ha considerado que el comportamiento de los jueces que fallan en contra o apartándose del precedente vinculante se encuadra dentro del tipo penal de prevaricato. Esta posición, fue destacada por la Fiscal de la Nación en la Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 041-2010-MP-FN, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de enero de 2010. En dicha resolución, la Fiscal de la

Nación precisó que los jueces que emitan resoluciones judiciales contrarias al precedente vinculante cometen el delito de prevaricato porque fallan en contra del texto expreso y claro del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

28. De otra parte, este Tribunal considera importante destacar que todas las medidas cautelares que disponen la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 y que permiten la libre importación de vehículos automotores y partes usados, han sido dictadas en contravención del límite de irreversibilidad de las mismas previsto en el artículo 15º del CPCo, por cuanto los vehículos automotores y partes usados que ingresan al país y son entregados a los demandantes automáticamente ingresan al mercado para ser transferidos a terceros, tornando en imposible que nuevamente dichos bienes regresen a las Aduanas en caso de que la demanda sea desestimada en forma definitiva.

En estos casos, resulta de aplicación el artículo 16º del CPCo, cuyo texto prescribe que el “sujeto afectado por la medida cautelar puede promover la declaración de responsabilidad”, y que de verificarse la misma, en “modo adicional a la condena de costas y costos, se procederá a la liquidación y ejecución de los daños y, si el juzgador lo considera necesario, a la imposición de una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal”.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte, la demanda; en consecuencia, establecer conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como **PRECEDENTE VINCULANTE** las reglas siguientes:
 - a. Las resoluciones judiciales que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, son nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales.
 - b. Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales, disponiendo la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-

2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC05961-2009-PA/TC, deben ser procesados y sancionados por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura.

- c. Las entidades de la Administración Pública se encuentran impedidas de acatar cualquier resolución judicial emitida a partir del 18 de junio de 2010 que inaplique el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 o que contravenga o inobserve las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC.
- d. Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser denunciados penalmente por el Ministerio Público por el delito de prevaricato.
- e. Las medidas cautelares que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, además de ser nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales, generan que se promueva la declaración de responsabilidad civil tanto de jueces, abogados y demandantes.

2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en los demás extremos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ

BEAUMONT CALLIRGOS

VERGARA GOTELLI

ETO CRUZ

ÁLVAREZ MIRANDA

ANEXOS

Lima, martes 4 de abril de 2006

NORMAS LEGALES **El Peruano** Pág. 316119

servicios o representación con rango diplomático en Misiones Diplomáticas, Representaciones Permanentes ante Organismos Internacionales u Oficinas Consulares.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Única.- Lo dispuesto en el artículo 1º del presente Decreto Supremo será de aplicación a las solicitudes de transferencia que se encuentran pendientes de trámite ante la Dirección General de Desarrollo de Recursos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los tres días del mes de abril del año dos mil seis.

ALEJANDRO TOLEDO
Presidente Constitucional de la República

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD
Presidente del Consejo de Ministros
Encargado de la Cartera de Economía y Finanzas

OSCAR MAURTUA DE ROMAÑA
Ministro de Relaciones Exteriores

06091

SALUD**Designan Subdirector General del Hospital Nacional "Arzobispo Loayza", Dirección de Salud V Lima Ciudad****RESOLUCIÓN MINISTERIAL
Nº 336-2006/MINSA**

Lima, 3 de abril del 2006

Visto el Oficio Nº 322-DG-2006/HNAL y el Memorandum Nº 085-2006-OPP/MINSA,

CONSIDERANDO

Que mediante Resolución Ministerial Nº 679-2003-EM/DM, de fecha 10 de junio de 2003, se designó al médico cirujano Elías Juan Carrasco Escobedo, en el cargo de Director Adjunto del Hospital Nacional "Arzobispo Loayza" de la Dirección de Salud V Lima Ciudad;

Que mediante Resolución Ministerial Nº 777-2005/MINSA, de fecha 14 de octubre de 2005, se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Hospital Nacional "Arzobispo Loayza" y en el artículo 12º define las atribuciones y responsabilidades del Subdirector General;

Que resulta conveniente dar término a la citada designación y designar al profesional propuesto; y

De conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo Nº 276, el artículo 77º del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado por Decreto Supremo Nº 005-90-PCM, el literal b.2 del artículo 8º de la Ley Nº 28552 y los artículos 3º y 7º de la Ley Nº 27594;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Dar por concluida la designación del médico cirujano Elías Juan CARRASCO ESCOBEDO, en el cargo de Director Adjunto del Hospital Nacional "Arzobispo Loayza", Nivel F-4, de la Dirección de Salud V Lima Ciudad, dándole las gracias por los servicios prestados.

Artículo 2º.- Designar al médico cirujano Marcial Edmundo ANAYA PAJUELO, en el cargo de Subdirector General del Hospital Nacional "Arzobispo Loayza", Nivel F-4, de la Dirección de Salud V Lima Ciudad.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PILAR MAZZETTI SOLER
Ministra de Salud

06075

PODER JUDICIAL

Disponen que todos los órganos jurisdiccionales de la República den cumplimiento a precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional sobre criterios de procedibilidad en demandas de amparo en materia laboral y sobre impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas

**RESOLUCIÓN DE JEFATURA
Nº 021-2006-J-OCMA/PJ**

Lima, 13 de marzo de 2006

LA JEFATURA SUPREMA DE LA OFICINA DE CONTROL DE LA MAGISTRATURA DEL PODER JUDICIAL

VISTAS:

Las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en los Expedientes Nº 0306-2005-PA/TC (del 26 NOV.2005) y Nº 4227-2005-PA/TC (del 02 FEB.2006), publicadas en el Diario Oficial El Peruano con fechas 22 de diciembre de 2005 y 15 de febrero de 2006, respectivamente;

CONSIDERANDO:

Que, la Jefatura Suprema de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), como órgano rector de control del Poder Judicial, ejerce la dirección de su desarrollo institucional; la misma que se encuentra prevista por el artículo 105º del TUO de la Ley orgánica del Poder Judicial y su Reglamento de Organización y Funciones (ROF), aprobado por R. A. Nº 293-SE-TP-OME-PJ;

Que, de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional vigente, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo expresa 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;

Que, conforme a lo resuelto en las sentencias dictadas en los expedientes citados, el Tribunal Constitucional ha declarado como precedente vinculante los Fundamentos Jurídicos 7 a 25 del expediente Nº 0206-2005-PA/TC, en cuya parte resolutive dice:

"Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral, previstos en los fundamentos 7 a 25, supra, constituyen precedente vinculante inmediato de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPCenst; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y que no cumpla con las condiciones, debe ser declarada improcedente"

Mientras que en el expediente Nº 4227-2005-PA/TC, se ha declarado como precedente vinculante el Fundamento Jurídico Nº 43, que a la letra dice en su parte resolutive:

"Declarar que la presente sentencia constituye precedente vinculante, de conformidad con lo expuesto en el Fundamento Nº 43, supra. En consecuencia, al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17º, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley Nº 27796, de la Tercera Disposición Complementaria

y Final del Decreto Supremo N° 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N° 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N° 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional "que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestime la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad"; dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos; quedando prosrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas."

Expediente que también es citado en la sentencia dictada en el proceso de Amparo N° 9185-2005-PA/TC, del 13 de febrero de 2006, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 12 de marzo de este año.

Que, de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del cuerpo procesal constitucional citado, tales precedentes vinculantes (tanto en materia laboral, administrativa como los que se vayan a fijar en otras ramas del derecho), son de obligatorio cumplimiento para todos los jueces de la República, por lo que su incumplimiento conllevaría a la violación de su deber de resolver con sujeción a un debido proceso, al no aplicar una decisión con contenido normativo, de acuerdo a lo previsto por el artículo 184°, inciso 1), de la citada LOPJ, incurriendo de este modo en la responsabilidad funcional prevista por el artículo 201°, inciso 1), de la misma Ley.

Que, por otro lado, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 90°, inciso 4), de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial, concordante con el artículo 12°, inciso d), del ROF de la OCMA, son atribuciones y obligaciones de los Presidentes de Corte Superior el caufelar la pronta administración de justicia, así como el cumplimiento de las obligaciones de los magistrados de sus Distritos Judiciales, estando facultados a abrir investigaciones cuando por cualquier medio tome conocimiento de hechos que constituyan irregularidades de orden funcional en la actuación de magistrados y servidores jurisdiccionales.

Que, siendo ello así, resulta pertinente exhortar a todos los magistrados de las diferentes Cortes Superiores de Justicia de la República para que cumplan con sus deberes funcionales, así como a los Presidentes de Corte para que en el ejercicio de sus funciones controladoras velen por el cumplimiento de dicho precedente vinculante en cada uno de los órganos jurisdiccionales de sus respectivos Distritos Judiciales, bajo responsabilidad, debiendo adoptar las medidas correctivas en caso se incumpliera dicho mandato.

POR LO TANTO:

En uso de las facultades contenidas por el artículo 105°, inciso 1), de la LOPJ y el artículo 10°, incisos a) y c), del ROF de la OCMA;

SE RESUELVE:

Primero.- DISPONER que todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias dictadas en los Expedientes N° 0206-2005-PA/TC y N° 4227-2005-AP/TC, publicadas los días 22 de diciembre de 2005 y 15 de febrero de 2006, respectivamente, así como en otras materias que tengan el mismo efecto normativo y fijados o por fijarse.

Segundo.- DISPONER, bajo responsabilidad funcional, que los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia de la República están en la obligación de velar por el cumplimiento de dichos precedentes vinculantes, debiendo adoptar las correctivas del caso, en sus condiciones de Jefes de ODICMAS, al tomar

conocimiento de las infracciones en las que hubieren incurrido los órganos jurisdiccionales respecto a los casos en que deban aplicarse los citados precedentes.

Tercero.- PONER en conocimiento de lo resuelto al Presidente de la Corte Suprema de la República; del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial; del Congreso de la República; del Tribunal Constitucional; del Consejo Nacional de la Magistratura y a las Presidencias y Jefaturas de las ODICMAS de las Cortes Superiores de Justicia de la República, para los fines de su competencia.

Cuarto.- DISPONER su publicación en el Diario Oficial El Peruano para los fines de ley.

Regístrese, publíquese y cúmplase

FRANCISCO TAVARA CORDOVA
Vocal Supremo
Jefe de la Oficina de Control
de la Magistratura del Poder Judicial

06048

**CORTES SUPERIORES
DE JUSTICIA**

**Programan uso de Salas de Audiencia
ubicadas en la sede judicial "Néstor
Gambeta" y el Establecimiento de
Régimen Cerrado Ordinario "San
Pedro" - Lurigancho de la Corte
Superior de Justicia de Lima**

**RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA
N° 122-2006-P-CSJLUPJ**

Lima, treintuno de marzo del 2006.

VISTAS:

Las Actas de las reuniones de coordinación entre las Salas Penales Especiales para el uso de las Salas de Audiencias, ubicadas en la sede judicial "Néstor Gambeta" y el Establecimiento de Régimen Cerrado Ordinario "San Pedro" - Lurigancho, de fechas 6 y 23 de marzo respectivamente; y,

CONSIDERANDO:

Que, en las reuniones de coordinación a que se refieren las actas de vista, los Presidentes de las Salas Penales Especiales, en relación a la distribución del uso de los ambientes ubicados en la sede judicial "Néstor Gambeta" y el Establecimiento de Régimen Cerrado Ordinario "San Pedro" - Lurigancho para el desarrollo de las audiencias en los procesos que son de su competencia, convinieron elevar a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, los acuerdos adoptados sobre el particular;

Que, evaluados los acuerdos referidos, la Presidencia de esta Corte Superior de Justicia considera pertinente aprobarlos y oficializarlos, a efectos que las audiencias programadas por los citados órganos jurisdiccionales, se realicen de manera coordinada, de tal manera que no se afecte el desarrollo de los juicios orales y puedan cumplir su propósito, en cumplimiento al Principio del Debido Proceso;

Por las razones expuestas, en uso de las facultades contenidas a la suscite por los incisos 3) y 5) del Art. 90° de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- APROBAR los acuerdos adoptados por las Salas Penales Especiales respecto a la programación de los citados órganos colegiados en el