

## LAS SENTENCIAS: CONCEPTUALIZACIÓN Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Víctor GARCÍA TOMA\*

SUMARIO: I. *Las sentencias constitucionales*. II. *La jurisprudencia constitucional*. III. *El precedente constitucional vinculante*.

### I. LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

Estas aluden a aquellos actos procesales emanados de un órgano adscrito a la jurisdicción especializada, mediante los cuales se pone fin a una *litis* cuya tipología se deriva de alguno de los procesos previstos en el Código Procesal Constitucional.

Para el cumplimiento del cometido expuesto, el tribunal constitucional en el caso municipalidad distrital de Lurín [expediente número 0024-2003-AI/TC)] consideró necesario estipular que la estructura interna de sus decisiones se compone de los elementos siguientes: la razón declarativa-axiológica, 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 que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y teleológicas insertas en la Constitución.

\* Magistrado del Tribunal Constitucional; docente en las universidades de Lima y San Martín de Porres.

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.

En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que se ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa. 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 o puntal de un precedente vinculante.

La razón suficiente (la regla o principio recogido 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 se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

Dicha razón coadyuva *in genere* a proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen. *Ergo*, expresa una visión mas allá del caso específico; por ende, plantea 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 apunta a orientar la labor de los operadores del derecho mediante la manifestación de criterios que puedan ser utilizados en la interpretación 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 número 2663-2003-HC/TC] y Taj Mahal Discoteque [expediente número 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 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 con dicha materia.

Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional, a modo de dicta, permite a los operadores jurisdiccionales y a los justiciables el “predecir” o “pronosticar” la futura manera de resolver aquella cuestión hipotética conexas al caso en donde aparece manifestada.

Como bien expone Ana Magatoni,<sup>1</sup> 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 número 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 (despido nulo, despido incausado y despido fraudulento).

La invocación preceptiva es aquella parte en donde se consignan las normas del bloque de constitucionalidad, utilizadas e interpretadas, 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

<sup>1</sup> Magatoni Kerpel, Ana, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001, p. 82.

razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria o accidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso.

En puridad, el 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 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.

### *La tipología de las sentencias constitucionales*

El Tribunal Constitucional en el caso Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo [expediente número 004.2004.CC/TC] ha establecido una doble clasificación: la primera distingue entre sentencias de especies o de principio y la segunda diferencia entre sentencias estimativas o desestimativas.

Al respecto, veamos lo siguiente:

#### *A. La tipología de las sentencias constitucionales*

Las *sentencias de especie* son aquellas que constituyen la aplicación simple de la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En esta hipótesis la labor del juez constitucional es meramente “declarativa” porque se limita a expresar la norma contenida en la Constitución o demás preceptos directamente conectados con ella.

Las *sentencias de principio* son aquellas que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y hasta forjan verdaderos precedentes vinculantes.

Es dable advertir que el Tribunal Constitucional ha establecido dentro de las denominadas sentencias de principios algunas a las que ha calificado específicamente como institucionales e instructivas.

Las *sentencias institucionales* son aquellas que adicionalmente a su contenido interpretativo y/o integrador se caracterizan por expresar deci-

siones trascendentales y relevantes para el Estado y la sociedad, y en donde lo que se determina excede con largueza al mero interés de las partes, y, que, por ende, se proyectan no solo hacia el presente inmediato, sino que se extienden hacia el futuro comprometido de todos los integrantes de la colectividad. Estas tienen como consecuencia la predeterminación y sujeción de los planes y programas gubernamentales a los contenidos de dichos fallos.

Al respecto, son citables los casos de Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos contra los decretos leyes núms. 25475, 25659, 25708 y 25880 [expediente número 0010-2002-AI/TC] y el del Colegio de Abogados de Ica y la Defensoría del Pueblo (acumulados) contra el Decreto de Urgencia número 055-2001 [expediente número 015-2001-AI/TC y 024-2001-AI/TC].

En el primer caso, los alcances de la sentencia determinaron que el Congreso de la República mediante la Ley número 27913 de fecha 8 de enero de 2003, “Delegase facultades legislativas en el Poder Ejecutivo por el plazo de treinta días hábiles para que mediante decretos legislativos reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional [expediente número 010-2002-AI/TC], establecer los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los artículos 2, 3 incisos *b* y *c*, 4,5 y 9 del Decreto Ley número 25475, y finalmente a regular la forma y modo cómo se transmitirán las peticiones de nuevos procesos y los procesos mismos a que se refiere la antes citada sentencia, así como ordenar la legislación sobre terrorismo que mantiene vigencia, y legislar sobre el derecho penal material, procesal penal, y defensa judicial del estado en relación con terrorismo.

Asimismo, mediante la resolución suprema 001-2003-JUS de fecha 11 de enero de 2003, el Poder Ejecutivo resolvió conformar la Comisión encargada de elaborar las propuestas de legislación a que se refiere el artículo 1o. de la Ley número 27913. En ese sentido, el Poder Ejecutivo expidió los decretos legislativos núms. 921, 922, 923, 924, 925 y 926, que regulan los aspectos penal material, procesal penal, ejecución penal y defensa judicial del Estado relacionados con el delito de terrorismo. Finalmente, el Poder Legislativo expidió normas referidas a la aprobación de créditos suplementarios y a la aplicación de partidas presupuestales a favor del Poder Judicial, el Ministerio Público y la Procuraduría, a efectos de recomenzar los procesos por la comisión del delito de terrorismo.

Las *sentencias instructivas* son aquellas que se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los temas más importantes en discusión. Tienen por finalidad orientar la labor de los jueces con criterios que puedan utilizar en la interpretación constitucional que realicen en los procesos a su cargo y, además, contribuyen a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos. Al respecto, deben citarse los casos de Eliobina Aponte Chuquihaman [expediente número 2663-2003-HC/TC], y Taj Mahal Discoteque y El Jeque Discoteque contra la Municipalidad Provincial de Huancayo [expediente número 3283-2003-AA/TC].

En el primer caso, los alcances de la sentencia determinaron y precisaron los alcances de los diferentes tipos de *hábeas corpus*, a saber el reparador, el restringido, el correctivo, el preventivo, el traslativo, el instructivo, el innovador y el corpus conexo.

### B. Segunda clasificación

Las *sentencias estimativas* son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica es la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional.

Estas pueden ser de simple anulación, interpretativas propiamente dichas o manipulativas-interpretativas (normativas).

Las *sentencias de simple anulación*, son aquellas en las que el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la totalidad del contenido de un texto. La estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley (un artículo, un párrafo, etcétera) y, por tanto, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. La estimación es total cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley; en consecuencia, dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico.

Las *sentencias interpretativas propiamente dichas* son aquellas en las que el órgano de control jurisdiccional —según sean las circunstancias

que rodean al proceso constitucional— declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo que acarreó una aplicación indebida. Esto sucede cuando se asigna al texto que es objeto de examen una significación y contenido distintos a los que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado *normas nuevas*, distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley que es objeto de examen. Por consiguiente, prohíbe que en el futuro los operadores jurídicos interpreten y apliquen aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.

Las sentencias interpretativas propiamente dichas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Declárese que la ley es constitucional “si se interpreta en el sentido siguiente: ...”.
- Declárese que la ley es constitucional “siempre que se le interprete en el siguiente sentido ...”.
- Declárese que la ley no es inconstitucional “en cuanto se interprete en el sentido ...”.

En el caso de este tipo de sentencias la magistratura constitucional parte del supuesto que una norma legal puede tener más de una forma de interpretación deducible de su enunciado lingüístico. En ese contexto, la declaración de inconstitucionalidad consiste en proscribir la utilización de algún o algunos de los sentidos de la ley cuestionada, en razón de ser no conforme(s) con los principios, valores o normas constitucionales.

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, F. Javier Díaz Revorio<sup>2</sup> 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.

<sup>2</sup> Díaz Revorio, F. Javier, *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*, Lima, Palestra, 2003.

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.

La experiencia acredita que residualmente la declaración de inconstitucionalidad de una ley puede terminar siendo más gravosa —desde un punto de vista político, jurídico, económico o social— que la propia permanencia de aquella dentro del ordenamiento constitucional. Así pues, los efectos de dicha declaración pueden llevar a que durante un “tiempo” se produzca un vacío legislativo que dañe de alguna manera la vida coexistencial en el campo político, económico, etcétera.

A raíz de lo expuesto, aparecen las denominadas sentencias interpretativas-normativas (manipulativas) lo que supone llevar a cabo líneas de interpretación y adaptación de una ley “acusada” de violatoria de la Constitución, a efectos de hacerla “compatible” con aquella. Es a través de dicho esfuerzo que se “salva” la vigencia de la ley, empero subordinándola a los cánones de la Constitución.

En este caso se restablece la “soberanía de la Constitución” a través de la transformación del significado de la ley.

La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa o acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva.

La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada, “eliminando” del proceso interpretativo alguna palabra o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto se declara la nulidad de las “expresiones impertinentes”, lo que genera un cambio radical del contenido preceptivo de la ley.

La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada “agregándosele” un contenido y un sentido de interpretación que no aparece del texto por sí mismo. En este caso el órgano de control de la constitucionalidad aparece residualmente llevando a cabo una actividad paralegislativa por la vía de la integración.

A continuación procedemos a describir las modalidades que presentan las sentencias interpretativas manipulativas:

### *a. Las sentencias reductoras*

Son aquellas que señalan que una parte del texto cuestionado es contraria a la Constitución la que ha generado un vicio de inconstitucionalidad en razón a una redacción excesiva y desmesurada.

En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la “extensión” del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial.

Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada, en relación a algunos de los supuestos en él contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas.

Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primordialmente previstos.

En consecuencia la sentencia reductora restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.

Las sentencias reductoras suelen utilizar algunas de las siguientes fórmulas:

- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en cuanto incluye”.
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en la parte que prevé”.
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en la parte que no excluye”.

### *b. Las sentencias aditivas*

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa. En ese contexto procede a “añadirle” algo al texto incompleto, a efecto de transformarlo en plenamente constitucional.

En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción crónica presenta un contenido normativo “menor” del exigible constitucionalmente.

En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí

que el órgano de control considere necesario “ampliar” o “extender” su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o a ensanchar sus consecuencias jurídicas.

La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, que a través del acto de adición se evite que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.

Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo que al extenderse los alcances de la norma primigeniamente no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia consigue es homologar un mismo trato con aquellos que ya estaban comprendidos en la ley cuestionada.

El contenido de lo “adicionado” surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica.

Cabe insistir que en la emisión de una sentencia aditiva, la disposición legal tiene un alcance normativo mayor al que primigeniamente tenía.

Su utilización se hace necesaria cuando se advierte que el legislador negligentemente omitió algo que debía encontrarse en la disposición legal para que pudiera considerársele compatible con la Constitución.

La sentencia aditiva evita declarar la inconstitucionalidad de una ley, cuya expulsión despojaría del beneficio que otorga a los consignados en ella; empero, incorpora a quienes debían también constitucionalmente encontrarse en dicha condición.

El fundamento de tales sentencias se encuentra ya sea en los principios de igualdad o de razonabilidad; y en modo alguno puede derivar de una valoración discrecional.

Las sentencias aditivas suelen utilizar alguna de las fórmulas siguientes:

- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en cuanto no prevé”.
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en la parte que no prevé”.

### c. Las sentencias sustitutivas

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley; y simultáneamente incorpora en cambio, un reemplazo o relevo del contenido normativo ex-

pulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley.

Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico.

La actividad paralegislativa se canaliza en el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador hacia la parte de la ley cuestionada —y en concreto afectada de inconstitucional—, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial.

Cabe insistir que en la sentencia sustitutiva se declara que una ley no es inconstitucional en su totalidad, sino en una de las formulaciones que contiene. Es decir, estima que la disposición legal es inconstitucional en cuanto prevé una determinada consecuencia jurídica, cuando en puridad el legislador debió regular otra para que sea constitucionalmente conforme.

Así, dicha sentencia presenta dos aspectos. Por un lado, un contenido anulatorio, mediante el cual se declara inválida una parte de la disposición legal; y de otro, un contenido reconstructivo, mediante el cual la disposición aparece con un contenido compatible con la Constitución.

Las sentencias sustitutivas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en la parte que” y “dispone... en su lugar de que”.
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en cuanto dispone que” y “establece en sustitución que”.

#### *d. Las sentencias exhortativas*

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley, más sin embargo no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que incita al Parlamento para que dentro de un plazo razonable se sirva expedir una ley sustitutoria con un contenido más acorde al texto fundamental.

En este tipo de sentencias se invoca el concepto de “*vacatio setentiate*”, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del

fallo. Es decir, se modula los efectos de la decisión jurisdiccional en el tiempo. Dicha expresión deviene en el equivalente jurisprudencial de la “*vacatio legis*” o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada.

Ahora bien, durante el período que transcurre entre la publicación de la sentencia exhortativa y la aprobación de la ley sustitutoria se produce el denominado “bloqueo de aplicación”.

Tal “bloqueo de aplicación” se justifica por la necesidad de evitar anómalas consecuencias de naturaleza política, económica, social o jurídica que podrían surgir a consecuencia del vacío legal que se produciría por una inmediata declaración de inconstitucionalidad.

Las sentencias exhortativas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Declárese la incompatibilidad de la ley... y exhortase al Parlamento para que...
- Declárese la incompatibilidad de la ley...; y por consiguiente inaplicable en tanto el Parlamento dicte...

#### e. Las sentencias estipulativas

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece en la parte considerativa de una sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. En ese contexto, se describirá y definirá en qué consisten determinados conceptos.

Las sentencias estipulativas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Debe concluirse que la expresión... quiere decir...
- Declárese estipulativamente que la expresión... se define como...

Esta modalidad ha sido creada por nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia número 010-2002-AI/TC sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos contra los decretos leyes núms. 25659, 25708 y 25880 y demás normas complementarias y conexas (legislación antiterrorista). Asimismo, en el expediente número 014-2002-AT/TC sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley número 27600 (Ley del Proceso de Reforma Constitucional).

A guisa de ejemplo, cabe reseñar lo establecido en la última de las sentencias citadas en donde se señala que el término “*Constitución nueva*” empleado en la Ley número 27600 “es problemático, porque puede interpretarse como ‘la última Constitución en el tiempo’, con independencia si se han cambiado o no en, ella, los principios fundamentales plasmados en la anterior”. Asimismo, señala que:

también puede interpretarse que la ‘nueva’ debe ser, por definición, distinta en su contenido esencial a la antigua, es decir, si por Constitución nueva se entiende esto último, estaríamos en igual premisa que con el término ‘reforma total’, y si por Constitución nueva entendemos solo la que es posterior a otra en el tiempo, no se trataría necesariamente —aunque podría serlo— de una reforma total de la Constitución vigente.

Al respecto, según el *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua ‘nuevo’ significa ‘recién hecho’, y también ‘repetido o reiterado para renovarlo’, ‘distinto a lo anterior’, ‘que se añadirá algo que había antes’, por lo que debemos concluir que la palabra ‘nuevo’ es algo concurrente ‘distinto y posterior’ en el tiempo, pero que, empero, presupone algo que anteriormente estuvo vigente.

Pero, ¿qué tan distinto? No puede ser ‘otra’ Constitución complemente diferente, pues ya no sería ‘nueva’, ya que este calificativo presupone una anterior. Por consiguiente, debe concluirse que la Constitución nueva quiere decir una Constitución posterior en el tiempo, algo distinta, pero basada en lo anterior.

De otro lado, las sentencias desestimativas son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad. En este último caso, la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional (petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley); además, el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo. Ahora bien, la praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos sustantivos de una sentencia desestimativa, a saber:

*Desestimación por rechazo simple*: son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley.

*Desestimación por sentido interpretativo (interpretación strictu sensu)*: son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada. Es decir, son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida que se la interpreta en el sentido que este considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental.

En ese entendido, se desestima la acción presentada contra una ley, o norma con rango de ley, previo rechazo de algún o algunos sentidos interpretativos considerados como infraccionantes del texto *supra*. Por ende, se establece la obligación de interpretar dicha norma de “acuerdo” con la Constitución; vale decir, de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente válida.

## II. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Este concepto alude a aquella pléyade de principios, criterios y doctrinas que se encuentran insertas en las sentencias expedidas por los tribunales constitucionales u órganos de la justicia ordinaria con facultades para defender la vigencia plena de la superlegalidad, jerarquía, alcance, contenido y cabal cumplimiento de la Constitución como norma suprema del ordenamiento nacional y como norma garantizadora de los derechos fundamentales de la persona.

De manera estricta hace referencia al conjunto de sentencias que de manera reiterada y uniforme imponen un determinado criterio de interpretación o aplicación de una norma en un caso concreto que ostenta relevancia o relieve constitucional.

En ese sentido, Javier Adrián Coripuna<sup>3</sup> expone que se trata del “conjunto de criterios y orientaciones que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales han sido establecidas en las resoluciones tanto del Tribunal Constitucional, como de las máximas instancias del Poder Judicial, para la aplicación e interpretación de la Constitución, ya sea en el control normativo, en la tutela de derechos o en los conflictos de competencias y de atribuciones”.

<sup>3</sup> Coripuna, Javier Adrián, “La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial”, *Estudios al precedente vinculante*, Lima, Palestra, 2007, p. 107.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional en el caso José Claver Nina-Quispe Hernández [expediente número 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.

La jurisprudencia constitucional contribuye a clarificar y delimitar los principios que configuran la unidad política, por lo cual forja la normativización de los valores en que se sustenta la estructura, organización y funcionamiento del Estado, amén de promover la fijación de topes y directivas para la acción estatal; y coadyuva en la determinación precisa y específica de las competencias de los órganos constitucionales y del sistema de relación existente entre ellos. Finalmente expone los alcances y contenidos de los derechos y deberes constitucionales.

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 cual 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.
- 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.

### III. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE

Este alude a aquella disposición jurídica expuesta en un caso particular y concreto, que el Tribunal Constitucional ha decidido establecer como regla general; y, que por ende deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

Roger Rodríguez Santander<sup>4</sup> expone que este “alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación o integración del ordenamiento dispositivo crea el juez para resolver el caso planteado, y que debe o puede servir para resolver un futuro caso sustancialmente homólogo”.

Luis Diez Canseco y Enrique Pasquel<sup>5</sup> expone 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.

Al respecto, cabe señalar que el Tribunal Constitucional en el caso Ramón Salazar Yarleque [expediente número 3471-2004-AA/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 Roger Rodríguez Santander<sup>6</sup> “la fuerza general que le es inherente”. Por ende, tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la pauta general externalizada como precedente se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

El precedente o regla jurídica de alcance general surge por la vía de la interpretación o integración directa de las normas incoadas en un proceso, o como consecuencia del examen y calificación de los hechos relevantes en torno a los cuales gira la controversia. En suma, aparece como consecuencia de lo siguiente:

<sup>4</sup> Rodríguez Santander, Roger, “El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos”, *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007, p. 55.

<sup>5</sup> Diez Canseco, Luis y Pasquel, Enrique, “*Stare Decisis*, intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial”, *Revista de Economía Y Derechos*, Lima, 2004, p. 17.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 57.

- a) Interpretación de las normas constitucionales
- b) Interpretación de las normas infraconstitucionales de conformidad con los principios, valores y normas contenidas en la Constitución.
- c) Examen y calificación de los hechos (actos de hacer o no hacer) a la luz de los principios, valores y normas contenidas en la Constitución

La vinculatoriedad del precedente es simultáneamente horizontal y vertical; en el primer caso porque implica que el Tribunal Constitucional asume fidelidad a la regla por ella establecida; y en el segundo caso porque conlleva su acatamiento por los restantes operadores jurídicos.

En puridad, la fijación de un precedente significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, se genera la obligación de resolver los subsecuentes casos semejantes según los términos de dicha sentencia.

La calidad de precedente aparece tras el cumplimiento de los dos requisitos establecidos en el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, a saber:

- a) Que el Tribunal Constitucional haya expedido una resolución sobre el fondo; vale decir, que la demanda no hubiere sido objeto de una mera declaración de improcedencia.
- b) Que el Tribunal Constitucional declare expresamente las partes de la resolución que devienen en precedente vinculante.

A lo expuesto cabe adicionar que el Tribunal Constitucional en el caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo [expediente número 006-2006-PC/TC] ha señalado que las sentencias dictadas por este organismo “vinculan, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad, no sólo respecto al fallo o *decisum* de la sentencia, sino también respecto a los argumentos o *ratio decidendi* que constituyen su fundamentación”.

Asimismo expuso que a diferencia de la *obiter dicta* o razón subsidiaria, la *ratio decidendi* “constituye, finalmente la plasmación o concreción de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional, y que, dada su estrecha vinculación con el *decisum*, adquiere también... fuerza vinculante para los tribunales y jueces ordinarios, tanto si se declara la inconstitucionalidad de la norma como sí, por el fondo, se la desestima”.

En ese orden de ideas las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal emitida por el Tribunal Constitucional tienen una triple iden-

tividad: fuerza de ley, cosa juzgada y vinculatoriedad. Dicha consideración aparece de lo dispuesto en el artículo 204 de la Constitución y el artículo 82 del Código Procesal Constitucional.

El precedente afirma la plasmación de los principios de seguridad, certeza, coherencia, economía e igualdad jurídica.

De lo expuesto se colige que en los procesos de amparo, *Hábeas Corpus*, *Hábeas Data*, cumplimiento y competencial, el establecimiento del precedente queda sujeto a una declaración formal del Tribunal Constitucional; en tanto que en el caso de un proceso de inconstitucionalidad el precedente aparece *per se*, aun cuando no exista una manifestación puntual de vinculatoriedad, tanto en la *ratio decidendi* como en el fallo.

A manera de colofón es dable consignar que el precedente tiene como objetivos jurídicos el propender a la previsibilidad, certeza, coherencia, economía procesal e igualdad, en la interpretación y aplicación del derecho.

### 1. *El precedente constitucional vinculante como límite al principio de independencia judicial*

Es indubitable que lo establecido en el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, deviene en un límite al principio de independencia judicial establecido en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución.

Como bien sabemos el inciso 2 del artículo 139 del texto fundamental de la República señala que el Poder Judicial es un órgano no dependiente de ningún otro; es decir, autónomo desde un punto de vista político, y jurisdiccionalmente sólo sujeto al mandato de lo establecido en la Constitución y las leyes.

El principio de independencia alude a aquella capacidad auto determinativa, para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro del marco que fija la Constitución y las leyes.

En esa perspectiva el juez goza de una independencia externa e interna.

La independencia externa es oponible a los órganos ejecutivo y legislativo; e implica que la autoridad jurisdiccional no admite sujeción a ningún interés distinto del que provienen de los fines de la justicia, ni admite intromisiones “foráneas” en la resolución de los casos bajo su competencia.

La independencia interna implica que la autoridad judicial no se encuentra sujecionada a la voluntad de los órganos jurisdiccionales intrainstitucionales, salvo que medie un recurso impugnativo. Similar criterio opera en el caso de su relación con los órganos intraadministrativos.

Ahora bien, dicha independencia no es ilimitada sino reglada; vale decir, tiene el valladar normativo que expongan la Constitución y las leyes.

En ese orden de ideas, Enrique Álvarez Conde<sup>7</sup> señala que “el Poder Judicial no puede permanecer al margen de la evolución del Estado de derecho. Por ello, si bien la independencia judicial es una de sus principios fundamentales, este tampoco está exento de límites, no pudiendo convertirse en una especie de patente de corzo”. En efecto, la independencia judicial está sujeta al imperio de la ley...”.

En puridad, se trata de una condición reglada de albedrío funcional.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo [expediente número 0006-2006-CC] señala que no es posible la aplicación del principio de independencia frente a lo resuelto por dicho organismo como precedente vinculante, ya que si bien es verdad que la Constitución reconoce al Poder Judicial autonomía e independencia, esto no significa que le haya conferido condición de autarquía.

En atención a la declaración de precedente constitucional vinculante, los jueces no pueden expedir resoluciones que las contradigan ni se desvinculen de aquéllas.

El incumplimiento del mandato establecido en el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional no sólo acarrea las responsabilidades de ley sino que en lo sustancial afecta gravemente el principio de unidad inherente a todo ordenamiento jurídico.

Tal como ha señalado el Tribunal Constitucional en el citado caso del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, sus resoluciones no sólo ponen fin a una controversia constitucional —es decir, con efecto para las partes— sino que se convierten en fuente de derecho. Ello en razón a que las sentencias de dicho órgano exponen una interpretación de la Constitución, cuyos alcances vinculan a todos los poderes del Estado. Por ser el precedente constitucional vinculante manifestación jurídica de la Constitución interpretada, deviene en norma básica fundamental del ordenamiento jurídico.

<sup>7</sup> Álvarez Conde, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 2000, vol. II, p. 238.

De allí que se constituye en un elemento de unidad dentro de la multiplicidad de las normas contenidas dentro de dicho ordenamiento.

En la medida que las sentencias del Tribunal Constitucional son concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, devienen en parámetros jurídicos para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado acarrea, *prima facie*, su nulidad.

La consecuencia lógica de ello, es que una resolución expedida dentro de un proceso judicial cualquiera que fuere su naturaleza y que desconozca la interpretación del Tribunal Constitucional —prevista vía un precedente jurisprudencial constitucional— no es reconocida como cosa juzgada; por ende, puede ser revocada y modificada en el marco de un proceso constitucional por parte del máximo órgano contralor del texto fundamental de la República.

El Tribunal Constitucional solo reconoce como cosa juzgada constitucional a aquella sentencia expedida por un órgano jurisdiccional del Poder Judicial que se pronuncie sobre el fondo de la controversia jurídica de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que este haya realizado de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional en el caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo [expediente número 006-2006-PC/TC] señaló que aquellas sentencias expedidas por los jueces ordinarios en favor de las casas de juego y tragamonedas y con contravención del precedente vinculante inserto en la sentencia número 4227-2005-AA/TC, nunca adquirieron la calidad de cosa juzgada; por lo que en consecuencia fueron declaradas nulas y sin efecto legal alguno.

Debe advertirse que la cosa juzgada no tiene un fin en sí mismo, sino que resguarda un fin principal del derecho: la seguridad. Pues bien, dicha vocación de certidumbre queda violentada cuando a través de una sentencia se desconoce un precedente vinculante que ofrece a la comunidad la garantía de aplicación uniforme (igualdad y predecibilidad).

La cosa juzgada constitucional, es decir aquel fallo coherente con el orden de valores constitucionales interpretados en un precedente vinculante, es la expresión máxima de ordenación y coherencia jurisdiccional.

## 2. *La Técnica del distinguish*

La experiencia jurisdiccional acredita que en algunos casos se presenta que ciertos hechos no concuerdan con aquellos que fueron examinados al momento en que el Tribunal Constitucional emitió un precedente vinculante.

En ese contexto es dable que un operador jurisdiccional del Poder Judicial o hasta el propio Tribunal Constitucional haga uso de la técnica del *distinguish*; la cual consiste en resaltar que en un caso particular y concreto no es pertinente aplicar el precedente vinculante, en razón de no existir identidad sustancial con los hechos que originaron la dación del mismo. Vale decir, que al encontrarse acreditada la disimilitud entre las circunstancias o acontecimientos examinados en el caso que contiene el precedente y aquel que aparece con posterioridad, el operador jurisdiccional tiene discrecionalidad dentro del marco de la Constitución y las leyes para resolver de manera diferente.

Carlos Bernal Pulido<sup>8</sup> señala que el *distinguish* aparece al existir diferencias relevantes entre el precedente y un caso posterior facticamente parecido, mas no igual. Por ende, este último requiere una solución diferente.

En esencia, dicha técnica puede ser utilizada en los casos no factualmente idénticos con el previsto en el proceso que concluyó con una sentencia con precedente vinculante. De lo expuesto se colige que el tratamiento jurídico entre dos causas debe ser igual, cuando los hechos que sustentan la razón suficiente pueden ser calificados como homólogos o análogos; caso contrario es dable aplicar el *distinguish*.

## 3. *Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante*

El Tribunal Constitucional en el caso Municipalidad de Lurín [expediente número 0024-2003-AI/TC] ha estimado que dichos presupuestos son los cinco 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

<sup>8</sup> Bernal Pulido, Carlos, "El precedente constitucional en Colombia", *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007, pp. 184-186.

- 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 sobre la base de una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de esta.
  - 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 colegiado debe obligatoriamente expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

#### 4. *Condiciones para el establecimiento 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 actividad jurisprudencial; 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 establecimiento del precedente se sustenta en las dos condiciones siguientes:

a) Debe existir una relación entre el caso examinado y el precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con efecto normativo el tribunal decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado.

Ahora bien, el Tribunal no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, cuando en realidad esta no se encontrare directamente ligada con la solución de aquel.

- b) Debe generarse una decisión con autoridad de cosa juzgada.

La decisión 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 sobre el fondo de la materia.

El establecimiento de un precedente vinculante, no debe afectar el principio de respeto a lo resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe alterar 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, 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. Ahora bien, 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.

Más adelante efectuaremos las precisiones necesarias sobre la materia, al hacer referencia a la aplicación del principio de retroactividad.

##### *5. 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 en las circunstancias siguientes:

- Cuando se acredita la ausencia absoluta de norma.
- Cuando a pesar de la existencia de una 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 particular con conflicto intersubjetivo.

- Cuando una norma deviniese en inaplicable por haber abarcado casos o acarrear consecuencias que el legislador histórico no habría establecido de haber conocido aquéllas o sospechado éstas.
- 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.
- Cuando los alcances de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad no producen en la realidad efectos jurídicos por razones de ocio legislativo.

#### 6. *La aplicación del precedente vinculante*

El uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante depende de:

- a) La objetiva existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emanan el precedente.
- b) La objetiva coexistencia 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.

#### 7. *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*), ello a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia insita 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 residual eficacia prospectiva a un precedente vinculante es establecida en aras de procesar cons-

tructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre continuidad y cambio en la actividad jurisdiccional.

El uso de 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 hubieren mostrado 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 Constitucional con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; por la existencia de situaciones duraderas o de tracto sucesivo; o, por último, cuando se establecen situaciones objetivamente menos beneficiosas para los justiciables.

En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional al momento de cambiar de precedente, optará, según sean las circunstancias, por establecer lo siguiente:

- a) Decidir 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) Decidir cambiar de precedente vinculante, empero 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.

El Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de utilizar la técnica de eficacia prospectiva del precedente vinculante en el caso Juan Carlos Callegari Herazo [expediente número 0090-2004AA/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 propio Tribunal Constitucional habían declarado en innumerables sentencias que el pase a la situación de retiro por causal de renovación estaba sólo sujeto a la regla de discrecionalidad.

En ese contexto, los institutos castrenses, al amparo de la sustituida regla, habían venido efectuando dichos procesos.

### 8. *El cambio de precedente vinculante*

La expedición de una sentencia que expone el apartamiento y sustitución de un precedente vinculante por otro, está sujeta al cumplimiento de los requisitos siguientes:

- a) Expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan dicha decisión. Ello implica que se consigne claramente la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta la modificación.
- b) Determinación de sus efectos jurídicos en el tiempo.

Ahora bien, desde una perspectiva fáctica, la historia de los tribunales constitucionales acredita que el proceso de cambio surge por alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Cuando se comprueba que el precedente ha generado consecuencias jurídicas políticas o sociales distintas a las previstas por el órgano jurisdiccional que lo expidió.
- b) Cuando se comprueba que el precedente ha quedado desfasado en razón a los avances de la ciencia la tecnología, las mutaciones político-sociales, o las nuevas corrientes de fundamentación del derecho.
- c) Cuando se comprueba la existencia de cambios en la Constitución por la vía de la reforma constitucional.
- d) Cuando tras la renovación de los miembros del órgano jurisdiccional, se comprueba que los nuevos operadores tienen una cosmovisión diferente que la de sus predecesores.

### 9. *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 observadas en función a los efectos personales o temporales que de ellas 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 con los efectos en el tiempo, estos pueden ser irretroactivos, retroactivos o de aplicación diferida.

Como se ha referido la aplicación diferida se determina en una sentencia sujeta a *vacatio setentiae*; por ende, las consecuencias jurídicas de una decisión quedan suspendidas durante algún tiempo, atendiendo a la necesidad de prever y controlar las consecuencias políticas, económicas o sociales que ellos generaran.

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, tiene alcances *ex tunc*.
- c) Las sentencias en los casos de procesos de inconstitucionalidad, en donde se hubiere acreditado la violación o de algún o algunos de los principios-constitucionales tributarios contenidos en el artículo 74 deben contener la determinación sobre sus efectos en el tiempo; e igual previsión debe efectuarse respecto de las situaciones jurídicas generales mientras estuvo en vigencia la norma declarada inconstitucional.

En ese contexto, cabe la posibilidad que se establezca la aplicación del principio de retroactividad. En consecuencia puede tener efecto *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 número 27153 [expediente número 009-2001-AI/TC] relativa a la regulación de la explotación de los juegos de casino y máquina tragamonedas en donde de manera específica resolvió lo pertinente a las situaciones jurídico-tributarias producidas mientras estuvo en vigencia la citada ley.

Las sentencias en materia constitucional no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hubiere aplicada 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*.

#### 10. *La diferencia entre precedente y jurisprudencia constitucional vinculante*

Tal como expuso el Tribunal Constitucional en el caso Ramón Salazar Yarleque [expediente número 3741-2004-AA/TC] la diferencia entre ambos presenta una connotación de grado. Así, la jurisprudencia constitucional tiene como característica común con el precedente constitucional, el tener efecto vinculante; empero este último ejerce una potestad regula-

toria de alcance general a partir de su sola emisión; no necesitando por tanto la reiteración uniforme de su efecto normativo. Al respecto, en la praxis se exige la existencia de tres o más jurisprudencias en el mismo sentido para alcanzar efecto vinculante.

Asimismo, en el caso del precedente la regla se encuentra expresamente calificada como tal en la sentencia, en tanto que en el caso de la jurisprudencia este debe ser deducida por el operador jurisdiccional ordinario o corroborada como tal por el Tribunal Constitucional, con el uso de la expresión de “reiterada y uniforme”.

Adicionalmente cabe señalar que en el citado caso Ramón Salazar Yarlequen [expediente número 3471-2004-AI/TC] el Tribunal Constitucional estableció que el precedente judicial tiene una aplicación en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. “O sea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. Cualquiera que invoque un precedente, para que este haga sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo en un caso concreto”.

En cambio, el precedente emitido por un Tribunal Constitucional 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 invocarlo ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal, 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.