

## LOS PRECEDENTES CONSTITUCIONALES

César LANDA

*A Diego Valadés, en testimonio de su aporte al Derecho Constitucional*

SUMARIO: I. *Presentación*. II. *Constitución: fuente de creación del derecho*. III. *Tribunal Constitucional y fuentes del derecho*. IV. *Conclusión*.

### I. PRESENTACIÓN

En los últimos tiempos se ha aceptado, casi mayoritariamente, que la jurisprudencia expedida por el Tribunal Constitucional del Perú constituye parte del sistema de las fuentes de derecho. Se señala “casi mayoritariamente”, dado que este tema ha generado polémica tanto a nivel jurídico como político, puesto que implica reconocer que las decisiones judiciales de un determinado órgano jurisdiccional son de observancia obligatoria no sólo para las partes involucradas en un proceso, sino también para todos los poderes del Estado, así como para los ciudadanos.<sup>1</sup>

Al respecto, el Tribunal Constitucional —en adelante, TC— empezó a desarrollar dicha política jurisdiccional recién a partir del 2002, pues no

<sup>1</sup> En este sentido, a propósito de la experiencia europea, Moral Soriano ha señalado lo siguiente: “La ciencia del Derecho viene mostrando un creciente interés por el papel que las decisiones judiciales anteriores tienen en la solución de casos futuros. Tanto es así que, en el ámbito de los sistemas europeos de Derecho codificado, hemos pasado de hablar de la *jurisprudencia* de los órganos de casación a los *precedentes*; de posiciones como ‘la jurisprudencia no es fuente del Derecho’ a ‘hay que tener en cuenta los precedentes’, reconociéndoles de este modo cierta relevancia jurídica”. Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003, p. 15.

obstante existir formalmente desde 1996,<sup>2</sup> en la década de los noventa se expidieron pocas sentencias relevantes, debido a que, como la mayoría de los poderes públicos, se encontraba en cautiverio del poder de turno.<sup>3</sup> Es por este motivo que la jurisprudencia expedida por el TC ha empezado a cobrar importancia a partir de la década actual, en que en democracia este órgano se ha nutrido de nueva doctrina y jurisprudencia nacional y comparada, a efectos de producir sentencias de alta calidad, que permitan resolver casos concretos complejos y que, además, sirvan de base para la formación de los precedentes constitucionales.<sup>4</sup>

En este contexto, la jurisprudencia del TC se ha ido fortaleciendo, pues las decisiones del TC deben ser de obligatorio cumplimiento tanto para las partes como para los órganos del Estado y los particulares, de ser el caso; no sólo porque se trata de sentencias expedidas por el máximo intérprete de la Constitución, sino porque la finalidad de ellas es preservar la vigencia de los derechos fundamentales, así como la supremacía jurídica de la norma fundamental.

En el desarrollo de dichos fines esenciales de la justicia constitucional se han planteado viejos y nuevos dilemas acerca de la posición de la Constitución —antes que la ley— como la fuente suprema de creación o validez del derecho; la titularidad y legitimidad del TC como intérprete supremo de la Constitución y, en consecuencia, el rol que cumple en la creación del derecho, y, finalmente, la naturaleza y límites de las sentencias constitucionales —inconstitucionalidad de las normas legales, precedentes vinculantes y jurisprudencia constitucional— que se integran al sistema de fuentes del derecho de manera diversa. Temas que a continuación se plantean.

<sup>2</sup> La Constitución de 1993 reemplazó al Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1979 por el actual Tribunal Constitucional. Al respecto, Landa Arroyo, César, “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP-Fondo Editorial, 1995, pp. 73-114.

<sup>3</sup> Landa Arroyo, César, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, 3a. ed., Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 265-319; asimismo, Aguirre Roca, Manuel, “Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú”, *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, Lima, núm. 13, 1997, pp. 117 y ss.

<sup>4</sup> Rubio, Marcial, *Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, Fondo Editorial-PUCP, 2005, pp. 11-13; asimismo, “Mesa Redonda: Marcial Rubio, Néstor Pedro Sagüés, César Landa y Francisco Eguiguren, Parámetros interpretativos constitucionales y el lugar del Tribunal Constitucional en el proceso normativo en el Perú: diez años después”, *Thémis*, Lima, núm. 55, 2008, pp. 13-27.

## II. CONSTITUCIÓN: FUENTE DE CREACIÓN DEL DERECHO

Si bien han existido momentos en el desarrollo y configuración del Estado de derecho en que la Constitución no ha sido entendida sino como una mera norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos, en la actualidad, no cabe duda que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo nacional.

Esta transición sólo ha sido posible a partir de dos procesos sucesivos. El primero de ellos tiene lugar cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman en derechos fundamentales e incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos en el Estado social de derecho, a partir de la segunda posguerra. Este hecho obligó, sobre todo a los jueces y tribunales, a la aplicación directa de la Constitución, ya no sólo dentro de lo jurídicamente debido,<sup>5</sup> sino también dentro de lo constitucionalmente posible.<sup>6</sup>

Por su parte, el segundo proceso surge cuando la Constitución se legitima como norma democrática suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, en la medida en que tienen el deber de cumplirla y defenderla. Así, “a través de múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden”.<sup>7</sup>

Así, la Constitución ha ido desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del derecho de la cual emana todo el ordenamiento jurídico y vincula directamente a los poderes públicos y pri-

<sup>5</sup> Pérez Luño, Antonio, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991, pp. 251 y ss.; Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, pp. 277 y ss.; asimismo, Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas*, Madrid, CEC, 1990, pp. 37 y ss.

<sup>6</sup> Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, CEC, 1988, pp. 302 y ss.; asimismo, Starck, Christian, “Constitutional Interpretation”, en Starck, Christian (ed.), *Studies in German Constitutionalism, the German Contribution to the forth World Congress of the International Association of Constitutional Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, pp. 59 y ss.

<sup>7</sup> Kelsen, Hans, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)”, *RDP*, núm. XXXV, Vaduz, Topos Verlag, 1982, p. 204.

vados,<sup>8</sup> lo cual no es sólo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia y la propia jurisdicción.<sup>9</sup> En tal sentido, se ha señalado que “si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más”.<sup>10</sup> Por tanto, la Constitución es considerada la *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,<sup>11</sup> siendo sus principios y disposiciones aplicables no sólo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado, porque son de alcance general.<sup>12</sup>

Ahora bien, cuando se alude al ordenamiento jurídico no se piensa únicamente en la Constitución o en las leyes, decretos o reglamentos de un determinado país; por el contrario, se piensa en algo mucho más dinámico y vital.<sup>13</sup> De ahí que algún sector de la doctrina haya criticado la noción de ordenamiento jurídico entendido únicamente como un conjunto de normas, puesto que considera que el ordenamiento jurídico en su conjunto no es sino en “una entidad que se mueve en parte según las normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran las

<sup>8</sup> Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, en Carbonell, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 23. Al respecto, también se ha señalado que “ el hecho de que los textos constitucionales se vuelvan rígidos y la posibilidad de los tribunales constitucionales de sancionar las violaciones a la Carta fundamental, extiende —por así decirlo— la espiral de las fuentes, en cuyo vértice se encuentra la Constitución...” (Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Las fuentes en el derecho comparado*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNMSM, Grijley, 2003, p. 119). Véase también Pérez Royo, Javier, *Las fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 27.

<sup>9</sup> Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo...*, cit., pp. 13 y ss.; asimismo, Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”, en Aguiló, Joseph et al., *Fragments para una teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 113 y ss.

<sup>10</sup> De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 76.

<sup>11</sup> Como bien apuntara Pellegrino Rossi, la Constitución comprende las “têtes de chapitre” o epígrafes de todas las ramas del derecho.

<sup>12</sup> Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1885, p. 14.

<sup>13</sup> Díez-Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1987, p. 162; asimismo, Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el common law*, Madrid, Civitas, 1995, p. 14.

piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien el objeto, e incluso el medio de su actividad, que no es un elemento de su estructura.<sup>14</sup>

Si el ordenamiento jurídico constitucional debe ser dinámico y vital —*living constitution*— el concepto de Constitución se convierte en un concepto interpretativo por excelencia, donde la creación del derecho no es algo que viene ya dado o acabado por la norma, sino que se convierte en el producto de una interpretación constructiva a partir de la relación que se establece entre un sujeto —el Tribunal Constitucional—, un objeto —la Constitución— y un método —los tipos de interpretación y los tipos de sentencias—. <sup>15</sup>

Esta relación no se puede entender a partir del clásico positivismo jurídico, sino del nuevo paradigma constitucional de los valores y principios que dan sentido de unidad al orden jurídico, tanto para proteger los derechos fundamentales como para garantizar la supremacía jurídica constitucional.<sup>16</sup> Este nuevo rol de la creación judicial del derecho es una consecuencia natural del desarrollo del Estado constitucional, y en particular de la aparición de la justicia constitucional encarnada en los tribunales constitucionales en los países de derecho romano-germánico.

Proceso que encuentra parangón en los tribunales supremos de los países del *common law*; por ello se ha señalado que se viene produciendo una convergencia de estos dos modelos o familias jurídicas.<sup>17</sup> Más aún cuando el proceso de globalización internacional y regional no sólo abarca a la economía o a la política, sino también al derecho, lo que se evidencia tanto en las sentencias de los tribunales internacionales de integración o derechos humanos —Tribunal de Luxemburgo o Corte Interamericana de Derechos Humanos—, como, también, a través de los tribunales constitucionales o supremos encargados de garantizar los derechos fundamentales.

<sup>14</sup> Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, traducción de Sebastián y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 100.

<sup>15</sup> Ruiz Manero, Juan, “Una tipología de las normas constitucionales”, en Aguiló, Joseph et al., *Fragmentos para una teoría de la Constitución...*, cit., pp. 69 y ss.

<sup>16</sup> Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, pp. 1-38.

<sup>17</sup> Merryman, John, “Convergence of Civil Law and Common Law”, en Cappelletti, M. (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Roma, European University Institut, 1978, pp. 210-213; asimismo, Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa, 1993, pp. 66-68.

A partir de esta noción transformadora del ordenamiento jurídico —dinámico y vital— presidida por la Constitución en tanto fuente normativa del derecho<sup>18</sup> se plantea a continuación el rol del Tribunal como creador de derecho.

### 1. *Tribunal Constitucional: creador de derecho*

A partir del complejo proceso de constitucionalización del derecho, si bien el Congreso es el órgano por excelencia de creación del derecho a través de la ley, el TC también participa, aunque subsidiariamente, en la creación del mismo mediante la interpretación de la Constitución, ejerciendo amplios poderes para controlar no sólo la forma, sino también el contenido de las normas y actos demandados de inconstitucionales. Al respecto, Cappelletti ha señalado que “la interpretación que reconoce a los jueces una función creadora de la elaboración de las leyes y en la evolución de los valores parece a la vez inevitable y legítima, siendo el verdadero problema concreto un problema del *grado* de la fuerza creadora o de las *autolimitaciones*”.<sup>19</sup>

El problema de grado que ello supone, siguiendo a Hart, podría oscilar entre la visión positivista del derecho, que considera al TC como una “pesadilla”, y el iusnaturalismo, que lo considera como un “noble sueño”. La pesadilla es esta imagen del juez que, frente a un vacío normativo o indeterminación de una disposición, casi no se distingue del legislador, porque lo llena de contenido; mientras que en el noble sueño, frente a un vacío normativo o indeterminación de una disposición, el juez, si bien no encuentra una norma inequívoca, sí la halla en el sistema normativo, a través de los principios y valores —expresos o latentes— que le permitirán llegar a un resultado inequívoco.<sup>20</sup>

A partir de esta realidad universal se abre un panorama en el que Bulygin ha distinguido hasta tres teorías claramente diferenciadas en torno a la cuestión de si los jueces pueden o no crear derecho:

<sup>18</sup> Aguiló, Joseph, *La Constitución del Estado constitucional*, Bogotá, Palestra-Temis, 2004, pp. 55-62.

<sup>19</sup> Cappelletti, Mauro, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1984, p. 629.

<sup>20</sup> Hart, Herbert, “Una mirada inglesa a la teoría del derecho americana: la pesadilla y el noble sueño”, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-350.

- En primer lugar, la teoría tradicional, que sostiene que el derecho es creado por el legislador, y que los jueces se limitan a aplicar el derecho a los casos particulares.
- En segundo lugar, la teoría que sostiene que los jueces crean derecho cada vez que crean normas individuales, es decir, en cada caso concreto.
- Y, finalmente, la teoría según la cual los jueces no crean derecho en situaciones normales, pero que sí lo hacen cuando crean normas generales en situaciones muy especiales.<sup>21</sup>

Para saber con qué concepción opera la justicia constitucional habría antes que responder a la pregunta sobre con qué teoría de Constitución y del proceso opera el TC. Al respecto, cabe precisar que es con una teoría de la integración de la Constitución<sup>22</sup> y del derecho procesal constitucional como concretización de la Constitución;<sup>23</sup> porque son las que mejor explican el rol creador de derecho; al reconocer en la norma suprema los alcances y la fuerza normativa y/o interpretativa con la que debe cumplir su rol la justicia constitucional. Por ello, en la actualidad los precedentes constitucionales del TC trascienden el caso concreto, vinculando no sólo a las instancias jurisdiccionales, sino a todos los poderes públicos y privados.

En consecuencia, las normas de origen judicial se incorporan al modelo jurídico constitucional peruano romano-germánico.<sup>24</sup> Pero ello sólo es posible a partir de comprender que la existencia del TC se basa en dos principios consustanciales que fundan el Estado constitucional y demo-

<sup>21</sup> Bulygin, Eugenio, “Los jueces ¿crean derecho?”, en Malem, Jorge *et al.* (comps.), *La función judicial*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 21; Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *REDC*, año 8, núm. 22, enero-abril de 1988, pp. 9-51.

<sup>22</sup> Smend, Rudolph, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1985, p. 287. Al respecto, esta teoría es la que prevalece en los diferentes tribunales constitucionales contemporáneos; no obstante, se puede revisar la crítica normativista a dicha teoría en Kelsen, Hans, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 147.

<sup>23</sup> Häberle, Peter, “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP-Fondo Editorial, año VIII, núm. 8, 2002, pp. 25-59; asimismo, Landa Arroyo, César, *Teoría del derecho procesal constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2004, p. 278.

<sup>24</sup> Aguiló, Joseph, *Teoría general de las fuentes del derecho*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 112-123.

crático: el principio de supremacía jurídica de la Constitución, que garantiza la primacía y eficacia de la ley fundamental sobre otras normas de inferior jerarquía, y el principio político democrático, o de soberanía popular, que se manifiesta en el sistema de valores democráticos, en virtud del cual se imparte justicia.<sup>25</sup>

En lo que a su naturaleza se refiere, es preciso señalar que la complejidad de este órgano constitucional impide que pueda ser entendido, a cabalidad, únicamente a partir de las atribuciones que le han sido conferidas normativamente por la Constitución o por el régimen jurídico-constitucional que lo regula; incluso el neopositivismo constitucional, asentado exclusivamente en la jurisprudencia, es insuficiente para comprender su rol en el proceso histórico, social y político de la nación. Por ese motivo, hemos sostenido que el Tribunal Constitucional puede ser entendido no sólo como un órgano jurisdiccional, sino también como un órgano constitucional y político.<sup>26</sup>

Cuando nos referimos a la naturaleza política del Tribunal Constitucional, en definitiva, no aludimos al sentido tradicional del término, como puede ser el de “hacer política”, sino el de “hacer derecho”. Por eso, antes bien, se trata de una concepción que nace a partir de su reconocimiento —en última instancia— como vocero del poder constituyente, en la medida en que es el intérprete supremo de la Constitución. Esta concepción, a su vez, se encuentra determinada tanto por sus decisiones, que pueden tener efectos políticos, como por la posibilidad de someter a control constitucional las denominadas cuestiones políticas —*political questions*—.

Si bien la tensión entre política y derecho es un conflicto universal y permanente, es posible afirmar que el rol jurídico-político del Tribunal Constitucional cobra mayor relevancia cuando acuden a esta instancia causas importantes debido al bajo consenso político entre la oposición y el gobierno para resolverlas en sede política, generándose una alta presión en la esfera de decisión judicial por parte de los poderes públicos, pero también de los poderes privados y fácticos.

<sup>25</sup> Vega García, Pedro de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Estudios político-constitucionales*, México, UNAM, 1987, pp. 298-302.

<sup>26</sup> Häberle, Peter, “El Tribunal Constitucional como poder político”, en Hesse, Konrad y Häberle, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, México, Porrúa, 2005, pp. 91-123; asimismo, Hernández Valle, Rubén, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2005, pp. 38-53.

En tal sentido, se debe tener en cuenta que en países con una tradición desintegrada como en el Perú, donde la realidad política es conflictiva, el Tribunal Constitucional que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido político, económico, social o cultural no puede hacerse la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de las contiendas que él mismo ha de juzgar, sino que, al estar inmerso en ellas en su rol de tribunal imparcial, puede generar consensos conjugando la *ratio* y la *emotio* que toda Constitución tiene, mediante las modernas técnicas de la interpretación y argumentación constitucional.<sup>27</sup>

Sin embargo, lo que mejor caracteriza la facultad de hacer derecho del TC es su estatus jurisdiccional, a la que nos hemos referido en anteriores oportunidades; sin que con ello se pretenda, en modo alguno, restar importancia a las demás características de este órgano.<sup>28</sup>

La Constitución de 1993 reconoce al TC como un órgano constitucional encargado del control de la norma fundamental (artículo 201), al mismo tiempo que le confiere autonomía e independencia y establece su composición, el estatuto de sus miembros y el procedimiento para su elección.<sup>29</sup> Adicionalmente, convierte al TC en una instancia de fallo sobre el fondo y la forma que resuelve en última y definitiva instancia las resoluciones *prima facie* denegatorias del Poder Judicial en materia de hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento (artículo 202, inciso 2); asimismo, lo faculta para declarar, en instancia única, la inconstitucionalidad

<sup>27</sup> Atienza, Manuel, *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997; Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Político-Constitucionales, 1997; asimismo, Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, Lima, Palestra Editores, 2005.

<sup>28</sup> Landa Arroyo, César, “Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el derecho procesal constitucional”, *Constitución y fuentes del derecho*, Lima, Palestra Editores, 2006, pp. 316-319.

<sup>29</sup> Artículo 201 de la Constitución de 1993:

“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”.

de normas con rango de ley (artículo 202, inciso 1) y para resolver los conflictos de competencias o, de atribuciones asignadas directamente por la Constitución, conforme a ley (artículo 202, inciso 3).

De ahí que el hecho de que la Constitución peruana no comprendiera al TC como un órgano del Poder Judicial no le priva de su carácter de órgano jurisdiccional; por el contrario, el Tribunal asume la función de impartir justicia constitucional, puesto que le ha sido atribuida no sólo la función constitucional de velar por el cumplimiento del principio jurídico de supremacía de la Constitución, sino también de velar por la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales (artículo II del título preliminar del CPC).

De esta manera, en tanto órgano jurisdiccional, el TC asume un activo control de constitucionalidad, no sólo como el supremo intérprete de la Constitución, sino también como el garante en última instancia del respeto de los derechos fundamentales, precisando el contenido y los límites de las disposiciones de la Constitución a través de la interpretación jurídica y de la teoría de la argumentación.<sup>30</sup> Dicha constatación permite sostener que el modelo de la justicia constitucional kelseniano puro y simple ha sido superado, en la medida en que en el texto constitucional no sólo existen derechos fundamentales, sino también principios constitucionales y valores superiores, que el Tribunal tiene como misión esencial tutelar y a veces, antes, desentraña su contenido normativo.<sup>31</sup>

En este orden de ideas, resulta imprescindible entender que dicho órgano debe contar con todas las prerrogativas derivadas de la Constitución y de la ley para cumplir su función, y que las sentencias de inconstitucionalidad, los precedentes vinculantes y la doctrina jurisprudencial son el producto de las técnicas del método interpretativo constitucional que coadyuvan en gran medida a la realización de tal finalidad, superando, así, la idea que existía en el derecho clásico, de que la labor del juez consistía únicamente en la aplicación del derecho,<sup>32</sup> esto es, el juez debía li-

<sup>30</sup> Tribunal Constitucional del Perú, *Argumentación, razonamiento e interpretación constitucional*, Material de Lectura del Seminario-Taller internacional, en tres volúmenes, Lima, febrero-marzo de 2008, con el auspicio del Proyecto Jusper de la Unión Europea, donde se recopilan los materiales de los ponentes, Manuel Atienza, Joseph Aguiló Regla, Juan Ruiz Manero, César Astudillo y Gloria Lopera.

<sup>31</sup> Sánchez Ferriz, Remedios, *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 364 y 365.

<sup>32</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, la compilación del mismo autor, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra Editores, 2002, pp. 109-163; Ordóñez Solís, David, *Jueces, dere-*

mitarse a subsumir el supuesto de hecho en la norma a aplicar; por ello Montesquieu señaló, en la primera hora del constitucionalismo, que el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley.

Sin embargo, la teoría jurídica moderna ha dejado de lado esa concepción para dar paso a la noción del juez como creador del derecho, es decir, que el juez constitucional no se limita a realizar la función cognoscitiva de la norma, como tampoco se puede reducir a una función volitiva, sino a una función institucional, en la que debe optar entre los diversos contenidos normativos razonables de la ley, dentro de los parámetros de la *ratio* y *emotio* que la Constitución consagra.<sup>33</sup>

Es a partir de esta nueva concepción de la labor del juez que resulta posible explicar la vital importancia de los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional que se expresan en las sentencias de inconstitucionalidad de las normas legales, así como en la figura propiamente del precedente vinculante y en la doctrina jurisprudencial.

### III. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y FUENTES DEL DERECHO

Resulta evidente que las sentencias de inconstitucionalidad, los precedentes vinculantes y la jurisprudencia constitucional expedida por el TC constituyen con matices —vinculantes fuerte o menos fuerte— fuentes del derecho secundarias. Ello implica, también, asumir que las decisiones jurisdiccionales de dicho órgano constitucional son de observancia obligatoria para los distintos poderes públicos y los ciudadanos. En efecto, su valor vinculante o la obligatoriedad de referirse a ellos se puede decir que es una cuestión de intensidad. Por eso, se podrían reconocer hasta tres grados de vinculación de las sentencias del TC: como *tener que (müssen)* acatar las sentencias de inconstitucionalidad de las leyes, como *deber (sollen)* de cumplir con los precedentes vinculantes y como *poter/deber (können)* de seguir la doctrina jurisprudencial.<sup>34</sup>

*cho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*, Navarra, 2004, pp. 77-108.

<sup>33</sup> Barak, Aharon, “El rol de la Corte Suprema en una democracia”, *Ius et Veritas*, año XIII, núm. 26, junio, Lima, 2003, pp. 108-114; Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 276 y ss.; asimismo, López Guerra, Luis, *El Poder Judicial en el Estado constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2001, pp. 85 y ss.

<sup>34</sup> Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, CEC, 1991, pp. 134-143. Este autor finlandés, siguiendo a Peczenik, Alexan-

Ello es importante, porque los dos primeros tipos de sentencia se integran a las fuentes del derecho, como fuente-normativa que está caracterizada por gozar de fuerza de ley activa —al expulsar una norma legal, llenar un vacío normativo u otorgar un sentido interpretativo— o fuerza de ley pasiva al resistir su modificación por otra sentencia que no provenga del propio supremo intérprete de la Constitución. Pero, por otro lado, el tercer tipo de sentencia se integra como fuente-argumentativa caracterizada también por gozar de fuerza activa y pasiva, pero a nivel hermenéutico o interpretativo, es decir, cediendo un margen de apreciación al juez acerca de su carácter vinculante.

Con estos tipos de sentencias y grados de vinculación el TC ha venido contribuyendo a preservar la supremacía jurídica de la norma fundamental en nuestro ordenamiento jurídico y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, pero también ha generado controversias. Por ello, a continuación se desarrollará brevemente cada una de estas fuentes del derecho, a fin de dar cuenta de su importancia en nuestro sistema jurídico; asimismo, a modo de ejemplo, se citarán algunos casos relativos a la relación que existe entre las sentencias del TC y las fuentes primarias del derecho —la Constitución y la ley—. Relación no siempre pacífica, puesto que las sentencias de este órgano constitucional deben integrar las necesidades de la tutela subjetiva de los derechos fundamentales con las razones de la tutela objetiva de la Constitución, que se presentan por lo general en tensión permanente.<sup>35</sup>

### 1. *La sentencia de inconstitucionalidad*

La Constitución de 1993 establece en su artículo 103, que “...la ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”; asimismo, el artículo 204 dispone que “[l]a sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se

der, *Grundlagen der juristischer Argumentation*, Wien-New York-Cambridge; Springer Verlag, 1983, pp. 57 y ss., plantea un esquema más flexible de las fuentes: fuertemente vinculante —textos legales, costumbres—; débilmente vinculante —precedentes judiciales y trabajos preparatorios— y fuentes del derecho permitidas —dogmática, derecho comparado, principios generales del derecho, principios morales, argumentos prácticos—.

<sup>35</sup> Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional...*, cit., pp. 62 y ss.; asimismo, Zagrebelsky, Gustavo, “¿Derecho procesal constitucional?”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, Estudio Monroy, núm. IV, diciembre de 2001, p. 415.

publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”.

Así, con la emisión de una sentencia de inconstitucionalidad, el TC interviene directamente en la producción de las fuentes normativas del ordenamiento jurídico, puesto que declara la inconstitucionalidad de una norma legal —u otra de similar rango— con efectos generales, expulsándola definitivamente del ordenamiento jurídico, por ser contraria a la Constitución o, en esa medida, otorgándole un sentido interpretativo que la haga conforme a la norma suprema.<sup>36</sup>

En ese mismo sentido, el artículo 82 del CPC señala que “...las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad... que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos”. De no ser ése el caso, es decir, si el TC considera que la norma demandada es compatible con la Constitución y se pronuncia confirmando su constitucionalidad, “... los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad...”, de conformidad con el artículo VI del título preliminar del CPC; es decir, que *prima facie* —como se señala líneas adelante— dicha norma no podrá ser posteriormente inaplicada mediante el control judicial difuso en el Poder Judicial o en los tribunales de justicia administrativa.<sup>37</sup>

Al respecto, es importante subrayar que la sentencia de inconstitucionalidad de una norma legal sólo puede ser aprobada por el Pleno del Tribunal con una mayoría no menor de cinco votos de sus siete magistrados, y tiene una triple efectividad: fuerza de ley, cosa juzgada, y en tanto tal vincula a todos los poderes públicos.<sup>38</sup> En efecto, no cabe duda que cuando el TC sentencia la inconstitucionalidad de una norma legal, dicha declaración tiene efectos vinculantes u obligatorios para todos los poderes públicos, tal como se desprende del citado artículo 204 de la Constitu-

<sup>36</sup> Stein, Torstein, “Tipos de sentencia constitucionales”, *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, núm. 12, *cit.*, pp. 143 y ss.; Díaz Revorio, Javier, *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2003, pp. 445 y ss.; asimismo, Romboli, Roberto, “La tipología de las decisiones de la corte constitucional”, *REDC*, Madrid, año 16, núm. 48, 1996, pp. 35 y ss.

<sup>37</sup> STC Exp. 03741-2004-AA/TC (caso Salazar Yarlenque), FJ 50.

<sup>38</sup> Díaz Revorio, Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 103-118; asimismo, Landa Arroyo, César, *Tribunal Constitucional y Estado democrático...*, *cit.*, pp. 193-196.

ción. De ahí que sea posible afirmar que el carácter vinculante de la sentencia de inconstitucionalidad del TC genera cosa juzgada constitucional en la medida en que las consecuencias van más allá de los efectos de la cosa juzgada formal, toda vez que dicha sentencia es exigible no sólo para las partes del proceso, sino también para todos los poderes y órganos constitucionales, así como para todos los casos futuros.<sup>39</sup>

Una lógica consecuencia de dicha afirmación radica en que los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir las sentencias del TC sino a riesgo de vulnerar los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, debido a que “[l]os 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 VI *in fine* del CPC). En efecto, los tribunales o jueces ordinarios no pueden hacer caso omiso de las sentencias del TC, porque con ello no sólo cuestionarían la supremacía y eficacia normativa de la Constitución, sino que subvertirían el ordenamiento constitucional en su totalidad, introduciendo elementos de anarquía, proscrita en todo ordenamiento jurídico unitario, propio de un Estado constitucional y democrático de derecho.

Con relación al Poder Judicial, si bien ello es así, en la medida en que el TC es el supremo intérprete de la Constitución, tampoco quiere decir que el juez no pueda en su labor interpretativa considerar que la sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundada una demanda de inconstitucionalidad, y, en consecuencia, mantiene la constitucionalidad de la norma legal, él pueda declararla inaplicable exclusivamente para ese caso específico mediante el control difuso. Pero, ello sólo es posible con la condición de que hayan variado sustancialmente el tiempo y las condiciones objetivas —*rebus sic stantibus*— de dicho fallo supremo, y se realice dicha declaración con lealtad constitucional a la interpretación que haya realizado el supremo intérprete de la Constitución. Claro que esta decisión judicial quedará siempre sujeta al eventual control del TC, mediante un proceso constitucional de amparo, habida cuenta que no existe en nuestro sistema la llamada cuestión de inconstitucionalidad.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, pp. 232 y ss.

<sup>40</sup> Esta postura es la que asumió el Tribunal Constitucional de España, al señalar que “Si en el futuro se plantearan casos concretos que permitieran apreciar nuevos matices, en orden a justificar la oposición —o la disconformidad— a la Constitución de alguno de

En cuanto al Congreso, el fallo del TC que declara inconstitucional una norma legal, y por tanto la expulsa del ordenamiento jurídico, no puede ser nuevamente aprobada, dado que dicha sentencia tiene fuerza de ley, es cosa juzgada y contiene carácter vinculante *erga omnes*. Sin embargo, la doctrina considera, también, que esta regla podría tener una excepción en el caso de que las circunstancias y el tiempo hayan variado sustancialmente —*rebus sic stantibus*—, al punto que la norma legal inconstitucional de ayer resulte ser conforme a la Constitución en el futuro.<sup>41</sup> Este es el caso que podría suceder a partir de la mutación constitucional de los derechos fundamentales, como ha acontecido con el desarrollo jurisprudencial colombiano, donde lo que ayer era inconstitucional hoy, vía interpretación de la Corte Constitucional, ha adquirido visos de constitucionalidad —por ejemplo, en temas relativos a la legalización del aborto (C-355/06), eutanasia (C-239/97), reconocimiento patrimonial a las uniones homosexuales (C-336-08), entre otros—.

Ahora bien, con relación a las sentencias de inconstitucionalidad, cabe también señalar que el TC peruano ha ido desarrollando de manera sistemática los tipos de sentencias, efectuando dicha clasificación por vez primera cuando resolvió un proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra la legislación antiterrorista.<sup>42</sup> En dicho proceso se puso en evidencia que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede terminar siendo más gravosa, desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su permanencia dentro del ordenamiento jurídico. Ello se debe a que el vacío normativo suscitado tras la declaración de inconstitucionalidad de una ley u otra norma con rango de ley puede ser perjudicial para la sociedad —*horror vacui*—.

Es así que a partir de la interpretación del sentido y alcance de las normas constitucionales, y sobre la base de la distinción entre disposición

los preceptos cuya inconstitucionalidad no se declara ahora, el Juez o el Tribunal correspondiente podría promover la cuestión de inconstitucionalidad con relación al precepto que le suscitara la duda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal” (STC, 4/1981). Véase Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, CEC, 1985, p. 261.

<sup>41</sup> Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Lima, UNAM-PUCP, Fondo Editorial, 2003, pp. 58 y ss. Donde analiza las dimensiones del tiempo y el espacio en la perspectiva de la evolución del Estado constitucional; asimismo, De Cabo, Carlos, “La función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2002, pp. 45 y ss.

<sup>42</sup> STC exp. 010-2002-AI/TC, FJ 26-35.

—es decir, el enunciado lingüístico, texto o conjunto de palabras— y norma —esto es, el (los) sentido(s) interpretativo(s) que derivan de la disposición—,<sup>43</sup> el TC peruano desarrolló sentencias de principio,<sup>44</sup> a fin de integrar la jurisprudencia y colmar los vacíos normativos. De acuerdo con la referida clasificación, las sentencias pueden ser:<sup>45</sup>

A. Sentencias estimativas. Son aquellas que declaran fundada una demanda. Su consecuencia es la eliminación o expulsión de la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico y, a su vez, se clasifican en:

- a. Sentencias de simple anulación: dejan sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto normativo.
- b. Sentencias interpretativas propiamente dichas: declaran la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial.
- c. Sentencias interpretativas-manipulativas (normativas): detectan y determinan la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de este tipo de sentencias se sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva. Adicionalmente, las sentencias interpretativas-manipulativas admiten la siguiente clasificación: sentencias reductoras, sentencias aditivas, sentencias sustitutivas, sentencias exhortativas y sentencias estipulativas.

B. Sentencias desestimativas. Son aquellas que declaran, según corresponda, inadmisibles, improcedentes o infundadas las demandas.

De acuerdo con lo expresado por el propio Tribunal,<sup>46</sup> el fundamento de las denominadas sentencias interpretativas se encuentra en los artícu-

<sup>43</sup> Guastini, Riccardo, *Le fonte del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, p. 18.

<sup>44</sup> La doctrina suele clasificar, de modo general, las sentencias del Tribunal Constitucional, en sentencias de especie y sentencias de principio. Las primeras surgen de la simple aplicación de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto; siendo la labor del Tribunal meramente declarativa. Por el contrario, las sentencias de principio integran la jurisprudencia propiamente dicha, en la medida en que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, colmando los vacíos normativos y forjando verdaderos precedentes vinculantes. Maunz, Theodor *et al.*, *Bundesverfassungsgerichtsgezetts*, München, Verlag C.h. Beck, 2003, pp. 122 y ss.; Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, Verlag C. H. Beck, 1997, pp. 260 y ss.

<sup>45</sup> STC exp. 004-2004-CC/TC, FJ 2-4.

<sup>46</sup> STC exp. 030-2005-AI/TC, FJ 53.

los 38, 45 y 51 de la Constitución,<sup>47</sup> que reconocen a esta última como norma jurídica (suprema), así como en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, derivado de los artículos 102, inciso 2; 103 y 109, de la Constitución.<sup>48</sup>

Finalmente, a modo de ejemplo, consideramos oportuno analizar la relación entre la sentencia de inconstitucionalidad —como fuente normativa— y las leyes de reforma constitucional, puesto que en más de una ocasión el TC ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de resolver demandas de inconstitucionalidad dirigidas a cuestionar este tipo de normas,<sup>49</sup> que si bien son aprobadas a través de una ley, se ha señalado que se trata de un supuesto de control de inconstitucionalidad no contemplado en el artículo 200, inciso 4, de la Constitución. No obstante que el artículo 201 de la Constitución señala que “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución”.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Artículo 38 de la Constitución.

“Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”.

Artículo 45 de la Constitución. “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen...”.

Artículo 51 de la Constitución. “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

<sup>48</sup> Artículo 102 de la Constitución.

“Son atribuciones del Congreso...: 2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores...”.

Artículo 103 de la Constitución.

“...la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad...”.

Artículo 109 de la Constitución.

“La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

<sup>49</sup> STC exp. 014-2002-AI/TC (caso *Reforma de la Constitución*); STC, exp. 0050-2004-AI/TC y otros (caso: Reforma del sistema de pensiones); STC, exp. 0024-2005-AI/TC (caso Miguel Ángel Muffarech).

<sup>50</sup> Artículo 200, inciso 4, de la Constitución.

“Son garantías constitucionales...: 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de

Al respecto, el Tribunal ha sido claro en señalar que no debe entenderse que la citada disposición constitucional del artículo 200, inciso 4, tiene un carácter taxativo, sino enunciativo; de ahí que también se haya sentenciado sobre la inconstitucionalidad de las normas legales aún vigentes de los gobiernos de facto como los llamados decretos-leyes, aunque este supuesto tampoco haya estado previsto expresamente en el mencionado artículo de la Constitución.<sup>51</sup>

Por tanto, el TC ha manifestado ser competente para evaluar la constitucionalidad de aquellas disposiciones que eventualmente se puedan introducir a través de una ley de reforma constitucional, lo que resulta legítimo, puesto que, por muy especial y singular que sea el poder constituyente instituido en las funciones legislativas del Congreso, a través del procedimiento de la reforma constitucional, no deja de ser un poder “constituyente-instituido” que actúa a través de una ley constitucional limitada, no sólo por la forma, sino también *prima facie* por el fondo, y, por tanto, sujeta a control constitucional del TC. En efecto, “cabe el control tanto por vicio formal (del procedimiento) como sustancial (violación de los límites materiales expresos o tácitos)”.<sup>52</sup>

Admitida esta posibilidad, resta determinar el parámetro de control de constitucionalidad de una ley de reforma constitucional, tema que sin duda reviste cierta complejidad, puesto que se trata de evaluar la validez de la Constitución reformada, cuando la propia Constitución a su vez es el canon básico y límite de la actuación del TC. Sin embargo, queda claro que el poder de reforma no es un poder ilimitado, y por ello resulta plenamente legítimo que el Tribunal evalúe si la ley de reforma constitucional respeta tanto sus límites formales como sus límites materiales.<sup>53</sup>

En cuanto a los límites formales, éstos aluden a aquellos requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospe-

urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

<sup>51</sup> Así, con relación al Decreto-Ley 25967, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia recaída en el exp. 007-96-I/TC; del mismo modo, con relación a los decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, se dictó la sentencia recaída en el exp. 0010-2002-AI/TC (caso: *Legislación antiterrorista*).

<sup>52</sup> Cabo Martín, Carlos de, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Madrid, Trotta, 2003, p. 68.

<sup>53</sup> Da Costa e Silva, Gustavo, *Os limites da reforma constitucional*, Rio de Janeiro-São Paulo, 2000, pp. 85 y ss.; asimismo, STC, exp. 014-2002-AI, FJ 72.

re,<sup>54</sup> y su exigencia da cuenta que el rol del poder de reforma constitucional no es, ni puede ser, el mismo que el del poder constituyente, puesto que se trata en todo caso de un poder constituyente derivado, y, en tanto tal un órgano constituido, potencialmente condicionado.<sup>55</sup> Por otro lado, los límites materiales explícitos o implícitos aluden a los fundamentos mismos de la Constitución, integrados por elementos valorativos o de identidad constitucionales, que se expresan en la dignidad humana, la vida, la libertad, la igualdad, la soberanía del pueblo, el Estado de derecho, entre otros.<sup>56</sup>

### *Caso reforma de la Constitución*

Quizá uno de los casos más relevantes en que el TC se pronunció sobre la constitucionalidad de una ley de reforma constitucional se dio con motivo de la interposición de una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Reforma Constitucional 28389, que reformó el sistema estatal de pensiones de los jubilados del Decreto-Ley 20530.<sup>57</sup> Esta sentencia es especialmente relevante no sólo porque vino a zanjar un tema trascendente tanto desde el punto de vista de los derechos sociales —concreta-

<sup>54</sup> Sobre este punto, el TC ha identificado las siguientes variables:

i. En primer lugar, la Constitución individualiza al órgano investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria. En el caso del Perú, como de la mayoría de países, este órgano es, en principio, el Congreso de la República, en calidad de poder constituido.

ii. En segundo lugar, la Constitución describe cuál es el procedimiento que ha de seguir el órgano legitimado, lo que a su vez ha de comprender el número de legislaturas empleadas, el sistema de votación a utilizar, la habilitación o prohibición de observaciones en el proyecto, etcétera.

iii. En tercer lugar, es la misma norma fundamental la que se encarga de establecer si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una ratificación por parte del pueblo, que de esta forma participa en el proceso de reforma de la norma fundamental” (STC, exp. 014-2002-AI, FJ 72 ss.)”.

<sup>55</sup> Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 240 y ss.

<sup>56</sup> Celotto, Alfonso, “El control sobre la reforma constitucional en Italia”, *Justicia Constitucional*, Lima, año I, núm. 1, septiembre, 2006, pp. 191 y ss.; Pegoraro, Lucio, “Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP-Fondo Editorial, año VI, núm. 6, 1999, pp. 236 y 237; asimismo, STC, exp. 014-2002-AI, FJ 75.

<sup>57</sup> STC, exp. 0050-2004-AI/TC y otros (expedientes acumulados).

mente sobre el derecho fundamental a la pensión—, sino también porque evitó que el sistema nacional de la seguridad social colapse.

Entre los antecedentes del caso se señala que en 2004, el Congreso de la República emprendió la aprobación de una ley de reforma constitucional del sistema de pensiones, con lo cual se cerró definitivamente el régimen pensionario del Decreto-Ley 20530. Ello como consecuencia de la desnaturalización del régimen de pensiones y compensaciones por servicios prestados al Estado —uno de los dos principales regímenes de seguridad social a cargo del Estado a inicios de los años 1990—, que ocasionó una grave crisis del sistema de pensiones en el Perú, ante la imposibilidad económica por parte del Estado, de cubrir el monto de las mismas y debido al aumento significativo de trabajadores que habían ingresado a dicho régimen, en muchos casos de forma irregular, y en algunos con montos desproporcionados a la media nacional.

Una vez publicada la ley de reforma constitucional, se demandó su inconstitucionalidad, lo que dio lugar a un pronunciamiento por parte del Tribunal. Al respecto, cabe señalar que uno de los cuestionamientos más relevantes que se propuso fue que la reforma afectaba el principio de progresividad de los derechos sociales, al prohibir la “nivelación” de las pensiones con las remuneraciones de los trabajadores activos, eliminándose el derecho al reajuste de las pensiones, al subordinársele a las decisiones y posibilidades económicas del Estado.<sup>58</sup> Este cuestionamiento, a su vez, a juicio de los demandantes, venía respaldado por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*.<sup>59</sup>

En su sentencia, el TC determinó —con base en el principio de proporcionalidad— el contenido esencial del derecho a la pensión (artículo 11 de la Constitución), el cual estaba constituido por: *a*) el derecho de acceso a una pensión; *b*) el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella, y *c*) el

<sup>58</sup> Dichas pensiones estaban dentro del sistema del Decreto-ley 20530, denominado “cédula viva”, en virtud del cual recibían del Estado una pensión de cesantía nivelable, progresivamente, de conformidad con la remuneración de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías.

<sup>59</sup> Este caso tiene relevancia, porque la Corte, en esa oportunidad, reconoció a las pensiones como una esfera del derecho de propiedad privada, con lo cual se amplió la doctrina de los derechos humanos que había estado centrada en el restablecimiento de los clásicos derechos civiles y políticos. Al respecto, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, sentencia del 28 de febrero de 2003. En: <http://www.corteidh.or.cr/>.

derecho a una pensión mínima vital. Asimismo, precisó, por un lado, su *contenido accidental*, determinado por el reajuste pensionario y por un tope pensionario máximo, y, de otro, su *contenido adicional*, configurado por el derecho a la pensión de los ascendientes, a la pensión por viudez y a la pensión por orfandad.

Adicionalmente, el Tribunal consideró que si bien el derecho a la pensión es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de interés social o utilidad pública. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados.<sup>60</sup> En consecuencia, si bien la pensión ingresa en la esfera de protección del derecho a la propiedad privada, ésta podría verse afectada, pero siempre que las limitaciones sean compatibles con el propio fin del sistema pensionario.

En este mismo sentido, el Tribunal señaló que valores superiores como la justicia, igualdad y solidaridad, en la mejora de la calidad de vida de los jubilados, constituían igualmente límites al derecho a la pensión. Y es que el sistema de pensiones previsto en Decreto-Ley 20530 había permitido ensanchar, injustificadamente, las diferencias entre los montos de las pensiones de este régimen,<sup>61</sup> convirtiendo a cada pensionista “en base a la regla de la justicia conmutativa, en una célula aislada del sistema y dependiente de una condición externa, hartamente ventajosa para él, pero inequitativa para el resto: la remuneración del trabajador activo en el puesto en el que cesó el pensionista”.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Esta posición del Tribunal tenía asidero también en el artículo 50. del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, «mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos». En toda y cualquier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana (al respecto véase el caso Cinco Pensionistas vs. Perú, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28 de febrero de 2003, fundamento 116).

<sup>61</sup> En algunos casos las pensiones máximas alcanzaban una suma equivalente a 8,500 dólares, mientras que en otros casos las pensiones mínimas ascendían a sólo 30 dólares.

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. 0050-2004-AI/TC y otros (fundamento jurídico 64).

En consecuencia, el Tribunal desestimó la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley de Reforma Constitucional 28389, en razón a que, formalmente, la reforma respetaba el procedimiento previsto en el artículo 206 de la Constitución, y materialmente no se vulneraba el derecho fundamental a la pensión ni se afectaba irrazonablemente la progresividad, y menos aún la universalidad de la garantía institucional de la seguridad social. Finalmente, tampoco se impedía el aumento de la calidad de vida ni la vigencia de los derechos a la igualdad y a la propiedad de los pensionistas más necesitados.

El fuerte valor vinculante de esta sentencia del TC que desestimó la pretendida inconstitucionalidad de la ley de reforma constitucional permitió asegurar la validez de dicha norma constitucional, y, en consecuencia, su fuerza normativa activa y pasiva obligó a los poderes públicos y privados a tener que acatarla —*müssen*—. De donde se desprende que la sentencia se incorporó a las fuentes normativas del derecho en un nivel o rango normativo constitucional. En consecuencia, siguiendo a De Cabo se puede señalar que “Las sentencias resolutorias en estos supuestos tendrían, no obstante, un carácter específico que las distinguiría del supuesto general en cuanto a que se configurarían como Fuentes constitucionales”.<sup>63</sup>

## 2. *El precedente vinculante*

En un modelo jurídico 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. Mientras que para el *common law* o derecho anglosajón 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, y 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. Dichas sentencias con carácter vinculante de naturaleza hermenéutica o normati-

<sup>63</sup> Cabo Martín, Carlos de, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho...*, cit., pp. 68 y 69.

va, pero de alcance general, se configuran como fuente del derecho, como se ha señalado con diferentes grados de intensidad.<sup>64</sup>

Ahora bien, si nos remontamos a su origen, la figura del precedente vinculante surgió en el *common law*, sistema jurídico anglosajón en el que todo juez tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad de una ley en cada caso concreto, motivo por el cual se planteó la necesidad de que exista alguna regla que determine que lo resuelto en un caso sea de aplicación obligatoria a lo que se va a resolver en otro caso igual. De ahí que el deber (*söllen*) de cumplir con los precedentes tenga su sustento en el respeto al principio de igualdad en la aplicación de la ley, pues el mismo se vería vulnerado si lo resuelto en casos idénticos es no sólo distinto, sino también contradictorio.

La existencia de un precedente se debe a un afán de lograr predictibilidad y seguridad jurídica, pues los justiciables, al saber cómo se ha resuelto un caso concreto, podrán predecir cómo se resolverá otro caso con las mismas características.<sup>65</sup> No obstante lo anterior, debe precisarse que la obligatoriedad derivada del precedente vinculante se relativiza a través de la facultad conferida al juez de modificar sus precedentes, precisándose que dicho cambio estará sujeto al cumplimiento de determinados requisitos, tal como se mencionará más adelante.

Al respecto, es importante señalar que la regla según la cual los jueces anglosajones se encuentran vinculados por sus decisiones en casos anteriores es el denominado principio de *stare decisis*,<sup>66</sup> el cual opera tanto de manera horizontal, es decir, como una forma de vincular a cada juez a sus propias decisiones, como de manera vertical, estableciendo que el precedente sentado por una instancia suprema deberá ser respetado por las instancias inferiores.<sup>67</sup> En efecto, con relación a la fuerza vertical del

<sup>64</sup> Taruffo, Michael, "Dimensiones del precedente judicial", *Cinco lecciones mexicanas. Memoria del Taller de Derecho Procesal*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral, 2003, pp. 193 y ss.; asimismo, López Garrido, Diego *et al.*, *Nuevo derecho constitucional comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 105-115.

<sup>65</sup> Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial...*, *cit.*, pp. 203 y ss.

<sup>66</sup> Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Las fuentes en el derecho comparado...*, *cit.*, pp. 82 y ss.

<sup>67</sup> La fuerza horizontal del principio *stare decisis* alude a la autovinculación, por parte de los jueces, a sus propios precedentes (Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001, pp.

principio de *stare decisis*, es posible afirmar que todo órgano jurisdiccional queda vinculado a la doctrina establecida por los tribunales de rango jurídico superior que tienen jurisdicción para revisar sus decisiones. En ese sentido, la fuerza vinculante del *stare decisis* vertical hace que los tribunales de primera instancia no desempeñen propiamente una función de proveer reglas, ya que los precedentes establecidos por los tribunales de rango superior para revisar sus sentencias siempre tienen mayor fuerza vinculante que sus propias decisiones.

Como se puede advertir, es precisamente la fuerza vertical del principio *stare decisis* la que permite que los jueces de instancias inferiores resuelvan con base en determinados parámetros que van a impedir que se vulnere el principio de igualdad en la aplicación de la ley para el justiciable, pues lo resuelto por una instancia superior será de obligatorio cumplimiento para los jueces de grados inferiores, siempre y cuando se constate la similitud del caso. Nótese que este principio alude al deber obligatorio que tienen los jueces de seguir el precedente, lo cual descarta toda posibilidad de considerar que el precedente, en el clásico sistema inglés del *common law*, sea de naturaleza meramente orientativa para los jueces.

En ese orden de ideas, “el *stare decisis* le impone al juez la obligación de seguir los precedentes de casos previos similares, pero a la vez eleva a la categoría de precedente sus propias sentencias”.<sup>68</sup> Permite, de esta manera, que la instancia suprema, al revisar los fallos de los grados inferiores, cumpla una función nomofiláctica al expulsar las interpretaciones contrarias al precedente vinculante, y una función nomotética de crear normas en casos de vacío u otorgar el sentido interpretativo correspondiente a una norma en caso de contradicción de los mismos,<sup>69</sup> todo lo cual lleva a unificar y ordenar jurisprudencialmente el sistema de fuentes del derecho.

Por tanto, es posible afirmar que el principio de *stare decisis* deriva de una concepción del derecho según la cual “éste no es tanto un sistema cerrado de normas abstractas que sirven para orientar la conducta de los ciudadanos..., como un conjunto abierto de reglas concretas que dan di-

38-41). Sin embargo, ello que no implica que éstos no puedan modificarlos luego, ante un eventual cambio de las circunstancias que rodean al caso concreto.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>69</sup> Otto, Ignacio de, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, pp. 46-49; asimismo, Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 491 y ss.

rectamente la solución a litigios definidos”.<sup>70</sup> En tal sentido, este principio obliga a los jueces a seguir determinada línea jurisprudencial, generando predictibilidad en sus decisiones; sin embargo, es importante dejar anotado que dicha línea jurisprudencial puede estar sujeta a cambios, como se verá más adelante.

La figura del precedente vinculante se encuentra claramente enraizada en el sistema anglosajón, pues se ha tomado conciencia de que la jurisprudencia expedida por los órganos jurisdiccionales de apelación debe ser obligatoria tanto para ellos mismos como para los jueces de nivel inferior. Sin embargo, no son pocos los ordenamientos de tradición jurídica romano-germánica que consagran normas expresas en las que se regula la institución del precedente vinculante. Por ello, resulta encomiable que países con dicho sistema, como el peruano,<sup>71</sup> español<sup>72</sup> o alemán,<sup>73</sup> hayan regulado en las leyes orgánicas de sus tribunales constitucionales, o como el mexicano en su Ley de Amparo,<sup>74</sup> o mediante la creación jurisprudencial, como en el modelo colombiano,<sup>75</sup> o a través de una reforma o enmienda constitucional, como el caso brasilero,<sup>76</sup> hayan establecido que

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 468.

<sup>71</sup> Rodríguez Santander, Roger, “El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos”, en Carpio, Edgar y Grandez, Pedro (coords.), *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 15 y ss.; en este colectivo se recopilan trabajos importantes también de Pedro Grandez y Javier Adran; asimismo, revisar *JUS Constitucional análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Especial: la fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, enero 1o. de 2008, donde se recogen artículos de Samuel Abad y Luis Castillo, entre otros.

<sup>72</sup> Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial*, cit., pp. 162-240; asimismo, revisar *Jurisprudencia vinculante: Una necesidad del Estado de derecho. Discurso leído por el presidente del Tribunal Supremo y presidente del Consejo General del Poder Judicial, Excmo. Sr. D. Francisco José Hernando Santiago. En el solemne acto inaugural del año judicial, celebrado en el Palacio de Justicia, con asistencia de su Majestad el Rey, el día 13 de septiembre del 2005*, Madrid, Tribunal Supremo, 2005, pp. XIII-LXXXIII.

<sup>73</sup> Pestalozza, Christian, *Verfassungs-prozeßrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 1991, 3o. Auflage, pp. 297 y ss.

<sup>74</sup> Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 2008, pp. 827-835, y Suárez Camacho, Humberto, *El sistema de control constitucional en México*, México, Porrúa, 2007, pp. 276-286.

<sup>75</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 151-176.

<sup>76</sup> Almeida Melo, José Tarcizio de, “Súmula vinculante: aspectos polémicos, riesgos e viabilidade”, texto de la conferencia pronunciada el 31 de mayo del 2007 en la Escuela

la jurisprudencia constitucional sea vinculante. Desde entonces se ha consagrado un sistema de precedentes constitucionales de obligatorio cumplimiento para el Poder Judicial, la administración, el Parlamento y los particulares.

Por tanto, la figura del precedente vinculante no es ajena a todo ordenamiento de origen romano-germánico, “[p]or el contrario, la regla según la cual los casos parecidos deben decidirse aplicando la misma norma jurídica, responde a un principio de justicia inserto en la tradición jurídica occidental”.<sup>77</sup>

En el caso peruano, el origen de la obligatoriedad para los jueces de interpretar conforme a las decisiones del TC se desprendía ya de la normativa anterior al Código Procesal Constitucional (CPC), como ocurría con la primera disposición general de la Ley 26435<sup>78</sup> —y en virtud a tal norma existía la obligación de respetar en un sentido hermenéutico, mas no normativo, las sentencias del máximo intérprete de la Constitución—. Ahora, en el CPC la otrora obligatoriedad de las sentencias del TC establecida en la mencionada ley ha sido recogida en el artículo VI *in fine* del título preliminar del CPC, el mismo que será analizado en el siguiente acápite de la jurisprudencia constitucional. Pero este Código también incorpora expresamente la figura del precedente vinculante con efecto normativo: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo” (artículo VII del título preliminar del CPC).

Sobre el particular, el TC peruano ha manifestado que “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

Judicial-Tribunal de Justicia de Minas Gerais, p. 35; asimismo, Molitor, Joaquim, “A Súmula vinculante na reforma do poder judiciário”, *Revista Imes-Direito*, año VI, núm. 11, Jul/diez., 2005, pp. 91-101.

<sup>77</sup> Requejo Pagés, Juan Luis, “Juridicidad, precedente y jurisprudencia”, *REDC*, año 10, núm. 29, mayo-agosto de 1990, p. 232; asimismo, Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Las fuentes en el derecho comparado...*, *cit.*, p. 82.

<sup>78</sup> Primera disposición general. Ley 26435. “Los jueces y tribunales 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 en todo tipo de procesos”.

la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga”.<sup>79</sup> Se advierte, por tanto, que el precedente estará referido a un caso concreto, que por su trascendencia servirá para establecer reglas jurídicas abstractas y generales que serán de aplicación obligatoria para casos iguales en el futuro. De ahí que la vinculación establecida por el precedente alcance no sólo a los demás poderes del Estado, sino también a los particulares, pues lo que se establece en el caso que sienta precedente deberá aplicarse para casos idénticos.

De igual manera, el TC ha manifestado que el precedente es una herramienta adecuada no sólo para dotar de mayor predictibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de las sentencias emitidas para otros procesos tutelares de los derechos fundamentales en la misma causa.<sup>80</sup> Esta precisión se basa en el hecho de que el precedente nace como una regla destinada a otorgar predictibilidad en los fallos a fin de lograr seguridad jurídica, y que ello redunde en mantener la vigencia del principio de igualdad, por cuanto dicho principio se vería vulnerado si es que existen diferentes fallos con relación a casos idénticos. Así, el precedente vinculante es una figura que permite saber cómo el juez constitucional resolverá un caso concreto en el futuro, al mismo tiempo que ordena y da coherencia a la jurisprudencia expedida por el TC; como por ejemplo en el caso de la interposición del recurso de agravio constitucional por violación de los precedentes constitucionales en el caso Amparo contra Amparo.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> STC, exp. 0024-2003-AI/TC. En esta misma sentencia el TC señaló que el precedente vinculante 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”.

<sup>80</sup> STC, exp. 3741-2004-AA/TC, FJ 40 *in fine*.

<sup>81</sup> STC, exp. 4853-2004-AA/TC FJ 40. En el cual el TC dispone que “... B) Regla sustancial: El recurso de agravio a favor del precedente tiene como finalidad restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional. El recurso puede ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo. El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados”.

Con relación al establecimiento del precedente vinculante, cabe precisar que se aprueba por el Pleno del Tribunal con una mayoría no menor de cinco votos de los siete magistrados, y es necesario que el mismo esté relacionado con el caso que se está resolviendo, pues si bien con su establecimiento éste será de aplicación a una generalidad de supuestos, su nacimiento parte de un caso concreto. Al respecto, el TC ha señalado jurisprudencialmente los siguientes presupuestos para el establecimiento de un precedente vinculante: *a)* cuando existan fallos contradictorios; *b)* cuando se está aplicando indebidamente una norma del bloque de constitucionalidad; *c)* cuando hay un vacío normativo; *d)* cuando caben varias posibilidades interpretativas, y *e)* cuando es necesario cambiar de precedente.<sup>82</sup>

Perfeccionando el uso de la figura del precedente vinculante y teniendo en cuenta los presupuestos señalados, el TC, con base en el principio de autonomía procesal,<sup>83</sup> ha ido desarrollando treinta y tres precedentes vinculantes,<sup>84</sup> entre los cuales destaca el caso Anicama (STC 1417-2005-PA/TC), donde se decidió establecer un precedente en materia pensionaria, debido a la abundancia de fallos contradictorios respecto a la protección residual del amparo al derecho fundamental a la pensión, reservándola para casos de tutela urgente de su contenido esencial.<sup>85</sup> De igual manera, en el caso Baylón (STC 0206-2005-PA/TC), el TC estableció un precedente en materia laboral, debido principalmente a que se estaba aplicando indebidamente el artículo 5o., inciso 2, del CPC, y a que existían varias posibilidades interpretativas respecto a lo que debe entenderse por “vías igualmente satisfactorias”, así como a la correcta aplicación del amparo residual.

Asimismo, en el caso Villanueva (STC 168-2005-PC/TC) se establece que cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma

<sup>82</sup> STC, exp. 0024-2003-AI/TC.

<sup>83</sup> León Vásquez, Jorge, “El Tribunal Constitucional y la configuración de su derecho procesal”, *Justicia Constitucional*, Lima, año 8, núm. 4, julio-diciembre de 2006, pp. 29-61, en este especial dedicado a la autonomía procesal del Tribunal Constitucional se pueden encontrar trabajos de Mijail Mendoza y del autor.

<sup>84</sup> Tribunal Constitucional, *Sentencias del Tribunal Constitucional que contienen precedentes vinculantes*, Lima, marzo de 2008. Este documento en el que se sistematizan los precedentes a esa fecha, puede ser complementado con la actualización de los mismos que se realiza en la *Gaceta Constitucional del TC* <http://gaceta.tc.gob.pe>.

<sup>85</sup> Hakansson Nieto, Carlos, “El contenido de los derechos fundamentales, como un concepto abierto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Justicia Constitucional*, Lima, año I, núm. 2, agosto-diciembre de 2006, pp. 51 y ss.

legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento, surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del indicado proceso constitucional. Bajo el marco normativo de estos tres precedentes vinculantes el Tribunal Constitucional ha dictado cerca de dieciséis mil sentencias.<sup>86</sup>

Por otro lado, con respecto a la determinación de la parte de la sentencia que contiene el carácter vinculante, se precisa que no se encuentra únicamente en el *decisum* o fallo, sino en la regla jurídica que sostiene la decisión tomada, es decir, en la *ratio decidendi*, que es la razón suficiente donde se establecen los principios o reglas jurídicas que se constituyen en la base de la resolución del caso. El problema que podemos encontrar en este punto radica en el hecho de determinar con claridad qué parte de la sentencia constituye la *ratio decidendi*, diferenciándola del *obiter dictum*, que es la razón subsidiaria en tanto ofrece reflexiones jurídicas que fundamentan mejor una sentencia, de manera que el contenido y alcance no quede a la libre interpretación del órgano inferior.<sup>87</sup>

Por este motivo, el TC ha precisado con absoluta claridad en el caso Salazar Yarlenque<sup>88</sup> los tipos de regla jurídica que contiene la *ratio decidendi* —que constituirá precedente vinculante—. Así, se ha establecido que la regla procesal es aquella disposición normativa de la *ratio decidendi* que se funda en el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, y tiene la facultad jurídica para establecer un

<sup>86</sup> Tribunal Constitucional del Perú, *Jurisprudencia y doctrina constitucional en materia provisional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, p. 10.

<sup>87</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos...*, *cit.*, pp. 176 y ss.

<sup>88</sup> Cabe mencionar que los presupuestos para el establecimiento de los precedentes fijados en la STC, exp. 0024-2003-AI, se han visto ampliados con la expedición de la STC 3741-2004-AA, caso *Salazar Yarlenque*. En efecto, en esta sentencia el TC establece que un nuevo presupuesto para fijar un precedente vinculante está referido a que “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 sólo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales...” (STC, exp. 3741-2004-AA/TC, FJ 41.d.). En tal sentido, si bien en los procesos de tutela de los derechos fundamentales lo resuelto tiene efectos sólo para las partes en conflicto, el TC ha establecido que si está en juego la vulneración de los derechos de las personas es legítimo fijar como precedente vinculante la inaplicación de la norma que vulnera dichos derechos, pues de esta manera se estarán resguardando los derechos de aquellos que se encuentren en la misma situación de quien demandó la violación.

precedente vinculante con efecto *erga omnes*, a partir de que en el caso se haya producido un pronunciamiento sobre el fondo, pasando así a la calidad de autoridad de cosa juzgada constitucional. Mientras que la regla sustancial o material es aquella disposición normativa de la *ratio decidendi* que se funda en el principio de supremacía constitucional y de su fuerza normativa, para estimar una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, con efectos vinculantes para casos futuros idénticos.

En este sentido, debe remarcarse la importancia de la motivación de las sentencias,<sup>89</sup> esto es, de la existencia de una armonía lógica entre los fundamentos y el fallo de la misma, puesto que una sentencia que constituya precedente, y que a la vez cuente con una adecuada motivación, generará predictibilidad, certeza y seguridad jurídica.<sup>90</sup>

#### A. *El cambio de precedente*

Como se señaló líneas atrás, si bien los jueces se encuentran vinculados a sus propios precedentes, ello no implica que éstos no puedan ser modificados luego. En efecto, el cambio de criterio jurisprudencial es aceptado de manera pacífica aun en el sistema anglosajón, en el cual existe una regla vinculante como el *stare decisis*, y ello porque seguir un precedente no implica consagrar la vigencia de una regla en el tiempo *sine die*, pues un tribunal puede resolver el dilema siguiendo el precedente a pesar de la injusticia en el caso particular, o, por el contrario, rechazar el precedente y derogar su decisión anterior.<sup>91</sup>

<sup>89</sup> Sobre la importancia de la motivación en el Estado constitucional y democrático de derecho se ha señalado lo siguiente: "...el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos" (Atienza, Manuel, "Argumentación y Constitución", en [http://www2.uah.es/filder/manuel\\_atienza.pdf](http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf), p. 14. Visitada el 20 de noviembre de 2007).

<sup>90</sup> En tal sentido, se afirma que "La motivación de las decisiones es imprescindible para hablar del uso de las decisiones anteriores, ya que si el TS u otros jueces o tribunales se refieren a sus propias decisiones precedentes o a las de órganos judiciales superiores, lo hacen a su contenido, a su argumentación, y no al fallo" (Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial...*, cit., p. 158.).

<sup>91</sup> Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el common law...*, cit., pp. 137-140.

Así, en el caso norteamericano, se afirma que el principio *stare decisis* se encuentra debilitado con relación a la Corte Suprema, dado que ésta crea derecho no sólo derivando reglas de los principios del derecho común o mediante la interpretación de los enunciados abstractos de la ley, sino también juzgando sobre la incompatibilidad de éstos con los de la Constitución, cuyo sentido preciso sólo la propia Corte puede determinar de forma autorizada y, por tanto, vinculante para el legislador, entendiéndose que la Corte misma no siempre está obligada por sus propios precedentes.<sup>92</sup>

En consecuencia, es posible afirmar que la figura del precedente se flexibiliza en algunas ocasiones; pero para ello se deberán tener en consideración aquellos elementos que rodean el caso concreto y la relevancia de éste, pues si se entiende que el ordenamiento jurídico no es estático, sino dinámico y vital, será más fácil aceptar que lo decidido en un caso no siempre será de aplicación a otro caso concreto, pero a condición de que se motive razonablemente el cambio de precedente.

En el caso peruano, la segunda parte del artículo VII del título preliminar del CPC ha previsto expresamente la posibilidad de que el TC varíe su propio precedente vinculante, señalado que “[c]uando 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”. De ahí que en este supuesto el legislador ha reservado para el propio TC la competencia exclusiva del cambio de su precedente. De aquí surge la necesidad de la motivación de la nueva sentencia y que juegue un rol aún más importante, a fin de que no se vea afectada la seguridad jurídica y la predictibilidad con el nuevo precedente del TC.

Claro está que ello no impide que el juez, dejando salvada su interpretación particular, falle de conformidad con el precedente vinculante, pero sí requiere de un juez leal con la interpretación realizada por el TC, más aún cuando el incumplimiento de la misma ha dado lugar a que el órgano de control administrativo de los jueces del Poder Judicial, la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), haya establecido mediante resolución, que su incumplimiento es mérito de responsabilidad administrativa.<sup>93</sup>

<sup>92</sup> Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho...”, *cit.*, p. 17.

<sup>93</sup> Resolución de Jefatura 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada el 4 de abril del 2006 en el diario oficial *El Peruano*. Dispone que todos los órganos jurisdiccionales de la República den cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitu-

En el sistema español, por citar un ejemplo, ha habido críticas en lo que respecta al tratamiento que el TC otorga al cambio de precedente. En efecto, se afirma que “la igualdad y la seguridad jurídica resultan garantizadas de manera sumamente débil, pues lo que el Tribunal ha exigido es tan solo que la diferencia entre las resoluciones esté motivada, sin entrar a examinar si esa motivación es o no suficiente”.<sup>94</sup> De ahí que sea importante que nuestro Tribunal encuentre suficiente motivación en las sentencias del juez que propongan un cambio de precedente a evaluar por el colegiado.

En este orden de ideas, para que el TC peruano pueda apartarse de un precedente es necesario que confluyan los siguientes elementos: *a)* expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan dicha decisión; *b)* expresión de la razón declarativa-teleológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión, y *c)* determinación de sus efectos en el tiempo.<sup>95</sup>

Respecto a los efectos que produce el cambio de precedente, el TC, en la STC, exp. 0090-2004-AA/TC, caso Callegari, aplicó por primera vez el *overruling* prospectivo,<sup>96</sup> estableciendo lineamientos que permitían la futura modificación del precedente que se venía aplicando a todos los casos de retiro por renovación de cuadros del personal militar y policial. Así, en dicha sentencia el TC señaló

...este Colegiado estima necesario establecer lineamientos para la adopción de un nuevo criterio jurisprudencial sobre dicha materia; aunque —y es conveniente subrayarlo— dicho cambio sólo deberá operar luego de que los órganos involucrados con las referidas acciones de personal puedan conocer los alcances del mismo y adopten las medidas que fueren ne-

cional sobre criterios de procedencia en demandas de amparo, en materia laboral y sobre impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, bajo responsabilidad funcional en caso de incumplimiento.

<sup>94</sup> Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1988, p. 292; asimismo, Requejo Pagés, Juan (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Tribunal Constitucional, 2001, pp. 573-576.

<sup>95</sup> STC, exp. 0024-2003-AI/TC.

<sup>96</sup> El *overruling* prospectivo permite que el caso materia de análisis y los anteriores se decidan por el precedente derogado; mientras que las controversias que tengan lugar con posterioridad al cambio de precedente deberán decidirse según la nueva regla; es decir, según la regla establecida por la decisión derogatoria. Con esto, de alguna manera, se le otorga a los afectados por el cambio la oportunidad de preparar y conformar su comportamiento a la nueva regla.

cesarias para su cabal cumplimiento, sin que, además, se afecte lo institucionalmente decidido conforme a la jurisprudencia preexistente.<sup>97</sup>

Con relación a ello, el TC ha sostenido que la técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto de los justiciables y los poderes públicos al precedente anterior; y, por otro lado, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente. Esto se justifica 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, de tracto sucesivo, o cuando se establecen situaciones menos beneficiosas para los justiciables, básicamente.<sup>98</sup>

#### B. Caso de la Libre desafiliación de las AFPs

En torno a la figura del precedente, es de particular interés el caso de la Libre desafiliación de las AFPs, el mismo que da cuenta de la relación dinámica y de integración que existe entre el precedente vinculante del TC —como fuente normativa de derecho— y la ley del Congreso.

En esta ocasión el TC primero emitió un pronunciamiento —no como precedente vinculante— por mayoría, y sólo para un caso concreto sobre la validez constitucional del retorno del sistema privado de pensiones al sistema nacional de pensiones,<sup>99</sup> a propósito de una demanda de amparo interpuesta por don Víctor Augusto Morales Medina contra una administradora privada de fondo de pensiones (AFP) y la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS).<sup>100</sup>

<sup>97</sup> STC, exp. 0090-2004-PA/TC FJ 5. También se puede apreciar el uso del *overruling* en el caso Álvarez Guillén, donde el TC cambia su jurisprudencia a fin de tutelar el derecho al debido proceso de los jueces que no habían sido ratificados por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) de manera inmotivada, con base en la doctrina de la discrecionalidad en el nombramiento y remoción de los cargos de confianza. El TC en el caso Álvarez Guillén (STC, exp. 3361-2004-AA/TC) dispuso mediante el *overruling*, es decir, con efectos a futuro para los nuevos casos, el derecho fundamental a la motivación de toda resolución del CNM.

<sup>98</sup> STC, exp. 0024-2003-AI/TC.

<sup>99</sup> STC, exp. 1776-2004-AA/TC (caso Libre desafiliación de las AFPs).

<sup>100</sup> Al respecto, es importante señalar que si bien esta problemática ya había sido planteada ante el Tribunal Constitucional en anteriores oportunidades, debido, principal-

En su sentencia, el Tribunal señaló que al no existir derechos fundamentales absolutos, no resultaba razonable admitir un retorno incondicionado y sin expresión de causa del sistema privado de pensiones al sistema nacional de pensiones. Por el contrario, manifestó que dicho retorno se justificaría únicamente en aquellos casos en que se configuraran los siguientes presupuestos: en primer lugar, que la persona cumpla con los requisitos exigidos para acceder a una pensión; en segundo lugar, que no haya existido información o no haya sido suficiente para que se realice la afiliación, y, en tercer lugar, cuando se protejan labores que impliquen un riesgo a la vida o a la salud.<sup>101</sup> Estos supuestos se encontraban previstos en la legislación infraconstitucional que regulaba la materia.

Sin embargo, con posterioridad a la emisión de esta sentencia, el Congreso de la República emitió la Ley 28991, la misma que fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el 27 de marzo de 2007. Esta ley sólo contempló dos de las tres causales reconocidas en la sentencia 1776-2004-AA/TC para el retorno del sistema privado de pensiones al sistema nacional de pensiones, omitiendo aquella que hacía alusión a la ausencia de información o a la insuficiencia de la misma al momento de realizar la afiliación. Asimismo, esta ley incorporó una nueva causal, referida a aquellas personas que hubieran ingresado al sistema nacional de pensiones hasta el 31 de diciembre de 1995, y que al momento de hacer efectiva tal desafiliación les correspondía una pensión de jubilación en dicho sistema, independientemente de su edad.

Ante las demandas de amparo acumuladas por el reconocimiento de la libre desafiliación de las AFPs en el marco de esta modificación legislativa, el TC consideró necesario emitir un nuevo pronunciamiento sobre la materia,<sup>102</sup> abordando, en primer lugar, la causal omitida o descartada por el legislador. En efecto, dicho colegiado estimó integrar como precedente vinculante con efecto normativo que la causal referida a la falta o insuficiencia de información como presupuesto para la desafiliación se desprendía directamente de los artículos 10, 11 y 65 de la Constitu-

mente, a las afiliaciones masivas a las AFP que se realizaron en la década pasada, a veces a través de un *marketing* casi compulsivo, no fue hasta la emisión de la sentencia recaída en el expediente 1776-2004-AA/TC, que dicho colegiado consideró necesario —ante el conflicto social que este tema venía generando— precisar el contenido del artículo 11 de la Constitución, que consagra el derecho al libre acceso a las prestaciones pensionarias.

<sup>101</sup> STC, exp. 1776-2004-AA/TC, FJ 35-46.

<sup>102</sup> STC, exp. 7281-2006-AA/TC.

ción,<sup>103</sup> de modo que si bien dicha causal no había sido recogida expresamente en el texto de la ley, ello no quería decir, en modo alguno, que su cumplimiento hubiera quedado anulado, pues ello supondría desconocer el principio de supremacía jurídica de la Constitución (artículo 51 de la Constitución) y el principio de la eficacia directa —vertical y horizontal— de los derechos fundamentales.

Es así que el Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 65 de la Constitución, según el cual “[e]l Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado...”, y del artículo VII del título preliminar del CPC, estableció un precedente vinculante referido a la falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación en el siguiente sentido:

El Tribunal Constitucional establece que el Estado protege a los usuarios ante la falta de información o la insuficiencia de la misma (artículo 65 de la Constitución); por lo que constituye un supuesto jurídico legítimo para que se pueda dar inicio al trámite de desafiliación de una determinada AFP. En consecuencia, las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante este Colegiado, deberán ser remitidas a la autoridad administrativa correspondiente, a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación.<sup>104</sup>

Del mismo modo, esta vez con relación al procedimiento a seguir cuando se presente esta causal de desafiliación, el Tribunal Constitucional señaló —también como precedente vinculante— lo siguiente:

...el procedimiento a ser utilizado en el trámite de desafiliación debe ser el que el Reglamento de la Ley Núm. 28991 determine; mientras ello sucede, será de aplicación supletoria el procedimiento previsto en el artículo 52 de la Resolución Núm. 080-98-EF-SAFP, teniendo en cuenta lo señalado por este Colegiado en los fundamentos 32 a 36 de la presente sentencia.<sup>105</sup>

<sup>103</sup> Artículo 10 de la Constitución: “[e]l Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

<sup>104</sup> STC, exp. 7281-2006-AA/TC FJ 27.

<sup>105</sup> STC, exp. 7281-2006-AA/TC FJ 37.

De esta manera, ante una omisión legislativa por parte del Congreso, el Tribunal Constitucional estableció un precedente normativo en materia pensionaria, el mismo que debe —*söllen*— y viene siendo observado no sólo por los jueces constitucionales, sino también por todos los poderes del Estado, los órganos constitucionales y las entidades administrativas o privadas de fondos de pensiones, en la medida en que dicho precedente constituye una concretización de los artículos 10, 11 y 65 del propio texto constitucional.

Es de destacar que las reglas sustantivas y procesales de las *ratio decidendi* constituyen precedentes vinculantes que se incorporan al sistema de fuentes normativa del derecho con un carácter supralegislativo, pero infraconstitucional; sin embargo, su sentido profundo antes que jerárquico es que el TC cumpla con su función de integrar un mandato legal o llenar un vacío del mismo con las normas constitucionales, a partir de otorgar efecto normativo —*erga omnes*— a las reglas jurídicas que permiten resolver un caso concreto.

### 3. *La jurisprudencia constitucional*

El artículo VI del título preliminar del CPC, en estrecha relación con el principio *stare decisis*, aunque en un grado de menor intensidad que los precedentes vinculantes, establece el deber/poder —*können*— de los jueces, de interpretar y aplicar las leyes, o toda norma con rango de ley y los reglamentos, de conformidad con la interpretación que de ellos realice el Tribunal Constitucional, en tanto supremo guardián e intérprete de la Constitución y de los derechos fundamentales. Así, el mencionado artículo del CPC alude a la obligación de los jueces de instancias inferiores, de resolver de conformidad con la jurisprudencia expedida por el TC. Al respecto, cabe precisar que si bien los jueces tienen la facultad de interpretar las normas con base en la jurisprudencia del Tribunal, dicha interpretación deberá efectuarse sin alterar el núcleo principal de lo establecido en la jurisprudencia por el TC.

De esta manera, en nuestro sistema jurídico existe la exigencia de observar la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional, lo que constituye un elemento característico del Estado constitucional y democrático de derecho, que demanda que tanto los poderes públicos como los ciudadanos en general se encuentren efectivamente vinculados a la Cons-

titución y a los criterios, orientaciones y principios interpretativos establecidos por los altos tribunales de justicia.<sup>106</sup>

Dicho mandato legal ha sido ratificado por el propio Tribunal al señalar que

... para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominada jurisprudencia... Consecuentemente, en nuestro sistema la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente...<sup>107</sup>

Ello supone que, por un lado, a diferencia del precedente vinculante, en el que se establecen los efectos normativos de una sentencia que ha pasado en calidad de cosa juzgada constitucional al haber resuelto sobre el fondo un proceso constitucional, en la doctrina jurisprudencial se requiere una pluralidad de sentencias constitucionales orientadas en el mismo sentido interpretativo de un derecho fundamental o de una norma, para que sea exigible su cumplimiento. Por otro lado, el sentido vinculante de dicha doctrina está dirigido específicamente a los jueces; es decir, que no se configura un efecto normativo *erga omnes*, que la haría exigible a cualquier órgano o persona, sino que goza de efectos interpretativos específicamente para la judicatura ordinaria o especializada.

Más aún, mientras un precedente vinculante, dado sus efectos normativos, es aprobado por el Pleno del TC por cinco votos —equivalente a la declaratoria de inconstitucionalidad—, la doctrina jurisprudencial, dados sus efectos interpretativos, si bien podría ser aprobada en una Sala, en la práctica se lleva al Pleno del Tribunal y se aprueba por mayoría simple de cuatro votos de los siete magistrados, en aras de la unidad jurisprudencial entre ambas salas y la certeza jurídica para los jueces y justiciables.

Ahora bien, en la práctica constitucional se ha producido la transformación de una línea jurisprudencial a precedente vinculante, debido al desconocimiento por parte de muchos jueces del Poder Judicial, del valor

<sup>106</sup> Adrián Coripuna, Javier, “Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor de la jurisprudencia vinculante”, *Gaceta del Tribunal Constitucional*, núm. 2, abril-junio de 2006, p. 12.

<sup>107</sup> STC, exp. 0047-2004-AI/TC FJ 33.

vinculante de la interpretación que el TC había realizado, por ejemplo con relación al pago de impuestos a las salas de juego de casinos y tragamonedas; dadas las exoneraciones que otorgaban los jueces vía procesos de amparo o aplicando el control judicial difuso para apartarse de las sentencias constitucionales y la norma tributaria, incluso con reñidas prácticas a la ética judicial.<sup>108</sup>

Los jueces que decidan apartarse de la doctrina jurisprudencial deberán realizar una intensa argumentación del cambio de criterio en un caso en concreto, para revertir la presunción de constitucionalidad de dicha doctrina, que asegura el principio de unidad y coordinación jurisprudencial en materia constitucional, del cual el supremo intérprete es el Tribunal Constitucional, para lo cual, siguiendo la práctica comparada sobre la materia, podría aplicarse la técnica del *distinguish*, con la finalidad de determinar cuándo es inaplicable o no la doctrina jurisprudencial del TC, por constituir un caso distinto.

Al respecto, el juez inferior tendría tres posibilidades: 1. Aplicar (*apply*) la regla de la doctrina jurisprudencial cuando se trate de casos idénticos; 2. Seguir (*follow*) la regla de la doctrina jurisprudencial cuando las diferencias con el nuevo caso no sea sustancial, y, en consecuencia, optar analógicamente por aplicar dicha regla, y 3. Apartarse (*distinguish*) de la regla

<sup>108</sup> STC, exp. 4227-2005-PA/TC. FJ 42 y 43. Caso Royal Gaming S.A.C. El TC señaló que no podía dejar de expresar su preocupación por el hecho de que en sede judicial se venían dictando sentencias en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, que infringían el segundo párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional, en virtud del cual los jueces y tribunales tienen la obligación de interpretar y aplicar 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 este colegiado en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

En tal sentido, el TC dispuso, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, otorgar a dicha sentencia el carácter de precedente vinculante. En consecuencia, al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17, y la tercera y décima disposiciones transitorias de la Ley 27796; de la tercera disposición complementaria y final del Decreto Supremo 009-2002/MINCETUR; de la primera, segunda y tercera disposiciones finales de la Resolución de Superintendencia 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional, dichos preceptos resultaban de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas.

de la doctrina jurisprudencial cuando las diferencias entre los dos casos sean relevantes para merecer un trato jurídico diferente.<sup>109</sup>

En los llamados casos rutinarios el juez debe establecer la relación que existe entre la norma constitucional y el hecho mismo, para luego subsumir el hecho en la hipótesis de la norma; sin embargo, en los casos complejos o difíciles donde más de una norma jurídica puede ser aplicada a un mismo hecho, o la propia norma tiene distintas interpretaciones, o el hecho puede ser apreciado desde diferentes perspectivas. Todo ello plantea dilemas que el juez debe resolver, a través del proceso interpretativo que otorgue certeza jurídica mediante una sentencia que sea correcta y que no sea arbitraria.<sup>110</sup>

En ese orden de ideas, queda claro que “[l]as sentencias del Tribunal Constitucional... tienen el valor jurisprudencial que les corresponde en cuanto con ellas se interpreta la Constitución”.<sup>111</sup> Esta afirmación adquiere especial relevancia si se tiene en consideración que parte de la doctrina considera que la importancia de las sentencias expedidas por el TC radica únicamente en lo que se dispone en su fallo, sin tener en cuenta que a través de la fundamentación el TC realiza una importante labor interpretativa de las normas constitucionales, las normas legales y reglamentarias, así como de los hechos a la luz de la norma fundamental.

Asimismo, es importante señalar que en virtud de este artículo VI *in fine*, la jurisprudencia —o mejor dicho la doctrina jurisprudencial— del Tribunal Constitucional cumple una función pedagógica o educativa, sin perjuicio del carácter interpretativo vinculante para los jueces, por cuanto el contenido, alcances y límites de los principios y valores constitucionales, así como de los derechos fundamentales, son establecidos a través de sus resoluciones y sentencias, con una finalidad orientadora, que se dirige tanto a otros operadores jurídicos como a los ciudadanos en general,

<sup>109</sup> Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano...*, cit., p. 84; asimismo, Rodríguez Santander, Roger, “El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos”, cit., pp. 61 y 62.

<sup>110</sup> Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación...*, cit., pp. 23 y ss.; asimismo, Aguiló Regla, Joseph, “Presentación sobre derecho y argumentación”, en Tribunal Constitucional del Perú, *Argumentación, razonamiento e interpretación constitucional*, Material de Lectura del Seminario-Taller internacional, cit., vol. I, pp. 12 y 13.

<sup>111</sup> Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional...*, cit., p. 295.

contribuyendo así al cumplimiento de lo dispuesto en la sexta disposición final del CPC.<sup>112</sup>

*Jurisprudencia constitucional en materia de arbitraje*

Con relación a la jurisprudencia constitucional emitida por el TC, puede citarse la sentencia recaída en el exp. 6167-2005-HC/TC (caso Fernando Cantuarias), en donde se expusieron las consideraciones del Tribunal Constitucional relacionadas con el arbitraje, precisándose aspectos relevantes de la institución, como lo son su naturaleza jurídica y los principios que, en consecuencia, le son aplicables, de conformidad con las previsiones constitucionales vigentes.<sup>113</sup>

En efecto, a través de dicha sentencia, el TC ha reconocido al arbitraje como una jurisdicción de excepción, dotándolo de una especial protección, en virtud del principio de no interferencia consagrado en el artículo 139, inciso 2, de la Constitución, evitando así que las controversias sometidas a arbitraje sean indebidamente trasladadas a sede judicial por alguna de las partes. Asimismo, el Tribunal ha reconocido la plena vigencia del principio de competencia de la competencia (*kompetenz-kompetenz*), que faculta a los árbitros para conocer todas las cuestiones controvertidas de su libre disposición que se promuevan durante el proceso arbitral, e incluso para decidir acerca de su propia competencia, cuando se planteen oposiciones relativas a la existencia, eficacia y validez del convenio arbitral.

No obstante, el Tribunal Constitucional también ha sido claro en señalar que ello no impide que se efectúe un control constitucional de las actuaciones arbitrales, siempre que este control sea ejercido a posteriori, lo cual es coherente tanto con la autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral como con el respeto a los derechos fundamentales la persona, fin supremo de la sociedad y del Estado.

A fin de complementar lo señalado en el caso Fernando Cantuarias, el TC ha emitido también la sentencia recaída en el expediente 4972-2006-

<sup>112</sup> Sexta disposición final del Código Procesal Constitucional: “En todos los centros de enseñanza, de cualquier nivel, civiles, o militares, se impartirán cursos obligatorios sobre derechos fundamentales y procesos constitucionales”.

<sup>113</sup> Landa Arroyo, César, “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Themis. Revista de Derecho*, Lima, núm. 53, 2007, pp. 29 y ss.

AA/TC (caso Corporación Meier y otros), en el que se establecen determinados criterios para la procedencia de los procesos constitucionales contra la jurisdicción arbitral.

Ahora bien, resulta importante no perder de vista que la figura de la doctrina jurisprudencial no es sino una herramienta necesaria con que cuenta razonablemente el TC. Sin embargo, debe quedar claro que ello no implica una superioridad institucional por parte de dicho órgano sobre el Poder Judicial, sino en todo caso funcional para dar cumplimiento a los fines esenciales de los procesos constitucionales (artículo II del título preliminar del CPC).

No obstante ello, se ha señalado —y no sin razón— que

...los tribunales constitucionales, al ser los intérpretes últimos de la Constitución, constituyen obviamente el punto último de la cadena de autoridades: sus decisiones y las razones que las avalan pueden estar equivocadas —jurídicamente equivocadas— pero tienen fuerza obligatoria; su repercusión, por ello, es, normalmente, superior a la de los otros tribunales.<sup>114</sup>

En ese entendido, el TC no es un suprapoder que está por encima de los poderes clásicos del Estado, sino que a través de la incorporación de su jurisprudencia al sistema de fuentes interpretativa del derecho el TC está cumpliendo su rol —nomofiláctico y nomotético— de integrar leyes y sentencias al ordenamiento jurídico nacional en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, por lo que es natural que la doctrina jurisprudencial deba y pueda —*können*— tener un poder vinculante.

#### IV. CONCLUSIÓN

Las sentencias de inconstitucionalidad, los precedentes vinculantes y la jurisprudencia constitucional expedidas por el Tribunal Constitucional constituyen fuentes normativa y/o interpretativa del derecho a nivel nacional y también comparado.<sup>115</sup> Esta afirmación implica asumir que las

<sup>114</sup> Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”, en [http://www2.uah.es/filder/manuel\\_atienza.pdf](http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf), p. 56. Visitada el 20 de noviembre de 2007.

<sup>115</sup> Pini, Joseph “(Simples) réflexions sur le statut normatif de la jurisprudence constitutionnelle”, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, París, Dalloz, núm. 24, 2008, pp. 81-85.

decisiones jurisdiccionales de dicho órgano constitucional son de observancia obligatoria para todos los poderes del Estado, así como para los particulares, con los distintos grados de intensidad señalados. En nuestra realidad jurídica y política, esto comporta transformaciones institucionales a las que el TC tiene que hacer frente sin exponer al Estado constitucional a una fractura social y jurídica.

Ello es importante, porque contribuye tanto a preservar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y de la supremacía jurídica de la norma fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, así como, también, a fortalecer la democracia en una sociedad compleja y heterogénea, con graves problemas de integración nacional. De allí que, en última instancia, exista una tensión permanente entre los planteamientos que no aceptan que todos los poderes públicos y privados sean poderes limitados y quienes postulan la integración jurídica y social por medio de valores y normas constitucionales.<sup>116</sup>

Ello se ha puesto en evidencia con el desarrollo de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional de los últimos años, a través de los tres tipos de precedentes constitucionales vinculantes, que han generado algunas críticas políticas conservadoras que proponen eliminar la calidad de supremo intérprete de la Constitución conferida al TC por su Ley Orgánica, o anular al TC, convirtiéndolo en una sala de la Corte Suprema, pues se considera que dicha atribución no se encuentra consagrada en la Constitución, y que el Tribunal se excede en sus atribuciones al expedir sentencias que establecen mandatos a seguir no sólo por los órganos judiciales, sino también por el Poder Legislativo.<sup>117</sup>

En el fondo, dichas críticas, por un lado, expresan el temor a que la Constitución sea tomada en serio, y por tanto constituya la fuente suprema de creación del derecho, y el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo del mismo, ocupe su rol como creador de derecho —subsidiario,

<sup>116</sup> Valadés, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México, UNAM, 2002, pp. 22 y ss.

<sup>117</sup> Tribunal Constitucional, *Tribunal Constitucional y control de poderes: documentos de debate*, Lima, Tribunal Constitucional del Perú-Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 136, donde se recogen los documentos del TC que rebate el anteproyecto de ley del entonces congresista Antero Flores-Araoz, quien pretendía eliminar que el TC sea el supremo intérprete de la Constitución y, en consecuencia, no pudiera dictar sentencias interpretativas de principio. Dicho anteproyecto no logró un dictamen favorable, y en consecuencia fue archivado.

por cierto— y, por otro lado, que dada la grave falta de legitimidad de los poderes públicos el TC haya cumplido con el mandato constitucional de pronunciarse sobre temas difíciles,<sup>118</sup> con el activo y el pasivo que ello supone en el proceso de fortalecimiento del Estado constitucional.

En este sentido, destacados representantes de la comunidad jurídica han señalado que

...el Tribunal Constitucional ha emitido un conjunto de sentencias de gran relevancia e impacto en diferentes ámbitos de la vida nacional, creando, por primera vez, una sólida jurisprudencia y precedentes vinculantes que sirven de orientación a la comunidad y coadyuvan a la seguridad jurídica en el Perú... Sin perjuicio de eventuales críticas que pudieran formularse a ciertas decisiones jurisdiccionales adoptadas por el Tribunal Constitucional, debe reconocerse que forma parte de sus potestades esenciales la emisión de sentencias interpretativas, sobre la base de los principios de independencia jurisdiccional, conservación de la ley, interpretación conforme a la Constitución y supremacía constitucional.<sup>119</sup>

Pero también han arremetido algunas críticas académicas en esta etapa de transición democrática y de libertad del Tribunal Constitucional, que ven en los precedentes constitucionales un peligroso activismo judicial.<sup>120</sup> Sin perjuicio de que la sana crítica es necesaria en todo quehacer judicial democrático, se pone en evidencia que la aplicación del derecho constitucional no es un quehacer meramente académica, sino también po-

<sup>118</sup> En particular, se refieren al control de la reforma constitucional sobre el régimen pensionario (STC, exp. 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI y 0009-2005-AI acumulados); al control de los abusos y corrupción del Poder Judicial a favor de los casinos y tragamonedas (STC, exp. 00006-2006-CC/TC), o al control de los abusos de la administración pública en contra de los administrados (STC, exp. 03741-2004-AA/TC), básicamente.

<sup>119</sup> Pronunciamiento. Tribunal Constitucional es esencial para el Estado de derecho, *La República*, 23 de junio de 2006, p. 9, suscrito por constitucionalistas, ex ministros de justicia, ex defensores del pueblo, ex decanos de facultades de derecho y del Colegio de Abogados de Lima, ex miembros de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, entre otros.

<sup>120</sup> Castillo, Luis, “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en García Belaunde, Domingo (coord.), *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*, Lima, Palestra Editores, 2008, pp. 155 y ss.

lítico, en la medida en que “declarar y hacer derecho” es una condición *sine qua non* para la resolución de problemas concretos de naturaleza política, económica, social o cultural, como la lucha contra la corrupción, el narcotráfico o el terrorismo, entre otros, para lo cual hay que garantizar los derechos fundamentales y la supremacía constitucional, en orden a fortalecer la democracia y la gobernabilidad.<sup>121</sup>

Por estos motivos, resulta necesario entender que no es la mera aplicación de la Constitución, sino la interpretación constitucional y la argumentación jurídica las que permiten integrar y concretizar las disposiciones constitucionales a efectos de cumplir con los fines de impartir justicia constitucional en el Estado constitucional. De ahí que el Tribunal Constitucional no sólo deba contar con todas las prerrogativas necesarias para cumplir adecuadamente su función, sino también garantizar su imparcialidad frente a los poderes públicos y privados, haciendo un uso adecuado de los tipos de sentencias de inconstitucionalidad, los precedentes vinculantes y la jurisprudencia constitucional, por cuanto, no son sino técnicas que coadyuvan a la realización de sus fines constitucionales y democráticos.

Pero, finalmente, para ello es necesario comprender que “el derecho constitucional aparece como una de las escasas posibilidades sólidas para articular legítimamente una defensa de los intereses generales y ofrecer una regeneración ético-política”,<sup>122</sup> tarea que debe ubicar a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional entre la aplicación y la creación de las normas y entre la deliberación y la suscripción material de consensos democráticos.

<sup>121</sup> Al respecto, en 2007 la opinión pública expresó su respaldo al desempeño del TC con un 54% de aprobación, y también señaló que el TC es el cuarto órgano que tiene mayor poder que el que la ley le reconoce. *Cfr.* “XXVII Encuesta Anual. El poder en el Perú”, *Semana*, Lima, año XXIII, núm. 1086, 2 de septiembre de 2007, pp. 22 y 36.

<sup>122</sup> Cabo Martín, Carlos de, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, UNAM, 1997, p. 303.