



Justicia Constitucional

Revista de Jurisprudencia
y Doctrina

Año III, N.º 5, enero - junio, Lima, 2007

Publicación semestral

Director:
César Landa

Secretario:
Jorge León

Comité de
Redacción:
Elena Alvites
Claudia Del Pozo
Pedro Grández
Luis Huerta
Betzabé Marciani
Mijail Mendoza
Víctorhugo Montoya
Roger Rodríguez
Daniel Soria
Arelí Valencia



Correspondencia a:
Calle Salaverry 187, Lima 18
palestra@palestraeditores.com

Justicia Constitucional
Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Año III, N.º 5, enero - junio, Lima, 2007

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de su autor.

© Copyright 2009 : PALESTRA EDITORES S.A.C.
Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telf. (511) 7197-626 Telefax: 7197-627
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

Impresión y Encuadernación:
GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.
Mz. E. Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima – Los Olivos

DIAGRAMADOR: JOSÉ LUIS HUARCAYA CAMARGO

HECHO EL DEPÓSITO QUE ORDENA LA LEY
Cert N.º 2005-6734

ISSN: 1991-167X

N.º de registro del Proyecto Editorial: 31501220900004

Tiraje: 1000 ejemplares



Motivo de Revista:

Motivo mágico religioso Recuay. Combinación de aves con signos escalonados alusivos a la tierra.

Motivo de Carátula:

Inspirada en la línea de Nazca «El Colibrí», por Iván Alemán Ríos

Índice

PRESENTACIÓN.....	07
JURISPRUDENCIA TEMÁTICA	
STC 0047-2004-AI/TC	13
STC 0024-2003-AI/TC	15
STC 3741-2005-AA/TC	22
STC 3361-2004-AA/TC	24
ANÁLISIS Y COMENTARIOS	
“Los precedentes constitucionales”	
<i>César Landa</i>	29
“El <i>stare decisis</i> constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales”	
<i>Víctorhugo Montoya Chávez</i>	71
“Precedente constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional”	
<i>Christian Donayre Montesinos</i>	101
DOCTRINA CONSTITUCIONAL COMPARADA	
“Sobre derecho y argumentación”	
<i>Josep Aguiló Regla</i>	123
“Reflexiones (simples) sobre el estatus normativo de la jurisprudencia constitucional”	
<i>Joseph Pini</i>	137
“El precedente judicial en el sistema jurídico alemán”	
<i>Leonor Moral Soriano</i>	149

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Resumen de las sentencias del Tribunal Constitucional
(Semestre: enero-junio, 2007)..... 179

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA

- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N.º C 131-93 ... 193

ENTREVISTA

- Entrevista a Manuel Atienza Rodríguez..... 215

DOCUMENTOS CONSTITUCIONALES

- Código Iberoamericano de Ética Judicial..... 223

REVISTA DE REVISTAS

A. AMÉRICA

- Cuestiones Constitucionales..... 243

B. EUROPA

- Revista Española de Derecho Constitucional 244
- Teoría y Realidad Constitucional 246

Colaboraron en este número..... 249

Presentación

Uno de los temas que sigue siendo estudiado y discutido desde la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional en diciembre de 2004, es el que se refiere a precedentes vinculantes, recogido en su artículo VII, según el cual: “[l]as sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

En la actualidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional forma parte de las fuentes principales del Derecho. Además de las sentencias de inconstitucionalidad y la jurisprudencia constitucional, los precedentes vinculantes expedidos por el TC constituyen fuente de Derecho. Esta afirmación implica asumir que, en general, las decisiones jurisdiccionales de dicho órgano constitucional son de observancia obligatoria para todos los poderes del Estado, así como para los particulares. Lo cual es importante porque contribuye a preservar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, así como la supremacía jurídica de la Norma Fundamental en nuestro ordenamiento jurídico.

Ello es así por cuanto la Constitución es la fuente de la cual emana todo el ordenamiento jurídico. En la concretización de dicha Ley Fundamental el TC tiene una posición privilegiada en la medida que permite perfeccionar el ordenamiento jurídico no sólo a través de la interpretación y argumentación constitucionales, sino también a partir de sus precedentes vinculantes. En suma (re)crea el Derecho. De ahí que se haya señalado que las sentencias del TC, a la par que perfeccionan la interpretación de las disposiciones constitucionales (*función nomofiláctica*), tienen también un rol que le permite, excepcionalmente, (re)crear el Derecho (*función nomotética*).

Como la aplicación de los precedentes vinculantes del artículo VII del Código Procesal Constitucional es relativamente reciente es necesario que se reflexione en torno a los presupuestos, alcances y límites de los mismos. Precisamente, el presente número está dedicado al tema del precedente cons-

titucional. En ese sentido, en la sección *Jurisprudencia Temática: Análisis y Comentarios* se recogen los extractos de las sentencias del Tribunal Constitucional que han ido perfilando los principales contornos del precedente vinculante. Ello se acompaña de sendos análisis de César Landa sobre *Los precedentes constitucionales*, estudio que comprende la naturaleza del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional, así como la relación de las sentencias de inconstitucionalidad, los precedentes constitucionales y la jurisprudencia en el sistema de fuentes del Derecho; así como el de Victorhugo Montoya sobre *El stare decisis constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales*, en el cual se sostiene que el *stare decisis constitucional* fortalece al TC como institución y su labor de control constitucional. Christian Donayre nos presenta en su trabajo *Precedente Constitucional a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional*, una visión crítica del precedente constitucional y del régimen jurídico que lo regula.

En la sección *Derecho Constitucional Comparado* se recoge el aporte del profesor español Josep Aguiló *Sobre Derecho y Argumentación*, en el cual se da cuenta de los cambios trascendentales que supone el Estado constitucional, particularmente en lo que se refiere a la interpretación y a la argumentación constitucionales. Joseph Pini, Profesor de la Universidad Paul Cézanne – Aix-Marseille III, nos ha concedido gentilmente, para este número, la autorización para traducir y publicar su trabajo *Reflexiones (simples) sobre el estatus normativo de la jurisprudencia constitucional*, en el cual se analiza con rigor el problema del carácter normativo de la jurisprudencia constitucional. Por su parte, Leonor Moral Soriano, Profesora de la Universidad de Granada, hace un análisis de *El precedente judicial en el sistema jurídico alemán*, trabajo que es de mucha valía para conocer y entender el tratamiento que ha tenido dicho tópico en la doctrina y la jurisprudencia germana.

En la sección *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* se da cuenta de los fallos de enero a junio de 2007, entre los cuales destacan: la sentencia de inconstitucionalidad sobre la inmunidad parlamentaria, el conflicto de competencias sobre casinos y tragamonedas, el hábeas corpus de Víctor Polay Campos, entre otros. En la sección de *Jurisprudencia Constitucional Comparada* se presenta la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C 131-93, que es una de las primeras decisiones jurisdiccionales en las que dicha Corte afirma la naturaleza de fuente obligatoria y vinculante de sus sentencias. En la sección *Entrevista* se publica el coloquio de César Landa con el reconocido profesor Manuel Atienza, sobre los principales temas de la interpretación y argumentación constitucionales.

Presentación

La sección *Documentos Constitucionales* contiene en el presente número el *Código Iberoamericano de Ética Judicial*, como testimonio de que la actuación de los magistrados y jueces en general deben observar determinados estándares éticos tanto en el desempeño de sus funciones como en otros ámbitos de su quehacer profesional y personal. Por último, en la sección *Revista de Revistas* se da cuenta de los contenidos de las publicaciones *Cuestiones Constitucionales*, *Revista Española de Derecho Constitucional* y *Teoría y Realidad Constitucional*.

Lima, noviembre de 2008.

CÉSAR LANDA

Director





JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año III, N.º 3, enero - junio, Lima, 2007

Jurisprudencia Temática

- ❑ STC 0047-2004-AI/TC
- ❑ STC 0024-2003-AI/TC
- ❑ STC 3741-2005-AA/TC
- ❑ STC 3361-2004-AA/TC



Jurisprudencia Temática

STC 0047-2004-AI/TC

La jurisprudencia

32. La Constitución configura dos órganos jurisdiccionales, que si bien tienen competencias y ámbitos propios de actuación por mandato de la propia norma suprema, cumplen un rol decisivo en un Estado democrático, que consiste básicamente en solucionar por la vía pacífica los conflictos jurídicos que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado. En efecto, en nuestra época es pacífico sostener que un sistema jurídico que no cuente con las garantías jurisdiccionales necesarias para restablecer su vigencia cuando haya sido vulnerado, sencillamente carece de eficacia.

En ese contexto, cabe señalar que dicha tarea está encomendada fundamentalmente al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional y, con sus particularidades, al Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral. Así, el artículo 138 de la Constitución dispone:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

Al respecto, este Colegiado ha afirmado que:

Está fuera de duda que el Poder Judicial es el órgano estatal que tiene como principales funciones resolver los conflictos, ser el primer garante de los derechos fundamentales (...) canalizando las demandas sociales de justicia y evitando que éstas se ejerzan fuera del marco legal vigente.

33. Similar función, regida fundamentalmente por los principios de supremacía de la Constitución y defensa de los derechos constitucionales, le compete al Tribunal Constitucional. En ese sentido, el artículo 201 de la Constitución establece que:

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente.

En efecto, el Tribunal Constitucional “es el” órgano de control de la Constitución, no es uno más y esa es su principal función. Es autónomo e independiente y sólo está limitado por la Constitución, de la cual es su custodio y garante, porque así lo decidió el Poder Constituyente que le encomendó tal tarea. Por tanto, si bien como órgano constitucional no es superior a los Poderes del Estado ni a otros órganos constitucionales, tampoco está subordinado a ninguno de ellos, pues es autónomo e independiente, y sus relaciones se dan en un marco de equivalencia e igualdad, de lealtad a la Constitución, de firme defensa de la democracia y de equilibrio. En efecto, en nuestra época el equilibrio no es solo entre poderes del Estado, puesto que las Constituciones modernas han creado órganos constitucionales autónomos que antes no existían. Tal principio también debe regir las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y de estos últimos entre sí.

Sin embargo, con igual énfasis debe tenerse presente que en el ámbito de las competencias y funciones que el Poder Constituyente le encomendó sí ocupa un lugar privilegiado. En efecto, así como el Congreso de la República cuando ejerce su función legislativa o la función contralora del Poder Ejecutivo, tiene primacía sobre los otros poderes u órganos constitucionales, de igual manera sólo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos, conforme al artículo 204 de la Constitución, y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole

el sistema jurídico una primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional. De ahí que en el ámbito de sus competencias, el Tribunal Constitucional es un *primus inter pares* en relación a los Poderes del Estado y los demás órganos constitucionales.

En ese sentido, es claro que para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominada jurisprudencia. Respecto de esta última se ha sostenido que:

Jurisprudencia es la interpretación judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico, que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta (...).

34. Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico 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.

Esta afirmación se confirma cuando la propia Constitución, en el inciso 8 del artículo 139, reconoce el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. No requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura. En efecto, es inherente a la función jurisdiccional la creación de derecho a través de la jurisprudencia. Por ejemplo, para el caso de la jurisprudencia constitucional, este Colegiado ha establecido que:

La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento

de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

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

En ese sentido, debe enfatizarse que del artículo 103 de la Constitución se deriva que las sentencias de inconstitucionalidad expedidas por el Tribunal Constitucional tienen rango de ley.

35. Precisamente, si bien la labor de interpretación jurídica tiene diversos intérpretes, que en el ámbito jurisdiccional es donde dicha actividad despliega todos sus efectos vinculantes. En efecto, si no fuera así, ¿cuál sería la diferencia entre la interpretación jurídica de un particular y la de un juez? la labor interpretativa para resolver controversias constitucionales en el ámbito de la jurisdicción constitucional tiene en el Tribunal Constitucional a un intérprete privilegiado, puesto que tal condición deriva directamente de la Constitución. Al respecto, este Colegiado ha expresado:

En tal sentido, si bien reconocemos la pluralidad de intérpretes jurídicos con relación a la Constitución, también reafirmamos el lugar privilegiado que ocupa el Tribunal Constitucional para efectuar una inter-

pretación de la Constitución con carácter jurisdiccional y, sobre todo, vinculante para los poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos.

36. Queda claro entonces que la jurisprudencia es una fuente de derecho que también tiene un fundamento constitucional a través de los órganos jurisdiccionales que la producen. Asimismo, que la labor interpretativa que realizan todos los jueces, inherente a tal función, es la razón de ser de la actividad jurisdiccional, en sede constitucional u ordinaria, y que tiene su fundamento en el principio de independencia consagrado por la Constitución en sus artículos 139, inciso 2 (Poder Judicial) y 201 (Tribunal Constitucional). Sin la interpretación la actividad de los jueces estaría condenada al fracaso, pues la Constitución y la ley no pueden prever todos los casos posibles que presenta la realidad según cada época.

37. En los últimos tiempos el Tribunal Constitucional ha tenido que resolver casos y problemas constitucionales (por ejemplo, en materia de inconstitucionalidades de normas con rango de ley), conforme a la Constitución. Así, a solicitud de miles de ciudadanos, de congresistas, del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial, de diversos órganos constitucionales como la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público entre otros, de colegios profesionales, gobiernos regionales y gobiernos municipales, este Colegiado se ve obligado a buscar, bajo el marco constitucional vigente, soluciones jurídicas que en muchos caso requieren de una interpretación de las normas con rango de ley conforme a la Constitución.

38. En tal sentido, de las 203 demandas de inconstitucionalidad planteadas ante este Tribunal, sólo 12, es decir el 5.94%,

han utilizado la técnica de las sentencias interpretativas o manipulativas, que todos los Tribunales Constitucionales en el mundo aplican, precisamente para dar soluciones justas, equilibradas y ponderadas a los problemas constitucionales que requieren una solución a solicitud de la ciudadanía, de los poderes del Estado, de los órganos constitucionales autónomos y de los gobiernos regionales y municipales. Igualmente y con base en el principio de independencia funcional que la Constitución le reconoce al Tribunal Constitucional, en sólo 16 casos, incluyendo algunos de los 12 mencionados, se han formulado exhortaciones que se justifican plenamente, porque, ¿qué sentido tiene que un órgano constitucional detecte un fallo, un vacío o deficiencia normativa y no los ponga en conocimiento del órgano competente para que los resuelva?

39. De ahí que todo acto de los poderes públicos u órganos constitucionales que pretenda restringir dicha función interpretativa no sólo es uno que priva a los órganos jurisdiccionales de su función, sino que es inconstitucional. Es como si se estableciera que el Congreso no legisle, a pesar de que en base al principio de soberanía política tiene un amplio margen de configuración política de la ley, pero siempre dentro del parámetro de la Constitución. No puede existir un órgano jurisdiccional limitado en la función interpretativa inherente a todo órganos jurisdiccional, a menos que esa restricción derive directamente de la Constitución. Hacerlo es vulnerar el equilibrio entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y, con ello, el sistema democrático. Pretender limitar las funciones inherentes del Tribunal Constitucional sería como condenarlo a la inacción por cumplir su deber.

STC 0024-2003-AI/TC

Consideraciones previas

El Tribunal Constitucional, en aras de optimizar el despliegue y desarrollo de su

actividad jurisdiccional, estima pertinente, antes de pronunciarse sobre la demanda de autos, precisar la estructuración interna y

alcances de sus sentencias. Entonces, en lo que sigue, se determinará la naturaleza y forma de aplicación de sus precedentes vinculantes; las condiciones y efectos del cambio del precedente vinculante; y la utilización del precedente como forma de cubrir una laguna. Asimismo, se explicará, *in genere*, los efectos en el tiempo de las sentencias constitucionales en general.

Las sentencias en materia constitucional

Estas aluden a aquellos actos procesales emanados de un órgano adscrito a la jurisdicción especializada, mediante las cuales se pone fin a una litis cuya tipología se deriva de alguno de los procesos previstos en el Código Procesal Constitucional. Así, en los casos de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, el fin de su expedición apunta a proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo; en los casos de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad su finalidad es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa; mientras que en los procesos competenciales tiene por objeto resolver los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o la leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales.

En suma, permiten cautelar la supremacía jerárquica de la Constitución y la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona. Por ende, rebasan con largueza la satisfacción de un interés particular o de beneficio de un grupo, ya que teleológicamente resguardan los principios y valores contenidos en la Constitución, que, por tales, alcanzan a la totalidad de los miembros de la colectividad política.

Para el cumplimiento de dicho cometido, el Tribunal Constitucional considera necesario estipular que la estructura interna de sus decisiones se compone de los siguientes elementos: la razón declarativa-teológica, la razón suficiente (*ratio decidendi*) la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la invocación preceptiva y la decisión o fallo constitucional (*decisum*).

Al respecto, veamos lo siguiente:

La razón declarativa-axiológica es aquella parte de la sentencia constitucional que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y telológicas insertas en la Constitución.

En ese sentido, implica el conjunto de juicios de valor concomitantes a la interpretación y aplicación de las normas técnicas y prescriptivas de la Constitución, que permiten justificar una determinada opción escogitada por el Colegiado. Ello a efectos de consolidar la ideología, la doctrina y hasta el programa político establecido en el texto *supra*.

La razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional.

En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la *litis*.

Se trata, en consecuencia, del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la basa, base o puntal de un precedente vinculante.

La razón suficiente (la regla o principio recogida como fundamento) puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas.

La razón subsidiaria o accidental es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

Dicha razón coadyuva *in genere* para proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen. *Ergo* expone una visión más allá del caso específico; por ende, una óptica global acerca de las aristas de dicha materia.

En efecto, en algunas circunstancias la razón subsidiaria o accidental aparece en las denominadas sentencias instructivas, las cuales se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un amplio desarrollo doctrinario de la figura o institución jurídica que cobija el caso objeto de examen de constitucionalidad. La finalidad de estas sentencias es orientar la labor de los operadores del derecho mediante la manifestación de criterios que pueden ser utilizados en la interpretación jurisdiccional que estos realicen en los procesos a su cargo; amén de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos.

Al respecto, son ilustrativas las sentencias de los casos Eleobina Aponte Chuquihuanca [Expediente N.º 2663-2003-HC/TC] y Taj Mahal Discoteque [Expediente N.º 3283-2003-AA/TC].

En la primera de las citadas, de manera pedagógica se precisaron los alcances de los diferentes tipos de hábeas corpus; en tanto que en la segunda se determinó académicamente la procedencia o improcedencia de una acción de garantía con sujeción al tiempo de realización de los actos que requieren tutela constitucional.

Asimismo, el Tribunal Constitucional emplea la razón subsidiaria o accidental en aquellas circunstancias en donde, a través del proceso de conocimiento de una determinada materia constitucional, establece

un criterio pro persuasivo o admonitorio sobre posibles determinaciones futuras en relación a dicha materia.

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

Como bien expone Ana Magatoni Kerpel [*El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: Mc Graw Hill, 2001, p. 82] esta *dicta* tiene fuerza persuasiva.

Dicho “vigor convincente”, en razón del rango jerárquico de la autoridad que la emite, auspicia que se garantice que en el futuro las decisiones de los órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores no sean revocadas; o que los justiciables puedan prever las consecuencias de determinadas conductas dentro del marco de una eventual litis de naturaleza constitucional.

Al respecto, puede citarse la sentencia del caso Eusebio Llanos Huasco [Expediente N.º 976-2001-AA/TC], en donde se expusieron las consideraciones del Tribunal Constitucional relacionadas con las modalidades de despido laboral que generarían readmisión en el empleo.

La invocación preceptiva es aquella parte de la sentencia en donde se consignan las normas del bloque de constitucionalidad utilizadas e interpretadas, para la estimación o desestimación de la petición planteada en una proceso constitucional.

La decisión o fallo constitucional es la parte final de la sentencia constitucional que, de conformidad con los juicios establecidos a través de la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria u occidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional.

En puridad, la decisión o fallo constitucional se refiere simultáneamente al acto de decidir y al contenido de la decisión.

El acto de decidir se encuentra justificado cuando se expone dentro de las competencias asignadas al Tribunal Constitucional; mientras que el contenido de la decisión está justificado cuando se deriva lógica y axiológicamente de los alcances técnicos y preceptivos de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad y de la descripción de ciertos hechos consignados y acreditados en el proceso constitucional.

En suma, la decisión o fallo constitucional constituye el pronunciamiento expreso y preciso, por medio del cual el Tribunal Constitucional estima o desestima el petitorio de una demanda de naturaleza constitucional. En ese contexto, en dicha decisión puede surgir una exhortación vinculante o persuasiva conforme a cánones establecidos en el caso Edgar Villanueva N. y 64 Congresistas de la República [Expediente N.º 0006-2003-AI/TC].

La jurisprudencia constitucional: el precedente constitucional vinculante

La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existen-

cia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.

La competencia del Tribunal Constitucional para determinar un precedente vinculante se encuentra sustentada en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual preceptúa que "(...) las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente".

Condiciones del uso del precedente constitucional vinculante

La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En ese contexto, el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes:

a) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.

En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado.

El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.

b) Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada.

La decisión del Tribunal Constitucional de establecer que un caso contiene reglas

que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso.

Más aún, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, estimándose o desestimándose la demanda.

La consagración de la cosa juzgada comporta que la decisión devenga en irrevocable e inmutable.

El establecimiento de un precedente vinculante no debe afectar el principio de respeto a lo ya decidido o resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.

Dicha restricción también opera en el caso que el Tribunal Constitucional, al amparo de lo previsto en la parte *in fine* del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, resuelva apartarse de un precedente y sustituirlo por otro.

Lo anteriormente expuesto debe ser concordado con lo previsto en los artículos 74 y 103 de la Constitución, y 83 del Código Procesal Constitucional, cuando de por medio existe una declaración de inconstitucionalidad.

El cambio de precedente vinculante

La competencia para el apartamiento y sustitución de un precedente vinculante está sujeta a los tres elementos siguientes:

- Expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión.
- Expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión.
- Determinación de sus efectos en el tiempo.

Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante

El Tribunal Constitucional estima que dichos presupuestos son los siguientes:

- Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
- Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

En este supuesto, de conformidad con lo establecido en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional debe obligatoriamente expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

El precedente vinculante como forma de cubrir una laguna normativa

La función integradora del Tribunal Constitucional permite que, a través de la constitución de un precedente vinculante, se resuelvan las situaciones derivadas de un vacío normativo.

En ese orden de ideas, dicha función verificable mediante la expedición de un precedente vinculante se hace patente cuando, se acredita la ausencia absoluta de norma; cuando, a pesar de la existencia de prescripción jurídica, se entiende que esta se ha circunscrito a señalar conceptos o criterios no determinados en sus particularidades; cuando existe la regulación jurídica de una materia, pero sin que la norma establezca una regla específica para solucionar un área con conflicto coexistencial; cuando una norma deviniese en inaplicable por haber abarcado casos o acarrear consecuencias que el legislador histórico no habría establecido de haber conocido aquellas o sospechado estas; cuando dos normas sin referencia mutua entre sí —es decir en situación de antinomia indirecta— se contradicen en sus consecuencias jurídicas, haciéndose mutuamente ineficaces; cuando, debido a nuevas circunstancias, surgiesen cuestiones que el legislador histórico no tuvo oportunidad de prever en la norma, por lo que literalmente no están comprendidas en ella, aunque por su finalidad pudieran estarlo de haberse conocido anteladamente; y cuando los alcances de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad no producen en la realidad efectos jurídicos por razones de ocio legislativo.

En relación con lo anteriormente expuesto, debe precisarse que la antinomia indirecta se entiende como la coexistencia de dos normas incompatibles, que tienen la misma validez jerárquica en el tiempo y en el espacio, pero que inspiran consecuencias jurídicas en fines o criterios ideológicos contrapuestos (interés público y seguridad jurídica de los particulares, etc.); en tanto que el ocio legislativo aparece como consecuencia de la omisión, inactividad, inacción o *non facere* por parte de un órgano con competencias legislativas, lo que implica el desobedecimiento al mandato de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad que hubiese establecido que el goce de un derecho o el ejercicio de una competencia queda supeditada a la expedición de una norma reglamentaria.

Dicha omisión se constata por el vencimiento del plazo determinado para legislar complementariamente o por el transcurso del plazo razonable para ello.

La aplicación del precedente vinculante

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

- a) La existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emana el precedente.
- b) La existencia de similitudes y diferencias fácticas; las que en el caso de estas últimas no justifican un trato jurídico distinto. Por ende, es factible que a través del razonamiento analógico se extienda la regla del precedente vinculante.

La eficacia prospectiva del precedente vinculante (*prospective overruling*)

El Tribunal Constitucional puede disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituya uno anterior opere con lapso diferido (*vacatio sententiae*), a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia ínsita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos.

En efecto, la decisión de otorgar expresa y residualmente eficacia prospectiva es establecida por el Tribunal Constitucional, en aras de procesar constructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre *continuidad* y *cambio* en la actividad jurisdiccional de naturaleza constitucional.

La técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y los poderes públicos mostrasen respecto al precedente

anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante.

Esta decisión de diferir la eficacia del precedente puede justificarse en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos por el propio Tribunal con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; la existencia de situaciones duraderas o de trato sucesivo; cuando se establecen situaciones objetivamente menos beneficiosas para los justiciables, etc.

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

- a) Decisión de cambiar de precedente vinculante ordenando la aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión.
- b) Decisión de cambiar de precedente vinculante, aunque ordenando que su aplicación será diferida a una fecha posterior a la culminación de determinadas situaciones materiales. Por ende, no será aplicable para aquellas situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la decisión del cambio o a los procesos en trámite.

Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de utilizar la técnica de eficacia prospectiva del precedente vinculante en el caso Juan Carlos Callegari Herazo [Expediente N.º 0090-2004-AA/TC], en donde se estableció con efecto diferido la aplicación de las nuevas reglas relativas al pase a la situación de retiro por causal de renovación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Así, en dicho proceso, fijó lo siguiente: “Este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, los *nuevos casos* en que la administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de activi-

dad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen: (...)”.

Cabe recordar que sobre dicha materia, la decisión de diferir la aplicación de las nuevas reglas tuvo como justificación el que hasta ese momento tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional habían declarado en innumerables sentencias que el pase a la situación de retiro por causal de renovación estaba sujeto a la regla de discrecionalidad.

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

Los efectos de las sentencias constitucionales con o sin precedente vinculante

De manera genérica, debe precisarse que el cumplimiento y ejecución de las reglas y decisiones contenidas en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional pueden ser observados en función a los efectos personales o temporales que de ellos se derivan.

En cuanto a los efectos personales, estos pueden ser directos o indirectos.

Los efectos directos de la sentencia se producen para las partes vinculadas al proceso constitucional, frente al cual la sentencia expedida pone fin a la litis.

Los efectos indirectos se producen para la ciudadanía en general y los poderes públicos. En ese contexto, los citados quedan “atados”, en su comportamiento personal o funcional, a las reglas y decisiones que una sentencia constitucional declare como precedente vinculante.

En relación a los efectos en el tiempo, estos pueden ser irretroactivos, retroactivos o de aplicación diferida.

Como se ha referido anteriormente, la aplicación diferida se determina en una sentencia con *vacatio sententiae*; es decir, las consecuencias jurídicas de una decisión se suspenden durante algún tiempo, atendiendo a la necesidad de prever las

derivaciones políticas, económicas o sociales que ello alcance. Al respecto, no debe olvidarse que todo Tribunal Constitucional tiene la obligación de aplicar el principio de previsión mediante el cual se predetermina la totalidad de las “consecuencias” de sus actos jurisdiccionales. En ese sentido, los actos jurisdiccionales (tras la expedición de una sentencia) deben contener el augurio, la proyección y el vaticinio de una “mejor” realidad político-jurídica y la cancelación de un otrora “mal”. En ese contexto, el efecto diferido evita el hecho de corregir un mal creando otro mal, el cual es evitable por la vía de la suspensión temporal de los efectos de una sentencia con precedente vinculante.

Los efectos diferidos se manifiestan en los denominadas sentencias exhortativas y en los casos de sentencias con precedente vinculante de eficacia diferida (*prospective overruling*).

Respecto a la aplicación con efectos irretroactivos o retroactivos, cabe señalar lo siguiente:

- a) Las sentencias sobre demandas de inconstitucionalidad, cumplimiento y conflictos competenciales, en principio, se aplican con efectos irretroactivos; esto es, tienen alcances *ex nunc*.
- b) Las sentencias sobre demandas de hábeas corpus, amparo y hábeas data se aplican con efectos retroactivos; ya que su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional; es decir, tienen alcances *ex tunc*.

- c) Las sentencias en los casos de procesos de inconstitucionalidad, en donde se ventile la existencia de violación de los principios constitucionales tributarios contenidos en el artículo 74 del texto *supra*, deben contener la determinación sobre sus efectos en el tiempo; e igual previsión debe efectuarse respecto de las situaciones judiciales mientras estuvo en vigencia la norma declarada inconstitucional. Entonces, cabe la posibilidad de que se establezca la aplicación del principio de retroactividad.

En consecuencia puede tener efectos *ex tunc*.

Al respecto, cabe recordar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en relación a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 38.1, 39, Primera y Segunda Disposición Transitoria de la Ley N.º 27153 [Expediente N.º 009-2001-AI/TC], en donde de manera específica resolvió lo pertinente a las situaciones jurídico-tributarias producidas mientras estuvo en vigencia la citada ley.

- d) Las sentencias en materia constitucional no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado normas declaradas inconstitucionales, salvo en materia penal o tributaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 103 y 74 de la Constitución.

En ese contexto, éstas pueden tener efectos *ex tunc*.

STC 3741-2005-AA/TC

§7.1. La distinción entre jurisprudencia y precedente

1. La incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional, genera por otro lado, la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite

este Tribunal. Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y

la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.º 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.

2. Por otro lado, con objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del título preliminar, al establecer que “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)”. De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto.

§7.2. Condiciones del uso del precedente

3. De esto se desprende que el precedente es una técnica para la ordenación de la jurisprudencia permitiendo al mismo tiempo que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia deberá ir delimitando paulatinamente. De modo preliminar puede establecerse, sin embargo, que una primera restricción está referida a la relación entre caso y precedente. Como ocurre en los países del *Common Law* “(...)el valor de precedente de una decisión está determinado por aquello que un juez

decide efectivamente en la sentencia. Mas aquello que es efectivamente decidido, está determinado con relación al caso (*fattispecie*) concreto de la controversia sometida a juicio”.

4. En este sentido, este Colegiado considera que esta regla también es válida para nuestro sistema, aun cuando también es verdad que la configuración del caso en nuestro sistema jurídico no siempre se relacione con hechos concretos sino con la evaluación en abstracto de normas, como ocurre en el caso del control de constitucionalidad de la Ley, por ejemplo. Ello, no obstante, no hace que el precedente normativo que este Colegiado externalice, no tenga una directa relación con la cuestión central que deba decidirse porque así ha sido sometido al Tribunal Constitucional. Esto es así, porque, también tratándose del precedente normativo, la legitimidad con que actúa este Colegiado para incursionar en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico está sustentada en la necesidad de dar respuesta a las demandas que han sido planteadas por los entes legitimados para hacerlo. En otras palabras el Tribunal, también cuando dicta “normas” a través de sus sentencias no actúa de oficio, sino atendiendo al llamado de los protagonistas de los procesos constitucionales.

En tal sentido, como ya lo adelantáramos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, la emisión de un precedente normativo vinculante se sustenta en la “Existencia de relación entre caso y precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo”.

5. En segundo lugar, como lo ha señalado la tradición del *Common Law*, el precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos. En tercer lugar, aunque parezca obvio,

la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos. El precedente, en estos supuestos, solo aparecerá como resultado de la evolución favorable de la doctrina jurisprudencial del Tribunal en determinado sentido. Esto último supone que el Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Esto implica, por otro lado, una práctica prudente que permite al Tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta, lo cual le permitirá una verdadera potestad normativa, como ya se ha dicho.

§8. La necesaria distinción entre precedente judicial y precedente constitucional

6. Para que una decisión de este Colegiado, planteada en forma de precedente vinculante pueda convertirse en una herramienta útil en la expansión de los efectos de una sentencia que, en principio, debiera tener solo efectos *inter partes*, resulta necesario establecer la distinción entre los efectos del precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional, y lo que son

los efectos del precedente judicial en los sistemas del *Common Law*.

7. Es conocido que el precedente judicial en el sistema del *Common Law* se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema (para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. Osea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. Cualquiera que invoque un precedente, para que éste logre sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo en un caso concreto.

8. El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales. La forma como se ha consolidado la tradición de los tribunales constitucionales en el sistema del derecho continental ha establecido, desde muy temprano, el efecto sobre todos los poderes públicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, *prima facie*, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional.

STC 3361-2004-AA/TC

(...)

La decisión de cambiar el rumbo de la jurisprudencia en un tema puntual no es una práctica infrecuente tanto en los sistemas del *civil law*, como en los sistemas que

organizan su sistema de fuentes a partir de pautas jurisprudenciales como es el caso del *common law*. En ambos, el argumento que respalda las mudanzas es el mismo: la necesidad de que la jurisprudencia respon-

da de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique.

5. De este modo, aun en los sistemas donde el precedente es la fuente principal de organización de su sistema jurídico, se han previsto mecanismos no sólo para ‘evadir’ sus efectos mediante la técnica del *distinguishing* en el caso de los tribunales inferiores; sino incluso para ‘cambiarlo’ por un nuevo precedente, en el caso del propio Tribunal que lo ha establecido con efecto vinculante.

Con relación al *overruling*, dentro del sistema del *common law* norteamericano (Juez Kennedy, en la sentencia *Patterson v. Malean Credit Union*, 1989, 172), se ha sostenido lo siguiente:

Nuestros precedentes no son sacrosantos, porque nosotros hacemos *Overruling* respecto de decisiones previas cuando la necesidad y prioridad así lo establecen. No obstante, hemos sostenido que, “cualquier salida de la doctrina de *stare decisis* demanda una especial justificación”.

En este sentido, la técnica del *overruling* permite cambiar un precedente en su ‘núcleo normativo’ aplicando el nuevo precedente, ya sea al caso en análisis (eficacia retrospectiva) o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro (*prospective overruling*). Precisamente, la técnica del

prospective overruling se utiliza cuando un juzgador advierte a la población del inminente cambio que va a realizar de sus fallos, sin cometer la injusticia ínsita en una modificación repentina de las reglas que se consideraban como válidas.

El cambio de precedente es también una práctica habitual en los Tribunales Constitucionales de los sistemas del *civil law*.

6. La técnica del *prospective overruling* ha sido ya asumida en un caso anterior resuelto por este Colegiado. En la sentencia del Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, caso Juan Carlos Calleghari Herazo, se decidió cambiar la jurisprudencia con relación al tema de los pases al retiro de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, pues se realizó una nueva interpretación de las prerrogativas conferidas al Presidente de la República, contenidas en el artículo 167 de la Constitución. En dicha oportunidad se sostuvo además, de modo expreso que

(...) 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 necesarias para su cabal cumplimiento, sin que, además, se afecte lo institucionalmente decidido conforme a la jurisprudencia preexistente. (...).





JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año III, N.º 5, enero - junio, Lima, 2007

Análisis y Comentarios

- ❑ **CÉSAR LANDA**
"Los precedentes constitucionales"
- ❑ **VÍCTORHUGO MONTOYA CHÁVEZ**
"El *stare decisis* constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales"
- ❑ **CHRISTIAN DONAYRE MONTESINOS**
"Precedente constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional"



Presentation

Los precedentes constitucionales*

CÉSAR LANDA

Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

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

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN. II. CONSTITUCIÓN; FUENTE DE CREACIÓN DEL DERECHO. 2.1. *Tribunal Constitucional: creador de Derecho*. III. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y FUENTES DEL DERECHO. 3.1. *La sentencia de inconstitucionalidad*. 3.2. *El precedente vinculante*. 3.3. *La jurisprudencia constitucional*. 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 que también para todos los poderes del Estado, así como para los ciudadanos¹.

Al respecto, el Tribunal Constitucional —en adelante, TC—, empezó a desarrollar dicha política jurisdiccional recién a partir del año 2002, pues no obstante existir formalmente desde 1996², en la década de los noventa se expidieron pocas sentencias relevantes debido a que, como la

* Las opiniones vertidas son realizadas a título personal.

- 1 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 S.A., 2003, p. 15).
- 2 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”. En: *Pensamiento Constitucional*. Lima, PUCP — Fondo Editorial, 1995, pp. 73-114.

mayoría de los poderes públicos, se encontraba en cautiverio del poder de turno³. 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 constitucionales⁴.

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 las mismas 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.

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.

3 LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra Editores, 2007, 3.^a edición, pp. 265-319; asimismo, AGUIRRE ROCA, Manuel. “Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú”. En *Lecturas sobre Temas Constitucionales* N. 13, Lima, 1997, pp. 117 y ss.

4 RUBIO CORREA, Marcial. *Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial — PUCP, 2005, pp. 11-13; asimismo, ver “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”. En: *THÉMIS* 55, Lima, 2008, pp. 13-27.

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 debido⁵, sino también dentro de lo constitucionalmente posible⁶.

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 que, tienen el deber de cumplirla y defenderla. Así, “a través de múltiples trasformaciones 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”⁷.

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 privados⁸; 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, la jurisdicción y el propio rol del juez⁹. En tal senti-

5 PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 4.ª edición. 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.

6 CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: CEC, 1988, pp. 302 y ss.; asimismo, STARCK, Christian “Constitutional Interpretation”. En: Christian Starck (editor). *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 ss.

7 Kelsen, Hans. “La Garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”. En: RDP, N. XXXV, VADUZ, Topos Verlag, 1982, p. 204.

8 GUASTINI, Ricardo. “Sobre el concepto de Constitución”. En: M. Carbonell (editor) *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta — IJ/UNAM, 2007, p.23. Al respecto, también se ha señalado que “[e]l 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 Angelo RINELLA. *Las fuentes en el Derecho Comparado*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Lima: UNMSM, Grijley, 2003, p. 119). Ver también: PÉREZ ROYO, Javier. *Las fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1985, p. 27.

9 FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. En: M. Carbonell (editor) *Neoconstitucionalismo... op. cit.*, p. 13 y ss.; asimismo, ATIENZA, Manuel. “Argumentación

do 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”¹⁰. 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 Derecho¹¹, siendo sus principios y disposiciones aplicables no sólo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado porque son de alcance general¹².

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 vital¹³. 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 “una entidad que se mueve en parte según las normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran las 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”¹⁴.

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—. ¹⁵

y Constitución”. En: AGUILÓ, Josep; Manuel ATIENZA, Juan RUIZ MANERO. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel, 2007, p. 113 y ss.

- 10 DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1998, p. 76.
- 11 Como bien apuntara PELLEGRINO ROSSI, la Constitución comprende las “têtes de chapitre” o epígrafes de todas las ramas del Derecho.
- 12 HESSE, Honrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1885, p. 14.
- 13 DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel. Segunda Edición, 1987, p. 162, asimismo, ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995, p. 14.
- 14 ROMANO, Santi. “El ordenamiento jurídico”. Traducción de Sebastián y Lorenzo Martín-Retortillo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 100.
- 15 RUIZ MANERO, Juan. “Una tipología de las normas constitucionales”. En: AGUILÓ, Josep; ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan. *Fragmentos para una teoría de la Constitución... op. cit.*, p. 69 y ss.

Relación que 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 constitucional¹⁶. 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 jurídicas¹⁷. 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.

A partir de esta noción transformadora del ordenamiento jurídico —dinámico y vital— presidida por la Constitución en tanto fuente normativa del Derecho¹⁸ se plantea a continuación el rol del Tribunal como creador de Derecho.

2.1. 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

16 DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harward University Press, 1996, pp. 1-38.

17 MERRYMAN, Jhon. “Convergence of civil law and common law”. En M. Cappelletti (editor). *New perspectives for a common law of Europe*. Italy: European University Institut, 1978, pp. 210-213; asimismo, CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. México: Editorial Porrúa, 1993, pp. 66-68.

18 AGUILÓ, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Colombia: Palestra — Temis, 2004, pp. 55-62.

verdadero problema concreto un problema del *grado* de la fuerza creadora o de las *autolimitaciones*”¹⁹.

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 inequívoco²⁰.

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:

- 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.²¹

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 Constitución²² y del Derecho Procesal Constitucio-

19 CAPPELLETTI, Mauro. “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”. En: AA.VV. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: CEC, 1984, p. 629.

20 HART, Herbert. “Una mirada inglesa a la teoría del derecho americana: la pesadilla y el noble sueño”. En: AA.VV. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica, 1994, pp. 327-350.

21 BULYGIN, Eugenio. “Los jueces ¿crean derecho?” En: *La función judicial*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vásquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, p. 21. RUBIO Llorente, Francisco. “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”. En: REDC, Año 8, N. 22, enero-abril, 1988, pp. 9-51.

22 SMEND, Rudolph. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: CEC., 1985, pp. 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, pp. 147.

nal como concretización de la Constitución²³; 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-germánico²⁴. 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 Democrático: 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 justicia²⁵.

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 político²⁶.

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

23 HÄBERLE, Peter. “El Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”. En *Pensamiento Constitucional* Año VIII, N. 8. Lima, PUCP – Fondo Editorial, 2002, pp. 25-59; asimismo, LANDA ARROYO, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2004, pp. 278.

24 AGUILÓ, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho*. Barcelona: Ariel derecho, 2000, pp. 112-123.

25 DE VEGA GARCÍA, Pedro. “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución” En: *Estudios político constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, pp. 298-302.

26 HÄBERLE, Peter. “El Tribunal Constitucional como poder político”. En HESSE, Konrad y HÄBERLE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México: Editorial Porrúa. 2005, pp. 91-123; asimismo, HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa, 2005, pp. 38-53.

bien, se trata de una concepción que nace a partir de su reconocimiento —en última instancia— como vocero del poder constituyente, en la medida 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.

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 constitucional²⁷.

Sin embargo, lo que mejor caracteriza la facultad de hacer derecho del TC es su estatus jurisdiccional, a las que nos hemos referido en anteriores oportunidades; sin que con ello se pretenda, en modo alguno, restar importancia a las demás características de este órgano²⁸.

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 elección²⁹.

27 ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Colombia: 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.

28 LANDA ARROYO, César. "Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una Perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional". En: *Constitución y Fuentes del Derecho*. Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 316-319.

29 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.

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 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 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 argumentación³⁰. Dicha constatación permite sostener que el modelo de la justicia constitucional kelseniano puro y simple ha sido superado, en la medida 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 normativo³¹.

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.

30 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Argumentación, razonamiento e interpretación constitucional*. Material de Lectura del Seminario-Taller internacional, en tres volúmenes. Lima, febrero-marzo, 2008, con el auspicio del Proyecto JUSPER de la Unión Europea; donde se recopilan los materiales de los ponentes, Manuel ATIENZA, Josep AGUILÓ REGLA; Juan RUIZ MANERO, César ASTUDILLO y Gloria LOPERA.

31 SANCHEZ FERRIZ, Remedio. *El Estado Constitucional y su sistema de fuentes*. Valencia: Tiranto lo Blanch, 2008, 2.ª edición, pp. 364-365.

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 Derecho³², esto es, el juez debía limitarse a subsumir el supuesto de hecho en la norma a aplicar; por ello MONTESQUIEU señalaría, 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 consagra³³.

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

32 PRIETO SANCHÍS, Luis. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En la compilación del mismo autor. "Derechos fundamenatles, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores, 2002, pp. 109-163; ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *Jueces, Derecho y Política. Los Poderes del Juez en una Sociedad Democrática*. Navarra: 2004, pp. 77-108.

33 BARAK, Aharon. "El rol de la Corte Suprema en una democracia". En *IUS ET VERITAS* año XIII N. 26, junio, Lima, 2003, pp. 108-114; AJA, Eliseo (editor). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Editorial Ariel, 1998. pp. 276 ss.; asimismo, LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2001, pp. 85 y ss.

su valor vinculante o la obligatoriedad de referirse a ellos se puede decir que es una cuestión de intensidad. Por eso, se podría 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 *poder/deber* (*können*) de seguir la doctrina jurisprudencial³⁴.

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 permanente³⁵.

34 AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: CEC, 1991, pp.134-143. Este autor finlandés siguiendo a PECZENIK, Alexander. *Grundlagen der juristischer Argumentation*. Wien — New York — Cambridge; Springer Verlag, 1983, pp. 57 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—.

35 SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional...*, op. cit, pp. 62 ss.; asimismo, ZAGREBELSKY, Gustavo. “¿Derecho Procesal Constitucional?”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal* N. IV, diciembre, 2001. Lima: Estudio Monroy, p. 415.

3.1. 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 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 Suprema³⁶.

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 administrativa³⁷.

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 públicos³⁸. En efecto, no cabe duda que

36 STEIN, Torstein. “Tipos de sentencia constitucionales”. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* N. 12..., *op. cit.*, pp. 143 ss.; DÍAZ REVORIO, Javier. *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 445 ss.; asimismo, ROMBOLI, Roberto. “La tipología de las decisiones de la corte constitucional”. En *REDC* N. 48, año 16, Madrid, 1996, pp. 35 ss.

37 STC Exp. N. 03741-2004-AA/TC (Caso Salazar Yarlénque), FJ 50.

38 DÍAZ Revorio, Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, pp. 103-118; asimismo, LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático...*, *op. cit.* pp. 193-196.

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 Constitución. 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 futuros³⁹.

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.

En relación al Poder Judicial, si bien ello es así, en la medida 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 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 inconstitucionalidad⁴⁰.

39 BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, pp. 232 y ss.

40 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

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 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 futuro⁴¹. 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, en 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 antiterrorista⁴². 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 —es decir, el enunciado lingüístico, texto o conjunto de palabras— y norma —esto es, el (los) sentido(s) interpretativo(s) que derivan de la

de 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, N. 4/1981). Ver PÉREZ TREMPs, Pablo. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: CEC, 1985, p. 261.

41 HÄBERLE. Peter. *El Estado constitucional*. Lima: UNAM – PUCP Fondo Editorial, 2003, pp. 58 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: Miguel Carbonell (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*. México: Editorial Porrúa, 2002, pp. 45 ss.

42 STC Exp. N. 010-2002-AI/TC, FJ 26-35.

disposición⁴³, el TC peruano desarrolló sentencias de principio⁴⁴, a fin de integrar la jurisprudencia y colmar los vacíos normativos. De acuerdo a la referida clasificación las sentencias pueden ser⁴⁵:

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, inadmisible, improcedente o infundada la demanda.

De acuerdo a lo expresado por el propio Tribunal⁴⁶, el fundamento de las denominadas sentencias interpretativas se encuentra en los artículos 38, 45 y 51 de la Constitución⁴⁷, que reconocen a esta última como norma

43 GUASTINI, Ricardo. *Le fonte del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 18.

44 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 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.

45 STC Exp. N. 004-2004-CC/TC, FJ 2-4.

46 STC. Exp. N. 030-2005-AI/TC, FJ 53.

47 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.

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 Constitución⁴⁸.

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 normas⁴⁹, 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”⁵⁰.

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 vigen-

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.

48 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.

49 STC Exp. N. 014-2002-AI/TC (Caso: *Reforma de la Constitución*); STC Exp. N. 0050-2004-AI/TC y otros (Caso: *Reforma del sistema de pensiones*); STC Exp. N. 0024-2005-AI/TC (Caso: Miguel Ángel Mufarech).

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

tes de los gobiernos de facto como los llamados decretos leyes, aunque este supuesto tampoco haya estado previsto expresamente en el mencionado artículo de la Constitución⁵¹.

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)”⁵².

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 materiales⁵³.

En cuanto a los límites formales, éstos aluden a aquellos requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere⁵⁴ y su exigencia da cuenta que el rol del poder de reforma cons-

51 Así, en relación al Decreto Ley N. 25967, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia recaída en el Exp. N. 007-96-I/TC; del mismo modo, en relación a los Decretos Leyes N. 25475, 25659, 25708 y 25880, se dictó la sentencia recaída en el Exp. 0010-2002-AI/TC (Caso: *Legislación Antiterrorista*).

52 DE CABO MARTÍN, Carlos. *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*. Madrid: Trotta. 2003., p. 68.

53 DA COSTA E SILVA, Gustavo. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro – São Paulo: 2000, pp. 85 ss.; asimismo, STC Exp. N. 014-2002-AI, FJ 72.

54 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, etc.

titudinal 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 condicionado⁵⁵. De 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 otros⁵⁶.

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 N. 28389 que reformó el sistema estatal de pensiones de los jubilados del Decreto Ley N. 20530⁵⁷. Esta sentencia es especialmente relevante no sólo porque vino a zanjar un tema trascendente tanto desde el punto de vista de los derechos sociales —concretamente 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 el año 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 N. 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

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. N. 014-2002-AI, FJ 72 ss.).

55 DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985, pp. 240 ss.

56 CELOTTO, Alfonso. "El control sobre la reforma constitucional en Italia". En: *Justicia Constitucional* N. 1, Año I, septiembre, Lima, 2006, pp. 191 ss.; PEGORARO, Lucio. "Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución". En *Pensamiento Constitucional* año VI, N. 6. Lima: PUCP — Fondo Editorial, 1999, pp. 236-237; asimismo, STC Exp. N. 014-2002-AI, FJ 75.

57 STC Exp. N. 0050-2004-AI/TC y otros (expedientes acumulados).

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 Estado⁵⁸. 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*⁵⁹.

En su sentencia, el TC determinó —en base al 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 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 indicados⁶⁰. En consecuencia,

58 Dichas pensiones estaban dentro del sistema del Decreto Ley N. 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.

59 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, ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. En: <http://www.corteidh.or.cr/>.

60 Esta posición del Tribunal tenía asidero también en el artículo 5 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

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 el Decreto Ley N. 20530, había permitido ensanchar, injustificadamente, las diferencias entre los montos de las pensiones de este régimen⁶¹, 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, harto ventajosa para él, pero inequitativa para el resto: la remuneración del trabajador activo en el puesto en el que cesó el pensionista”⁶².

En consecuencia, el Tribunal desestimó la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley de Reforma Constitucional N. 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 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

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 ver el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 28 de Febrero de 2003. Fundamento 116*).

61 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.

62 Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N. 0050-2004-AI/TC y otros (fundamento jurídico 64).

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”⁶³.

3.2. 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 anglo-sajón el Derecho es creación básicamente del quehacer judicial de las Cortes, a través de sus sentencias que resuelven reiteradamente una causa en el mismo sentido, que vincula a los jueces en casos futuros idénticos —*stare decisis*—, llegando incluso a entenderse como un precedente judicial con efectos normativos —*erga omnes*— a partir de casos particulares. Dichas sentencias con carácter vinculante de naturaleza hermenéutica o normativa, pero de alcance general, se configuran como fuente del Derecho como se ha señalado con diferentes grados de intensidad⁶⁴.

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 (*sollen*) 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 características⁶⁵. No obstante lo anterior, debe precisarse

63 DE CABO MARTÍN, Carlos. *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho...*, op. cit., pp. 68-69.

64 TARUFFO, Michael. “Dimensiones del precedente judicial”. En: *Cinco lecciones mexicanas: Memoria del Taller de Derecho Procesal*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Escuela Judicial Electoral, 2003, pp. 193 ss.: asimismo, LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ, Marcos; PEGORARO, Lucio. *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 105-115.

65 MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial...*, op. cit. pp. 203 ss.

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*,⁶⁶ 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 inferiores⁶⁷. En efecto, en relación a la fuerza vertical del 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 en base a 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”⁶⁸. Permitiendo, de esta manera que la instancia suprema al revisar los fallos de los grados infe-

66 PEGORARO, Lucio y Angelo RINELLA. *Las fuentes en el Derecho Comparado...* op. cit. p. 82 ss.

67 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: Mc Graw Hill, 2001 pp. 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.

68 *Ibidem*.... p. 31.

rios cumpla una función nomofiláctica al expulsar la 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 mismos⁶⁹. 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 directamente la solución a litigios definidos”⁷⁰. 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 peruano⁷¹, español⁷² o alemán⁷³

69 DE OTTO, Ignacio. *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. p. 491 ss.

70 *Ibidem*.... p. 468.

71 RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, “El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”. En CARPIO, Edgar — GRÁNDEZ, Pedro (coordinadores). *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 15 ss.; en este colectivo se recopilan trabajos importantes también de Pedro Grández y Javier Adrián; 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 1, 2008, donde se recogen artículos de Samuel Abad y Luis Castillo, entre otros.

72 MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial...* op. 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*. Tribunal Supremo, Madrid, 2005, pp. XIII-LXXXIII.

73 PESTALOZZA, Christian. *Verfassungs-prozeßrecht*. München: Verlag C. H. Beck, 1991, 3 Auflage, pp. 297 ss.

hayán regulado en las leyes orgánicas de sus tribunales constitucionales o, como el mexicano en su Ley de Amparo⁷⁴ o, mediante la creación jurisprudencial como en el modelo colombiano⁷⁵ o, a través de una enmienda constitucional como el caso brasileiro⁷⁶, hayan establecido que 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”⁷⁷.

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 26435⁷⁸ —y en virtud a tal norma existía la obligación de respetar en un sentido hermenéutico más 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, 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

74 BURGOA, Ignacio. *El juicio de amparo*. México: Editorial Porrúa, 2008, pp. 827-835; y SÚAREZ CAMACHO, Humberto. *El sistema de control constitucional en México*. México: Editorial Porrúa, 2007, pp. 276-286.

75 BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. pp. 151-176.

76 SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante. Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, pp. 326; DE ALMEIDA MELO, José Tarcizio. “Súmula vinculante: aspectos polémicos, riscos e viabilidade”. Texto de la conferencia pronunciada el 31 de mayo del 2007 en la Escuela Judicial — Tribunal de Justicia de Minas Gerais, pp. 35; asimismo, MOLITOR, Joaquim. “A Súmula vinculante na reforma do poder judiciário”. En: *Revista Imes — Direito*. Ano VI — N. 11 — Jul/dez. 2005, pp. 91-101.

77 REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS. “Juridicidad, precedente y jurisprudencia”. En *REDC*, Año 10, N. 29, mayo-agosto, 1990, p. 232; asimismo, PEGORARO Lucio y Angelo RINELLA. *Las fuentes en el Derecho Comparado...*, op. cit., p. 82.

78 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.

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 la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga”⁷⁹. 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 causa⁸⁰. 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 AMPARO⁸¹.

79 STC Exp. N. 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”.

80 STC Exp. N. 3741-2004-AA/TC, FJ 40 *in fine*.

81 STC Exp. N. 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

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 precedente⁸².

Perfeccionando el uso de la figura del precedente vinculante y teniendo en cuenta los presupuestos señalados, el TC, en base al principio de autonomía procesal,⁸³ ha ido desarrollando treinta y tres precedentes vinculantes⁸⁴, 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 esencial⁸⁵. 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 5 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.

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.”.

82 STC Exp. N. 0024-2003-AI/TC

83 LEÓN VÁSQUEZ, Jorge, “El Tribunal Constitucional y la configuración de su Derecho Procesal”. En *Justicia Constitucional* Año 8, N. 4, Lima. julio-diciembre 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.

84 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Sentencias del Tribunal Constitucional que contienen precedentes vinculantes*. Lima, marzo del 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>.

85 HAKANSSON NIETO, Carlos. “El contenido de los derechos fundamentales, como un concepto abierto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: *Justicia Constitucional* Año I, N. 2, agosto-diciembre, Lima, 2006, pp. 51 ss.

Asimismo, en el caso VILLANUEVA (STC 168-2005-PC/TC) se establece que cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma 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 sentencias⁸⁶.

De 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 inferior⁸⁷.

Por este motivo, el TC ha precisado con absoluta claridad en el caso SALAZAR YARLENQUE⁸⁸ 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 precedente

86 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Jurisprudencia y doctrina constitucional en materia provisional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 10.

87 BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos...*, op. cit. pp. 176 ss.

88 Cabe mencionar que los presupuestos para el establecimiento de los precedentes fijados en la STC Exp. N. 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. N. 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 estará resguardando los derechos de aquellos que se encuentren en la misma situación de quien demandó la violación.

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 sentencias⁸⁹, 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 jurídica⁹⁰.

3.2.1. *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 aún 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.⁹¹

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

89 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. p. 14. Visitada el 20 de noviembre de 2007).

90 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...* op. cit., p. 158.)

91 ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law...*, op. cit., pp. 137-140.

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 precedentes⁹².

En consecuencia, es posible afirmar que la figura del precedente se flexibiliza en algunas ocasiones; pero para ello se deberá tener en consideración aquellos elementos que rodean el caso concreto y la relevancia del mismo, 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 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 por mandato expreso de la ley; 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 administrativa⁹³.

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

92 RUBIO LLORENTE, Francisco. “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho” ..., *op. cit.*, p. 17.

93 Resolución de Jefatura N. 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 las República den cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional 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.

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”.⁹⁴ 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 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 tiempo⁹⁵.

Respecto a los efectos que produce el cambio de precedente, el TC, en la STC Exp. N. 0090-2004-AA/TC, caso Callegari, aplicó por primera vez el *overruling* prospectivo⁹⁶, 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 necesarias para su cabal cumplimiento, sin que, además, se afecte lo institucionalmente decidido conforme a la jurisprudencia preexistente”⁹⁷.

94 DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional*. Barcelona: Editorial Ariel. S.A. Segunda edición. 1988, p. 292; asimismo, Juan REQUEJO PAGÉS (coordinador). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado — Tribunal Constitucional, 2001, pp. 573-576.

95 STC Exp. N. 0024-2003-AI/TC.

96 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.

97 STC Exp. N. 0090-2004-PA/TC FJ 5. También se puede apreciar el uso del *overruling* en el caso Alvarez 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, en base a la doctrina de la discrecionalidad en el nombramiento y remoción de los cargos de confianza. El TC en el caso Alvarez Guillén (STC Exp. N. 3361-2004-AA/TC) dispuso mediante el

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, básicamente⁹⁸.

3.2.2. 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 Pensiones⁹⁹, 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) ¹⁰⁰.

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 configuran los siguientes presupuestos: en primer lugar, que la persona cumpla

overruling, es decir con efectos a futuro para los nuevos casos, el derecho fundamental a la motivación de toda resolución del CNM.

98 STC Exp. N. 0024-2003-AI/TC

99 STC. Exp. N. 1776-2004-AA/TC (Caso: *Libre desafiliación de las AFPs*).

100 Al respecto, es importante señalar que si bien esta problemática ya había sido planteada ante el Tribunal Constitucional en anteriores oportunidades, debido, principalmente, 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.

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 salud¹⁰¹. 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 N. 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 materia¹⁰², 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 Constitución¹⁰³, 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 consu-

101 STC Exp. N. 1776-2004-AA/TC, FJ 35-46.

102 STC Exp. N. 7281-2006-AA/TC.

103 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.”

Artículo 11 de la Constitución: “[e]l Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.”

midores 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”¹⁰⁴.

Del mismo modo, esta vez en 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 N. 28991 determine; mientras ello sucede, será de aplicación supletoria el procedimiento previsto en el artículo 52 de la Resolución N. 080-98-EF-SAFP, teniendo en cuenta lo señalado por este Colegiado en los fundamentos 32 a 36 de la presente sentencia”¹⁰⁵.

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 —*sollen*— 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 que dicho precedente constituye una concretización de los artículo 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.

104 STC Exp. N. 7281-2006-AA/TC FJ 27.

105 STC Exp. N. 7281-2006-AA/TC FJ 37.

3.3. 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 en base a 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 Constitución y a los criterios, orientaciones y principios interpretativos establecidos por los altos tribunales de justicia¹⁰⁶.

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 (...)”¹⁰⁷.

Ello supone que, de un lado, a diferencia del precedente vinculante en el que se establece 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. De otro lado, el sentido vinculante de dicha doctrina está dirigido específicamente a los jueces; es decir, que

106 ADRIÁN CORIPUNA, Javier. “Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor de la jurisprudencia vinculante.” En: *Gaceta del Tribunal Constitucional* N. 2, abril-junio, 2006, p. 12.

107 STC Exp. N. 0047-2004-AI/TC FJ 33.

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 dado 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 vinculante de la interpretación que el TC había realizado, por ejemplo en 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 judicial¹⁰⁸.

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

108 STC Exp. N. 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 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 por 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 N. 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N. 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N. 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N. 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional, dichos preceptos resultaban de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscriba su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas.

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 de la doctrina jurisprudencial cuando las diferencias entre los dos casos sean relevantes para merecer un trato jurídico diferente¹⁰⁹.

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, es 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 arbitraria¹¹⁰.

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”¹¹¹. 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

109 MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano...*, op. 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”... op. cit., pp. 61-62.

110 AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación...*, op. cit., pp. 23 ss.; asimismo, AGUILÓ REGLA, JOSEP “Presentación sobre Derecho y Argumentación”. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Argumentación, razonamiento e interpretación constitucional*. Material de Lectura del Seminario-Taller internacional, volumen I... op. cit., pp. 12-13.

111 DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional...* op. cit. p. 295.

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; contribuyendo así al cumplimiento de lo dispuesto en la Sexta Disposición Final del CPC¹¹².

3.3.1. *Jurisprudencia constitucional en materia de arbitraje*

En relación a la jurisprudencia constitucional emitida por el TC, puede citarse la sentencia recaída en el Exp. N. 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 vigentes¹¹³.

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 éste control sea ejercido *a poste-*

112 “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.

Compete promover y supervisar esta tarea al Ministerio de Educación; a la Asamblea Nacional de Rectores, y a los Ministerios de Defensa y del Interior. El Ministerio de Justicia queda encargado de la labor de publicación y difusión de la Constitución y textos básicos conexos. Queda encargado igualmente de editar, periódicamente, una versión fidedigna de todas las constituciones históricas del Perú y de la vigente Constitución. Adicionalmente editará y patrocinará estudios, publicaciones, textos, jurisprudencia y legislación Constitucional”.

113 LANDA ARROYO, César. “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” En: *Themis — Revista de Derecho*, N. 53, Lima, 2007, pp. 29 ss.

riori, 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-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 tanto 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 (Art. 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”¹¹⁴.

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 interpretativas 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 comparado¹¹⁵. Esta afirmación implica asumir que las decisiones jurisdiccionales de dicho órgano constitucional son de observancia obligatoria para todos los poderes del Estado, así como para los

114 ATIENZA, Manuel. “Argumentación y Constitución” En: http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf. p. 56 Visitada el 20 de noviembre de 2007.

115 PINI, Joseph. “(Simples) réflexions sur le statut normatif de la jurisprudence constitutionnelle”. En: *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* N. 24, Paris: Dalloz, 2008, pp. 81-85.

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, como 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 constitucionales¹¹⁶.

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 dicho 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 Legislativo¹¹⁷.

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 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 difíciles¹¹⁸, con el activo y el pasivo que ello supone en el proceso de fortalecimiento del Estado Constitucional.

116 VALADÉS, Diego. *Problemas constitucionales del Estado de derecho*. México: UNAM, 2002, pp. 22 ss.

117 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 que pretendía eliminar que el TC sea el supremo intérprete de la Constitución y, en consecuencia, no pudiese dictar sentencias interpretativas de principio. Dicho anteproyecto no logró un dictamen favorable y en consecuencia fue archivado.

118 En particular se refieren al control de la reforma constitucional sobre el régimen pensionario (STC Exp. N.ºs 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI

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”¹¹⁹.

Pero, también han arreciado algunas críticas académicas en esta etapa de transición democrática y de libertad del Tribunal Constitucional, que ven en los precedentes constitucionales un peligroso activismo judicial¹²⁰. Sin perjuicio 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 académico, sino también político en la medida 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 gobernabilidad¹²¹.

Por estos motivos, resulta necesario entender que no es la mera aplicación de la Constitución, sino la interpretación constitucional y la

y 0009-2005-AI acumulados); al control de los abusos y corrupción del Poder Judicial a favor de los casinos y tragamonedas (STC Exp. N. 00006-2006-CC/TC); o, al control de los abusos de la Administración Pública en contra de los administrados (STC Exp. N. 03741-2004-AA/TC), básicamente.

119 PRONUNCIAMIENTO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ES ESENCIAL PARA EL ESTADO DE DERECHO. LA REPÚBLICA, edición del 23 de junio del 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.

120 CASTILLO, LUIS. “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: AA.VV. *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*. GARCÍA BELAUNDE, Domingo (coordinador). Lima: Palestra Editores, 2008, pp. 155 ss

121 Al respecto, el año 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. SEMANA. XXVII ENCUESTA ANUAL. EL PODER EN EL PERÚ. Lima 2 de setiembre del 2007, Año XXIII, N. 1086, pp. 22 y 36.

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”¹²²; tarea que debe ubicar a los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional entre la aplicación y la creación de las normas, y entre la deliberación y la suscripción material de los consensos democráticos.

122 DE CABO MARTÍN, Carlos. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México: UNAM, 1997, p. 303.



El *stare decisis* constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales

VÍCTORHUGO MONTOYA CHÁVEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO: I. CUESTIONES GENERALES.- II. LA DOCTRINA DEL *STARE DECISIS*.- III. LA SENTENCIA ORDINARIA CONSTITUCIONAL.- IV. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE.- V. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL VINCULANTE.- VI. LAS OBJECIONES AL *STARE DECISIS CONSTITUCIONAL*.- VII. LA VALIDEZ DEL RECONOCIMIENTO DEL *STARE DECISIS CONSTITUCIONAL*.- VIII. REFLEXIONES FINALES.

I. CUESTIONES GENERALES

La justicia constitucional, parcela de jurisdicción estatal con una variedad de mecanismos procesales destinados a garantizar la primacía de la Norma Fundamental y la vigencia de los derechos (Código Procesal Constitucional —CPCo—, II-TP), encuentra en la doctrina del *stare decisis* uno de los temas más controversiales dentro de la teoría sobre la concreción normativa. Aún cuando poco a poco ha ido asentándose en la práctica nacional, esta doctrina no ha dejado de tener detractores y censores. El marco en el cual se desarrolla esta polémica no puede ser otro que el Derecho Procesal Constitucional, el cual engloba dispositivos jurídico-procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional, tutelando la vigencia y operatividad de la Constitución, mediante la implementación de los remedios pertinentes, a través de institutos procesales que han sido reputados como cardinales por el constituyente. Sólo entendiendo el verdadero carácter y la auténtica naturaleza de esta área del Derecho, se podrá esclarecer cómo dentro de él, el *stare decisis* tiene una significación precisa y una importancia creciente en el mundo jurídico actual.

Cuando un juez constitucional emite una sentencia, ésta debería ser cumplida, en primer lugar, por las partes, y, en segundo lugar, por el resto de los ciudadanos. La vinculación total que ésta debería poseer, sin embargo, parece que no es tal, pues el legislador ha concebido a las sentencias en diversos grados y formas. Las *sentencias constitucionales*, en estricto, se refieren a los “actos procesales emanados de un órgano adscrito a la jurisdicción especializada, mediante las cuales se pone fin a

una litis cuya tipología se deriva de alguno de los procesos previstos en el Código Procesal Constitucional” (Sentencia del Tribunal Constitucional —STC— 0024-2003-AI/TC). Esto viene a significar que han de ser apreciadas como el conjunto de decisiones o fallos expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad (STC 0047-2004-AI/TC, 34) y que son emitidas por alguno de los dos órganos del Estado con función jurisdiccional encargados de resolver los procesos constitucionales, esto es, los jueces del Tribunal Constitucional —TC— o del Poder Judicial —PJ— (CPCo, IV-TP). Estas sentencias tienen la peculiaridad adicional de responder a la lógica que poseen los procesos constitucionales: “Los ‘derechos fundamentales’ y los ‘procesos para su protección’ se han instituido como institutos que no pueden entenderse de modo aislado, pues tales derechos sólo podrían ‘realizarse’ en la medida en que cuenten con mecanismos ‘rápidos’, ‘adecuados’ y ‘eficaces’ para su protección” (STC 0023-2005-AI/TC, 8).

Pese a que todas las sentencias poseen un contenido básico y mínimo (Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, Resolución Administrativa 095-2004-P/TC —RNTC—, 47), éstas se distinguen principalmente de acuerdo al tipo de proceso frente al cual nos encontremos. Aunque también pueden ser diferenciadas según la complicación del análisis de la norma constitucional, ser de especie o de principio; o, según la respuesta que el juzgador realiza ante la pretensión, ser estimativa —de anulación, interpretativa propiamente dicha o interpretativa manipulativa, y que a la vez puede ser reductora, aditiva, sustitutiva, exhortativa o estipulativa— o desestimativa (STC 004-2004-AI/TC, 2, ss.), el presente trabajo se basará en las sentencias en los procesos constitucionales de control concreto, en contraposición con las sentencias en los procesos constitucionales de control abstracto.

Al respecto, y *prima facie*, se puede decir lo siguiente: [A] Dentro de los *procesos de libertad*, o de tutela subjetiva de derechos fundamentales, es decir, aquellos que analizan las cuestiones relativas al hábeas corpus, amparo, cumplimiento —sorprende que algunos tratadistas le sigan negando el carácter de ‘proceso constitucional’ e insistan en denominarlo ‘proceso constitucionalizado’ cuando ya el propio TC ha dejado claro su indudable naturaleza, incluso por intermedio de un precedente vinculante (STC 0168-2005-PC/TC)— y hábeas data, se pueden encontrar distintos tipos de sentencias, cuyo grado de vinculación puede ser distinto y diverso: [i] En primer lugar, se encuentran las *sentencias ordinarias constitucionales*, aquellas que ponen fin a una controversia determinada, en un caso específico. Con relación a ellas, se pueden hacer algunas precisiones

según el tipo de proceso. En el hábeas corpus, se hace énfasis en las consecuencias que encierra, tomando en cuenta la restitución del derecho a la libertad o conexo ante su violación o amenaza (CPCo, 34); por su parte, en el amparo, la intensidad legislativa recae, aparte de su contenido (CPCo, 55) en la forma que debe ejecutarse, insistiendo en plazos y responsabilidades (CPCo, 59) y previendo la posibilidad de represión de actos homogéneos (CPCo, 60); aparte, en el cumplimiento, se ha hecho hincapié en el contenido de la misma (CPCo, 72). [ii] En segundo término, se puede encontrar la *jurisprudencia vinculante constitucional*, y es aquí donde se inicia el reconocimiento explícito de la vinculación general de una sentencia, toda vez que se ha dispuesto que “los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional” (CPCo, VI-TP *in fine*). [iii] Por último, está el *precedente vinculante constitucional*, gracias al cual, “las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo” (CPCo, VII-TP). [B] Por su parte, dentro de los *procesos de control abstracto* —o de supremacía constitucional—, las sentencias tienen una propiedad privativa: siempre poseerán un alcance *erga omnes*, pues se les reconoce un ‘efecto general’, que incluye su publicación en el diario oficial —inconstitucionalidad y acción popular (CPCo, 81; para el caso específica de la primera, también, C, 204)— o uno ‘frente a todos’, con plena vinculación a los poderes públicos —competencial (CPCo, 113)—.

Como se puede observar, no todas las sentencias que son emitidas por un juez constitucional tienen el mismo nivel de vinculación. Las más fuertes vinculan a todas las personas sin excepción; otras exclusivamente a los poderes públicos, unas a los otros jueces solamente; y las más genéricas, tan sólo a los que participan de un proceso específico. La génesis de esta diferenciación se encuentra en una decisión estrictamente legislativa y no en quién es el órgano emisor la sentencia. No es que únicamente las emitidas por el TC tienen una vinculación general; también esa condición la tiene la pronunciada por el PJ cuando se trata de la acción popular (CPCo, 85), pero es evidente que las emitidas dentro de un proceso constitucional de libertad sí tienen al TC como el ente máximo de justicia constitucional. No es falso señalar que una sentencia de tutela subjetiva puede ser emitida en última instancia tanto por los jueces del PJ como por los magistrados del TC, es decir, si es favorable al demandante en segundo grado —y que no afecte un precedente vinculante— el proceso concluirá en la Corte Superior o en la Corte Suprema —CS—, según corresponda,

siempre dentro del PJ, caso contrario, llegará hasta el TC vía un recurso de agravio constitucional —*RAC*— (Constitución —*C*—, 202.2; CPCo, 18). Pero tampoco puede negarse que es precisamente este último órgano el que está encargado de marcar la línea jurisprudencial dentro de la justicia constitucional, si es que, aparte de las sentencias ordinarias que puede emitir, también tiene la capacidad para dictar precedentes vinculantes o producir jurisprudencia vinculante.

Tal como se puede observar, respecto a los procesos de libertad en el país, es claro que el legislador ordinario ha tratado de dar carácter vinculante a un específico tipo de sentencia —bueno exactamente a dos—, con características privativas pero que se empiezan a alejar de lo que la sentencia común y corriente es y significa. Esta amplia vinculación tiene, en principio, los mismos efectos de una ley, y es de esta forma como “la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares” (STC 3741-2004-AA/TC, 49). Concebir este especial grado de vinculación de sentencias específicas hace que previamente se deba entender lo que significa la doctrina del *stare decisis* dentro el mundo jurídico, y como fue establecido, dentro de los márgenes de la teoría procesal constitucional.

II. LA DOCTRINA DEL *STARE DECISIS*

Stare decisis, locución latina que sintetiza la desplegada frase del ‘*stare decisis et non quieta movere*’, significa, bajo un criterio de literalidad, ‘estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto’. En general, equivale a la denominación de lo que es una decisión dictada por un tribunal y que ha de ser mantenida en casos similares o análogos que se resuelvan en el futuro; a través del *to stand by decided*, se debe *to treat like cases alike*. Mas, para captar el auténtico alcance del *stare decisis* no sólo es válido referirse al caso concreto que se está resolviendo, sino también es imprescindible el análisis de las instituciones jurídicas involucradas, los intereses de la comunidad y las limitaciones de la función legislativa (CS ESTADOUNIDENSE, Caso Fletcher v. Peck, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810)).

Al dirigirse a la promoción de la calma y el equilibrio en el Derecho, a través de la interpretación jurisprudencial de la norma jurídica, no es nada más valedero que entender al *stare decisis* como una especie de parámetro normativo que contribuye al resguardo de la seguridad jurídica en el

sistema. En principio, a través de *to uphold precedents*, se debe acatar la decisión del juzgador cuando lo instituye en una controversia en la que se susciten cuestiones de hecho y derecho idénticas a la del caso originario, sea o no de una instancia superior. Es así como se logra conservar estable la balanza de la justicia, evitando que ésta fluctúe, tiemble o traqueteé con cada razonamiento novedoso del juzgador.

De manera incipiente, se le puede encontrar en la antigua Roma, cuando se confería al juez la capacidad de evitar sentencias que favorecieran a quienes ostentaban el poder, sobre todo reyes, cónsules y emperadores, evitándose de esta forma abusos y arbitrariedades. Aún así, a diferencia de lo que pueda suceder con la mayoría del pensamiento del Digesto, esta doctrina en esencia es recogida por y asienta su desarrollo en los países del *common law*, aquella tradición jurídica —el concepto ‘tradición’ está relacionado con el de ‘familia’, pero no son equivalentes— a través de la cual Inglaterra llevó su manera de ver el Derecho a las que fueron sus colonias, y que se basa primordialmente en la concreción del pensamiento jurídico en las sentencias emitidas, antes que en la normación legislativa. Pero, ¿cómo es posible que una doctrina proveniente de una tradición totalmente distinta a la cual está adscrita el Perú haya podido instalarse en nuestro ordenamiento constitucional? Es cierto que somos tributarios de la tradición civilista-romanista, que formamos parte de esta familia, pero no se puede negar que cada vez más todas ellas —sobre todo la nuestra y la del *common law*— se van articulando y prestándose elementos que antes eran exclusivos y representativos de una y otra, tema sobre cual regresaremos también *infra*.

Por ende, no es ilógico advertir que la primera judicatura que recoge la doctrina del *stare decisis* es la del país británico. No la incorpora a su práctica judicial sino hasta 1066 con la irrupción de los normandos de origen francés a su territorio, al trasladarles el Derecho de base romanista, el cual fue adaptado y fusionado gradualmente con el sistema consuetudinario que lo caracterizaba. Si bien la máxima instancia judicial, hasta finales del siglo XIX, aún podía apartarse de sus propias decisiones, con posterioridad, ni bien daba una regla en un caso específico, no cambiaba su argumentación hasta que el Parlamento reemplazase los estatutos sobre dicha materia (Cámara de los Lores —CL— británica, Caso *London Street Tramways v. London County Council*, 1898, AC 375). Con el paso de los años, esta posición fue relativizada (*Practice Statement*, de 1966), permitiendo a la Cámara adaptar su jurisprudencia a las condiciones de cambio social. De esta forma es cómo finalmente logra establecerse el actual modelo de *stare decisis*, pues aunque el Derecho iba fundamentándose caso a caso, resultaba necesario establecer un componente que

ofreciera firmeza, cohesión y predictibilidad al sistema, evitando, al igual que sucedió en el modelo romano, la injerencia e interferencia del poder político.

Pero es en otro país del mundo anglosajón donde la doctrina ha adquirido una significación inaudita y un impulso meritorio. Tomando como plataforma el arquetipo inglés, en la judicatura *estadounidense*, este modo de *to maintain former adjudications* empieza a ser un instrumento cardinal para la resolución de sus conflictos judiciales. Sabiendo que sus decisiones son más flexibles que el modelo original, sobre la base de una *wise policy*, se demanda una actuación sutil de la judicatura pues la acción legislativa es prácticamente imposible ante la variedad de casos que llegan a las cortes, aunque la exigencia de respeto de la cláusula del debido proceso es ineludible (CS ESTADOUNIDENSE, Caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406-307, 410 (1932)). Diferenciándose aun más de su molde originario, se ha ejercido con anchurosa libertad el poder de reexaminar la base de sus decisiones constitucionales (CS ESTADOUNIDENSE, Caso *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649, 665 (1944)). Como muestra de lo señalado se puede observar que, entre 1946 y 1992, su CS cambió sus precedentes en ciento treinta casos.

Más allá de las formas en que los países del *common law* han alcanzado el perfeccionamiento del *stare decisis*, los tratadistas han advertido que éste se puede presentar de dos formas desemejantes, según la correspondencia existente entre el órgano emisor y el receptor de la decisión: uno es vertical y el otro, horizontal. En el primero, existe la aplicación de la doctrina de una corte más alta a una inferior; por ello, la concomitancia que involucra es *vertical*. Se asienta en el hecho de que los jueces son rodeados por decisiones jueces anteriores de niveles coordinados y jerarquizados. En el ámbito constitucional nacional, por su competencia para revisar los procesos de libertad a través del RAC, es el TC el que impone su poder frente a los jueces del PJ que resuelven en primera y segunda instancia. Por su parte, el *horizontal* se presenta cuando los dos tribunales en cuestión —el emisor y el receptor del precedente— se sitúan en el mismo nivel de la organización judicial. Se debe hacer una importante distinción entre las dos subformas en que se presenta: el autoprecedente y el horizontal propiamente dicho. El autoprecedente se presenta cuando los precedentes de los tribunales son obligatorios o vinculatorios para ellos mismos; sobre el horizontal propiamente dicho, se ha señalado que la decisión de un juez diferente de igual nivel tendrá más un valor sugerente antes que vinculante propiamente dicho.

Pero hay otra forma de clasificar el *stare decisis*. Así, mientras el *binding precedent* posee por sí mismo una autoridad mandatoria, el *per-*

suasive precedent permite que el juez inferior, con mayor simplicidad y complacencia, puede ignorar lo resuelto por el superior. Incluso, muchas veces se plantea el hecho de que todo precedente sólo puede tener un valor persuasivo, incluso tomando en cuenta la *ratio decidendi*. Ser persuasivo obedecerá en buena parte de la consistencia de su justificación y de un producto supuestamente adecuado. El conocido como ‘precedente persuasivo’, a veces, fluye de las decisiones de los tribunales de otras jurisdicciones o de tribunales del mismo nivel en la jurisdicción. Por ejemplo, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de ‘X’ podría usar, para justificar una decisión en un amparo, la sentencia emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de ‘Y’. Pero también podría darse este carácter persuasivo si es que la sentencia emitida por el órgano superior no reviste las particularidades esenciales que le dan el carácter de vinculante. Se suele ligar *stare decisis* horizontal con el persuasivo.

De otro lado, no importa cuándo ha sido dictado el precedente, la idea es que éste siempre tiene validez hasta que lo modifiquen. Aunque claro, en el modelo inglés, ésta tendría que seguir creando una fuerte vinculación así aparezca como inapropiado en razón de circunstancias sociales cambiantes o por algún otro motivo. En esencia, el precedente inglés se diferencia fuertemente del estadounidense porque el primero es más rígido y vinculante, mientras el segundo rechaza vínculos formales y cultiva una concepción elástica y con una pizca de persuasión del precedente. En el caso nacional, en el caso específico del precedente vinculante, y según se explicará *in extenso* más adelante, el TC tiene la capacidad de variarlo, siempre y cuando lo sustente debidamente (CPCo, VII-TP), lo cual hace notar que si bien hay una cierta rigidez en su mutación, ésta está permitida legislativamente.

Retomemos la triple categoría de sentencias existentes para los procesos de libertad, tipología que es utilizada estrictamente en el ámbito constitucional. Decíamos que existe la sentencia ordinaria, la jurisprudencia vinculante y el precedente vinculante. Debe quedar palmariamente distinguido que sólo las dos últimas podrían desencadenar en la internalización de su contenido por parte de los operadores jurídicos, y pueden ser consideradas como formas de *stare decisis* (STC 3741-2004-AA/TC, 43: “tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio”). Ahora bien, también debe mencionarse que a diferencia de la jurisprudencia vinculante donde se requiere más de una sentencia para que aparezca un *stare decisis*, en el caso del precedente vinculante, su carácter de vinculación emerge con tan sólo una.

III. LA SENTENCIA ORDINARIA CONSTITUCIONAL

Una sentencia ordinaria, común, simple, aparte de adquirir la calidad de cosa juzgada —sobre la cosa juzgada en general, C, 139.2; sobre la constitucionalización de su contenido, STC 04853-2004-PA/TC; específicamente, en los procesos constitucionales de libertad, CPCo,6—, al igual que en el modelo estadounidense debería servir de precedente para casos análogos ulteriores, y que deberán resueltos de una manera equivalente. No es posible considerar que el órgano constitucional, pese a su capacidad interpretativa, no pueda otorgarle un amplio valor a cualquiera de las sentencias que emite. Negar este peso, sería objetar a este órgano una de sus principales funciones: la de desentrañar el verdadero significado al dispositivo constitucional. Sin embargo, como se fue adelantando, no toda sentencia constitucional tiene un valor vinculante, sino únicamente las dos nombradas que tienen el carácter de *stare decisis*.

Pero por ahora vamos a centrarnos en la sentencia ordinaria constitucional, claro entendiendo que las otras dos usan a ésta como base: el precedente vinculante es igual a una sentencia ordinaria con la expresa mención de que es vinculante; la jurisprudencia vinculante es una reiteración de varias sentencias ordinarias. Bueno, pues, con relación a esta sentencia, cabe preguntarnos, en primer lugar, cuál es la estructura que posee. Normativamente, cuenta con ámbitos bastante definidos (CPCo,17). Uno relativo a una prefijación de puntos controversiales, a través del cual debe identificarse tanto al demandante como al accionado, además de precisarse el derecho reputado como vulnerado, lo que en el fondo constituye un *statement of facts*. El otro ámbito está relacionado con el razonamiento discursivo del juez, en el cual se dejará sentado si existió o no la violación del derecho alegado, exhibiendo la fundamentación que conduce a la decisión adoptada para concluir en la decisión a la cual se arrije, señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto; esto viene a significar que ésta es la parte en donde aflora la justificación judicial y que se expresa, de un lado, en el *legal reasoning*, y de otro, en el *judgment* mismo.

En segundo lugar, y sobre la base de tal estructura, es interesante revisar la ordenación resolutive de toda sentencia constitucional, en especial, del razonamiento discursivo. Ésta, que se encuentra prevista en la legislación, ha sido desentrañada por el propio TC, entendiendo que lo que está en juego en una sentencia son cinco tipos de elementos (STC 0024-2003-AI/TC): (a) La *razón declarativa-teológica* se refiere a las reflexiones sobre los valores y principios constitucionales que realiza el juzgador, además de dejar establecidos criterios interpretativos que está usando al momento de resolver. (b) En segundo lugar, se puede mencionar la *razón suficiente*

o *ratio decidendi*. El *holding* es una ‘razón para decidir’, una justificación necesaria que determina las razones que deben ser seguidas para llegar a un fallo definitivo en un *case law*; son los principios jurídicos, morales, políticos, y sociales sólidos emitidos por un tribunal que componen las razones de un juicio particular. En toda circunstancia, es necesario descubrir qué significa *ratio decidendi*, para así poder lograr localizarla y descubrirla en la sentencia, pues tal ejercicio es esencial, verbigracia, para la determinación de la jurisprudencia constitucional vinculante. Para conseguirlo se han tratado de formular ciertas hipótesis sobre su contenido: podría ser tanto la norma jurídica general que sirva para resolver un caso —‘norma jurídica general contextualizada’—, como una mezcla de la calificación de los hechos en el caso determinado —énfasis fáctico— y la determinación del principio jurídico utilizado —énfasis normativo—. Consideramos que sería preferible hablar de *ratio decidendi* cuando en el razonamiento judicial pueda encontrarse la aplicación al caso concreto de una combinación de consideraciones fáctico-normativas que permitan dar al justiciable las razones exactas utilizadas para resolver la controversia constitucional suscitada. Sin embargo, para el TC supone, con exclusividad, un ‘juicio normativo’, el mismo que puede estar formulado expresamente o inferido a través de un análisis particular: “es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la *litis*” (STC 0024-2003-AI/TC). Una visión restringida es a todas luces la que utiliza el TC. (c) También es interesante observar qué significa la *razón subsidiaria o accidental* u *obiter dicta* o *dictum*. Definida normalmente de manera negativa, por constituir todo lo que no es *ratio decidendi*, se puede decir que es toda razón no ineludible o imprescindible para llegar a decidir un caso concreto, pero que sirve para vigorizar y darle mayor consistencia al fallo emitido. Es una opinión expresada por un juez sobre un punto jurídico relacionado indirectamente con el caso en cuestión y, por lo tanto, no vinculante. Su valor se da básicamente en el ámbito persuasivo. Sobre la base de su función pedagógica u orientativa, ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas ‘marginales o aleatorias’, pero que exponen una visión mas allá del caso específico. No es que sea innecesaria en la sentencia, los jueces inferiores suelen remitirse a ella a la hora de resolver, pero básicamente como guía. (d) También existe, como parte de la sentencia, la *invocación preceptiva*, se refiere a la determinación de los dispositivos constitucionales o del bloque de constitucionalidad (CPCo, 79) utilizados para poder llegar a una decisión en el caso concreto. (e) Por último, se encuentra el *dictum*, la parte de la sentencia a través del cual se resuelve la controversia y se deja sentado el mandato específico y también el general. A través de él, las normas que se ha interpretado a la luz de un caso específico dejan

de ser meros derechos subjetivos, de carácter normativo y semántico, para convertirse en derechos fundamentales objetivos, siendo posible extraer de su formulación una exhortación vinculante o persuasiva (STC 0006-2003-AI/TC). El fallo tendría efectos internos para quienes fueron partes en el proceso en el que se dictó la sentencia, pero también debería tenerlo *erga omnes*; lo interesante de cómo está enunciada la sentencia ordinaria es que la decisión a la que llega el TC debería restringirse al caso particular que se está resolviendo.

Dentro del modelo de justicia constitucional nacional, una sola sentencia recién adquiriría fuerza vinculante *erga omnes* si es que ella misma lo señala expresamente, tal como el propio código procesal lo ha indicado, es decir, si en su *dictum* ello queda expresamente establecido. *Contrario sensu*, si es que no media esta declaración explícita, su efecto tendría que ser, en estricto, *inter partes*, tal como tendría que ocurrir con la sentencia ordinaria judicial. Pero, ¿un razonamiento de este tipo podría tener asidero en un ordenamiento como el nuestro en el que el TC es el órgano encargado del control de la Norma Fundamental? He aquí una de las principales causas en que se puede sustentar una crítica al reconocimiento del llamado precedente constitucional, e incluso a la jurisprudencia vinculante. Evitar reconocerle una vinculación general le quitaría fuerza a una sentencia tradicional. Para ahondar más en la crítica se podría decir que si el TC, o en su caso, la segunda instancia dentro del PJ dicta una sentencia, declarando fundada una demanda, y determina que se realice ‘o’ a la entidad ‘r’ por haber vulnerado el derecho fundamental ‘d’ y por ser esta medida la que satisface la violación ‘v’ al afectado ‘a’; en caso de que suceda con posterioridad otra situación igual o similar a ‘v’, también quebrantando ‘d’, e incluso realizada por la misma ‘r’, pero que ésta la comete contra un nuevo destinatario de la norma, ‘b’, no habría obligación alguna para que ‘r’ pueda seguir la anterior sentencia pues ésta fue emitida solamente para el caso de ‘a’, y la orden ‘o’ no puede ser asumible para ‘b’. En conclusión, no sería obligatorio para ‘r’ porque la sentencia no fue señalada como precedente vinculante. Un total absurdo. Un despropósito total para la vinculación que deben poseer las sentencias constitucionales.

Cuando el TC actúa, lo hace siempre —y acá no cabe diferenciaciones—, bajo la responsabilidad de garantizar y actualizar la Constitución. La magistratura constitucional, por ende, desarrolla siempre y a cada momento una actividad jurisdiccional que contribuye a extender su contenido material. Nada más exacto. Empero, ¿por qué lo hace así? Nadie puede dudar que el TC es el órgano de control de la Constitución (C, 201); no uno de los órganos que cumple esta función, sino es él el único que tiene esta ocupación en la Norma Fundamental. En tal sentido, el “Tribunal Constitucional ‘es el’ órgano de control de la Constitución, no es uno más

y esa es su principal función. Es autónomo e independiente y sólo está limitado por la Constitución, de la cual es su custodio y garante, porque así lo decidió el Poder Constituyente que le encomendó tal tarea” (STC 0047-2004-AI/TC, 33). De una afirmación de este tipo se deriva con naturalidad que se le reconozca como órgano supremo de interpretación de la misma, hecho que ha sido distinguido en sede infraconstitucional (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 28301 —*LOT*C—, 1; RNTC, 1; Reglamento de Organización y Funciones del Tribunal Constitucional, Resolución Administrativa 076-2007-P/TC —*ROFT*C—, 3). Este rol interpretativo que se deriva de la propia Constitución no puede más que ser consumado y observado por el TC. No hacerlo sería desconocer su mandato constitucional y afectar el *status activus processualis* de quienes acuden a él a través de un RAC en un proceso de libertad. Siguiendo esta lógica, “si bien reconocemos la pluralidad de intérpretes jurídicos con relación a la Constitución, también reafirmamos el lugar privilegiado que ocupa el Tribunal Constitucional para efectuar una interpretación de la Constitución con carácter jurisdiccional y, sobre todo, vinculante para los poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos” (STC 0004-2004-CC/TC, 19). Su función controladora, así, se concretiza en un cometido interpretativo.

La Constitución, norma a la cual todos nos encontramos obligados a respetarla, cumplirla y defenderla (C, 38), prevé un ‘derecho sobre el derecho’, o mejor aún, se exhibe como ‘Derecho de la Constitución’, esto es, como un conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos (STC 5854-2005-PA/TC, 3), en tanto expresión jurídica de la soberanía popular (STC 0030-2005-AI/TC). Además, la Constitución, observada como el marco general de convivencia del Estado, debe ser lo suficientemente flexible como para recoger las distintas posibilidades políticas dentro de los principios democráticos. La supremacía constitucional, vista de esta forma, ve reflejada su plenitud a través tanto de su superioridad y preferencia en el ordenamiento jurídico (C, 51) —vertiente objetiva—, como de la imposibilidad de que los poderes públicos o la colectividad puedan vulnerarla (C, 45, 38) —vertiente subjetiva—.

Se podrá decir, de esta manera, que el TC, aparte de ser el órgano controlador de la Norma Fundamental (C, 201), cumple tres tipos de funciones, aún cuando estas han sido propuestas sobre todo para la inconstitucionalidad: “a) la *valoración* de la disposición sometida a enjuiciamiento, a partir del canon constitucional, para declarar su acomodamiento o no a ese canon; b) la labor de *pacificación*, pues debe solucionar controversias mediante decisiones cuyos efectos deben ser modulados de acuerdo a cada caso; y c) la labor de *ordenación*, toda vez

que, sus decisiones, ya sean estimatorias o desestimatorias, tienen una eficacia de ordenación general con efecto vinculante sobre los aplicadores del Derecho —en especial sobre los órganos jurisdiccionales—, y sobre los ciudadanos en general” (STC 0054-2004-PI/TC, 16). De esta forma, se puede concluir que “tiene como tareas, la racionalización del ejercicio del poder,... vela por la preeminencia del texto fundamental de la República sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico del Estado;... se encarga de velar por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona, así como de ejercer la tarea de intérprete supremo de los alcances y contenidos de la Constitución” (STC 2409-2002-AA/TC, 1.a). A partir de estos quehaceres constitucionales, se puede concluir que toda sentencia que emite el TC, en última instancia, debe ser cumplida por todo operador jurídico, por todo aquél que se precie de someterse a la Constitución, por todo ciudadano. La protección objetiva del derecho fundamental que realiza el TC no puede ser dejada de lado, más allá de la tutela subjetiva y de la resolución de conflictos concretos, se debe velar sin exculpación válida por la vigencia efectiva de los ‘derechos constitucionales’ (CPCo, II-TP). En cualquier momento, en todo acto de resolución de conflictos, siempre que emita un fallo, el TC debería estar vivificando el contenido de la propia Norma Fundamental.

Por eso, en estricto, reconocer que hay sentencias que tienen una vinculación adicional a la que ya tiene toda sentencia constitucional parece abonar a la tesis que las sentencias ordinarias no pueden tener vinculación *erga omnes*. Mas no se puede obviar que éstas sí son una expresión clara de la fuerza interpretativa del TC. Lo que se ha hecho con el reconocimiento del precedente vinculante y de la jurisprudencia vinculante es quitarle fuerza a la sentencia ordinaria, pues sus efectos serán, *prima facie*, solamente *inter partes*, y de este modo, el TC ya no podrá ejercer función alguna, sobre todo la principal de interpretar el sentido de la Norma Fundamental. Lo contradictorio de esta reflexión se puede encontrar sustentado en lo que el propio TC ha señalado: las sentencias constitucionales “rebasan con largueza la satisfacción de un interés particular o de beneficio de un grupo, ya que teleológicamente resguardan los principios y valores contenidos en la Constitución, que, por tales, alcanzan a la totalidad de los miembros de la colectividad política” (STC 0024-2003-AI/TC).

Frente a una tesis de esta índole, cabe siempre recordar que la intención legislativa con el reconocimiento de dos formas de *stare decisis* no ha sido quitarle peso o fuerza a toda sentencia, que seguiría siendo un instrumento válido para la interpretación constitucional en su máxima expresión, sino que ha tratado de ordenar la dispersa emisión de sentencias. Pero antes de hacer un balance de los pros y contras de la inclusión

de esta doctrina en la justicia constitucional, es necesario analizar qué significa tanto precedente constitucional vinculante como jurisprudencia constitucional vinculante.

IV. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE

Acorde con lo que se viene señalando, el legislador ordinario consideró pertinente implementar la doctrina del *stare decisis* en el país, y una de las fórmulas utilizadas ha sido sobre la base de una sola resolución, toda vez que en los países anglosajones basta una sentencia única para que ésta constituya derecho y genere obligación, siendo esto denominado como la ‘*doctrine of the individual binding precedent*’: “como lo ha señalado la tradición del *Common Law*, el precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos” (STC 3741-2004-AA/TC, 46). Por eso, quizás una de las normas más interesantes dentro del código procesal es la que se dedica a la vinculación de una sentencia en soledad en los procesos de libertad, conocida como el ‘precedente constitucional vinculante’ (CPCo, VII-TC). A diferencia del *stare decisis* del *common law*, en este caso, el carácter vinculante de la sentencia se da sobre la base del *dictum*, y no sobre la *ratio decidendi*. Pese a la exigencia de su respeto por los jueces inferiores al TC, “lo dictado debe ser seguido si es lo suficientemente persuasivo” (CS estadounidense, Caso *Central Green Co. v. United States*, 531 U.S. 425 (2001)), lo cual importa una actitud reflexiva por parte del TC sobre cómo ha venido utilizando esta categoría resolutive en su práctica diaria, pues en muchas oportunidades la ha empleado incorrectamente.

En el ámbito nacional, la figura del precedente vinculante no es privativa del ámbito constitucional. También se han reconocido otros tipos de precedentes, tales como los dictados por el Tribunal de Indecopi (Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, Decreto Legislativo 807 —*LFNOI*—, 43) y el Tribunal Fiscal. Claro en estos casos, a diferencia de lo que sucede con el TC, sus decisiones pueden ser recurridas ante el PJ, vía un proceso contencioso-administrativo. Pero en el seno de la función jurisdiccional estatal, también se ha reconocido a la CS la capacidad de proponer una cierta forma de precedentes vinculantes (Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Legislativo 767 —*LOPJ*—, 22: “Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el diario oficial ‘El Peruano’ de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio,

están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan”). Lamentablemente su utilización es aún restringida —ha comenzado a usarse en materias penales—, pero cabe mencionar que, a diferencia precedente constitucional, su grado de vinculación es bastante limitado pues el juez tiene mayor libertad para desligarse de lo dictado por el órgano superior.

Es relevante señalar que se ha convenido que para que exista precedente vinculante en sede constitucional ha de esbozarse una decisión del pleno jurisdiccional, por lo cual, para su emisión deben existir, por lo menos, cinco votos a favor (RNTC, 13: “Los procesos referidos en el artículo 11°, iniciados ante las respectivas Salas de las Cortes Superiores, y todos los que, al ser resueltos, pueden establecer jurisprudencia constitucional o apartarse del precedente, deben ser vistos por el Pleno, a petición de cualquiera de sus miembros. En tales casos se procede conforme al artículo 5° de la Ley N.º 28301”). *Ergo*, por más que se requiere de tres votos para que una sentencia constitucional en los procesos de libertad sea válidamente emitida, en el caso específico de los precedentes vinculantes la exigencia será igual que para un caso de inconstitucionalidad, si el quórum es de cinco magistrados, y basta mayoría simple para que la sentencia pueda sea expedida (RNTC, 10), en tal caso, “las resoluciones requieren tres votos conformes” (LOTIC, 5).

De otro lado, para definir lo que es el precedente vinculante en el ámbito constitucional, el TC puso énfasis en su eficacia. La consideró como “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga”, razón por la cual habrá que ser asimilada con una ley, y es así como “la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos. En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia” (STC 0024-2003-AI/TC). En este esquema, y sabiendo que a través de él se “ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto” (STC 3741-2004-AA/TC, 43), el TC debe ser cuidadoso para que el precedente vinculante que fije no deba reflejar simplemente determinadas ‘preferencias deseadas de política’, pues la *‘attitudinal model critique’* invita, sobre todo, a que las decisiones que

se presenten en un precedente vinculante sean justificadas, a la vez de racionalizadas.

A diferencia de lo que sucede en el modelo anglosajón, en el caso peruano es el propio TC el que determina las reglas que deben ser seguidos por los jueces inferiores, haciendo explícito *the internal point of view* de la judicatura, y no son estos los que la determinan a través de una correcta aplicación de una técnica argumentativa. Los estadounidenses apelan al razonamiento jurídico de sus jueces para que estos determinen cuál es la parte vinculante de la sentencia emitida por su CS, actividad que no es exigida para los jueces del PJ nacional porque las reglas tanto procesales como sustantivas del precedente constitucional emitido son plasmadas claramente en la propia sentencia emitida. No hay que buscar la *ratio decidendi* sino tan sólo fijarse en el *dictum* para poder conocer cómo se está buscando la vinculación de la sentencia, concretizándose de esta forma, una *meta-rule*.

Para que tenga éxito la doctrina del *stare decisis*, sobre todo en el caso del vertical, es necesario que la estructura judicial sea sólida, así como las relaciones de autoridad dentro de ella. Obvia, situación en la que flaquea el caso nacional pues la interpretación del TC debe ser seguida por los jueces de otro órgano como es el PJ. En el país, según el modelo de justicia constitucional en los procesos de libertad, no es un solo órgano el que interviene en la justicia sino son dos, con el mismo nivel constitucional: tanto PJ como TC tienen reconocimiento en la Norma Fundamental. Es por ello que los jueces del PJ sienten como una intromisión a su actividad jurisdiccional cualquier precedente dictado desde el TC, pues debe ser seguido por ellos sin chistar. Esta situación de tensión llega a veces a desencadenar un cierto desencuentro entre ambas fuentes de poder de judicatura, aunque se espera que esto no desate una ‘Guerra de las Cortes’, tal como se presentó en el caso español.

Es así como el precedente vinculante demuestra y refleja la imperatividad de la sentencia constitucional, y su capacidad para que ésta pueda tener una eficacia *erga omnes*. Con relación al *stare decisis* se ha expuesto que el amplio nivel dominante de su vinculación podría ser llevarnos al absurdo de que un juez inferior deba dictar una decisión pese a que el fallo impuesto pueda tener la característica de injusto. En ciertos casos en Derecho Comparado, se le permite apartarse de lo señalado por el juez u corte superior, pero en la mayoría, el *stare decisis* habrá de mantenerse incólume. Sin embargo, en el caso nacional, los caminos son cada vez menores para que los jueces sectarios del precedente vinculante puedan apartarse de éstos, siempre en pos de la mejor tutela de los derechos fundamentales de las personas, sobre la base de un análisis *pro homine* del

Derecho. A través de una decisión jurisprudencial, el TC ha considerado que cuando un juez inferior se aleja de su precedente vinculante el recurrente afectado tiene expedito el uso del RAC, a través del reconocimiento de una legitimidad objetiva para presentarlo (STC 4853-2004-PA/TC, 40.B), pese a que la normatividad esencial parece negarlo (C, 202.2; CPCo, 18: sólo “contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda”). Justamente, lo que no puede hacer el juez inferior queda muy claro en el modelo inglés: lo dictado por la CS es considerado obligatorio para todas las demás jurisdicciones.

Ahora bien, en doctrina se ha especificado que un juez inferior debería decidir, si el caso reciente es análogo o subsumible en el anterior, entre las siguientes opciones: (i) *to apply* la regla del precedente, si es que los temas a tratar son totalmente equivalentes; (ii) *to follow*, si es que los casos no son tan iguales, pero corresponden ser tratados con similitud de criterios; o, (iii) en última *ratio*, *to distinguish*, creándose una nueva regla, sobre la base de la observación de particularidades que diferencian a un caso del anterior. En el modelo estadounidense, un juez cuando considere que un precedente es erróneo o injusto, puede hacer que éste sea *reversed* o *overruled*. La sustentación del *distinguishing*, como forma de apartamiento del precedente, es muy interesante en el caso nacional, pues el juez inferior, con una adecuada fundamentación fáctico-jurídica, determinará que lo señalado por el TC no tiene validez para el caso concreto que está aplicando. Es decir, sólo si determina que los casos no son semejantes, el juez inferior del PJ podrá apartarse del mandato del TC. Por ello, cuando un juez inferior nacional deba aplicar las reglas del precedente vinculante dadas por el TC, que deben ser claras y razonables, se enfrenta, para poder realizar una subsunción de los hechos, con dos situaciones de hecho en lugar de una, como sucede en cualquier acto interpretativo; ahora deberá fijarse tanto en el nuevo caso como en el que sirve como guía. Lo que no es permisible es desconocer el valor del precedente vinculante; no hay forma de que tal posición sea aceptada: “La actuación del Tribunal Constitucional, vía el recurso de agravio, tiene por finalidad restablecer los principios de supremacía jurídica de la Constitución y de respeto de los derechos fundamentales, los que se verían trasgredidos si un juez desconoce, de modo manifiesto, los precedentes vinculantes de este Colegiado que, conforme al artículo 1 de su Ley Orgánica, es el supremo intérprete de la norma fundamental del Estado y de los derechos fundamentales” (STC 4853-2004-PA/TC, 38).

Lo que queda claro es que el TC sí está capacitado para cambiar su propio precedente, pero se le exige que sea de manera fundamentada y según un criterio de ‘razonabilidad’. Pero, ¿esta variabilidad afectará necesariamente su imperatividad? El efecto de decidir su modificación puede

tener un doble sentido: uno retroactivo —aplicable a los hechos sometidos al análisis del TC— o uno prospectivo —aplicable a los hechos aparecidos con posterioridad a la nueva decisión del TC—. En el caso del *prospective overruling* (por ejemplo, STC 0090-2004-AA/TC) incluso se llega a permitir la existencia de una *vacatio sententiae*, al ser necesario la garantía de la seguridad jurídica. De otro lado, “cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente” (CPCo, VII *in fine*). Como parte de la técnica del *overruling*, un juez sí está capacitado para variar su autoprecedente, pero no podrá hacerlo si es que no media alguna ‘*compelling justification*’ (CS estadounidense, Caso *Hilton v. Carolina Pub. Rys. Comm’n*, 502 U.S. 197, 202, 112 S. Ct. 560, 565 (1991)). Por eso, se ha exigido en el caso nacional que para la variación del precedente deben presentarse tres elementos esenciales: “a) Expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión; b) Expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión; c) Determinación de sus efectos en el tiempo” (STC 0024-2003-AI/TC). Es así como tomando en cuenta el ‘principio de inercia’, para que el cambio de precedente sea legítimo, deberán existir causas suficientemente graves o razones de justicia que lo ameriten (CS argentina, Caso B, A.D. contra Provincia de Buenos Aires, de 2006), es decir, no debe darse por consideraciones sociales o políticas, sino, por el contrario, una incompatibilidad con el nuevo orden constitucional o la presentación de nuevos argumentos no analizados con anterioridad. El cambio razonado habrá de sustentarse, entonces, tanto en una vocación de corrección como en un análisis de una realidad versátil (TC español, STC 242/1992, 4), por lo que, cuando el TC decida realizar un *overruling*, el análisis costo-beneficio debe ser favorable a la variabilidad antes que a la permanencia.

V. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL VINCULANTE

A diferencia de lo que ocurre en el precedente vinculante, en este supuesto se requiere la emisión de un grupo de sentencias ordinarias que mantengan una misma línea jurisprudencial (CPCo, VI-TP *in fine*); con la regularidad se adquiere el carácter vinculante. Es una forma de ‘jurisprudencia constante’, donde la costumbre en la emisión de resoluciones genera el derecho y la obligatoriedad de las reglas en ellas contenidas. El propio TC considera la necesidad de que sean un ‘conjunto de decisiones o fallos constitucionales’ (STC 0024-2003-AI/TC), y desea evitar que el ordenamiento jurídico sea caótico, sino más bien, predecible. Es tan forma de *stare decisis* como lo es el precedente vinculante, pero no se suele dársele la importancia ni el reconocimiento debido.

Frente al clásico *stare decisis* anglosajón, el que a veces es reconocido en los países de tradición romano-germánica, se deriva ya no de una sola sentencia, sino de un conjunto de éstas, y por lo general su fuerza no es, en estricto obligatoria, sino tan sólo persuasiva, aunque en el caso nacional se ha insistido en su vinculación pero en estricto frente a los jueces del PJ. Desaparece la idea de una decisión *in point*, y fluye la obligación de seguirse ‘los’ precedentes, y no ‘un’ precedente en específico. Vale recordar que la forma en que se plantea el precedente constitucional vinculante está en relación directa con las decisiones del órgano supremo constitucional respecto a los jueces del PJ que son los que deben determinar las reglas jurídicas que se extraen de la interpretación realizada a los ‘preceptos y principios constitucionales’. De todo lo señalado, es lógico captar que su formulación es bastante distinta a la del precedente vinculante: la jurisprudencia vinculante es “una institución constitucional-procesal autónoma, con características y efectos jurídicos distinguibles del precedente vinculante, con el que mantiene una diferencia de grado” (STC 6167-2005-PHC/TC, 2), pero en ninguno de estos casos, se puede negar su alto grado de vinculación.

Donde este segundo tipo de *stare decisis* se empieza a parecer al modelo anglosajón es cuando se refiere a la forma en que el juez inferior debe extraer la parte vinculante de las sentencias a la cuales ha de seguir. Así, un elemento importante para poder captar la vinculación con las que cuentan las sentencias constitucionales se puede hallar en su propia estructura, la cual fuera revisada *supra*. Precisamente en la discusión sobre el valor de cada una de las partes de una sentencia se encierra el debate sobre a qué ámbito se le debe atribuir eficacia de precedente. En el modelo clásico de *stare decisis*, el gran problema surge a partir de lograr diferenciar lo que es *ratio decidendi* —ligado con el *binding precedent*— y lo que es *obiter dicta* —relacionado con el *persuasive precedent*—, pues, al igual que sucede en la sentencia ordinaria, en la jurisprudencia constitucional vinculante no existe una disposición normativa demarcada o definida. Con habitualidad, las resoluciones que se emiten en cualquiera de los órganos con función jurisdiccional simplemente presentan una diversidad de argumentos y no declaran explícitamente cuál es la lógica cardinal utilizada para llegar a la decisión ni cuál es la que la escolta de una forma no concluyente. A la sazón, es la *ratio decidendi*, la base para, tanto en derecho estadounidense como inglés, la sentencia pueda adquirir carácter vinculante. Por eso, es trascendental que quien interprete las sentencias que forman la jurisprudencia vinculante constitucional —más aún el juez inferior que deba tomarlas como vinculantes—, deba encontrar tal *ratio decidendi* en la variedad de sentencias ordinarias emitidas, aún cuando su presentación sea vaga, confusa o imprecisa.

Consideramos que el juez debería hacer uso de la *ratio decidendi* mixta o fáctica-normativa. En el precedente vinculante deben ser los hechos del proceso anterior los que marcan la utilización de las razones hacia un nuevo caso, por la relevancia fáctica del caso, en conjunción con las reglas de derecho aplicables. Pero ahora lo importante es reconocer el criterio de interpretación utilizado por el TC, según lo explicado con anterioridad. El juez debe basarse en el análisis de la norma utilizada, con independencia de los hechos que la sustentan, lo cual demuestra una nítida adscripción al modelo normativo de *ratio decidendi*. Pero, a diferencia de la vinculación general que se logra con el precedente vinculante, y que debiera lograrse con cualquier sentencia constitucional, en la jurisprudencia vinculante, sólo se consigue con relación a los jueces, pero en lo relativo a los ‘fundamentos relevantes que han incidido en la solución del conflicto de derechos’, o *ratio decidendi* normativo. En tal sentido, “la identificación del ámbito de vinculación es competencia del juez que va a aplicarla” (STC 6167-2005-PHC/TC, 2).

Pero para que los jueces puedan determinar la *ratio decidendi* deben emplear diversos métodos interpretativos, según los hechos relevantes y la *regula iuris* que establecen las sentencias. En un sentido amplio, el juez inferior debe advertir que la regla de derecho tiene un sentido más dilatado que la que los hechos parecen otorgarle en el precedente, por lo que se otorga al *holding* una mayor abstracción para dar una amplitud superior a la norma jurídica. Frente a ello, desde el punto de vista restringido, el juez se encuentra con hechos que tienen menor amplitud a la razón suficiente de la sentencia, integrándose así la *restrictive distinguishing*, técnica inglesa —de la cual ya se habló para el caso del precedente vinculante— a través de la que la *regula iuris* debe ser entendida en un alcance más limitado que la resolución emitida, al tomar en cuenta circunstancias fácticas específicas y trascendentes que no fueron oportunamente valoradas por el juez precedente.

A diferencia de lo que sucedía con el precedente vinculante, donde al juez inferior se le hacía muy difícil apartarse del criterio del juez superior, en este punto ello es más simplifica de en términos prácticos, mas no teóricos. Al no haber mandato específico, las decisiones del juez del PJ pueden ir en contra de la jurisprudencia vinculante, máxime si la ampliación del RAC objetivo no ha alcanzado a este tipo de sentencia (STC 4853-2004-PA/TC). Y aunque en la normatividad se insiste en la obligación de los jueces —a la hora de analizar un caso a la luz de las normas infraconstitucionales, deben hacerlo “conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional” (CPCo, VI-TP)—, igual tienen la capacidad de dar una resolución *per incuriam*, es decir, alejándose de la provisión estatutaria o de la sentencia previa relevante, fundamentada con plenitud.

Por más que explícitamente no se señale nada al respecto, es más que perceptible que la jurisprudencia constitucional vinculante no debe quedar establecida como tal en sentencia alguna. Su naturaleza así lo impone. A diferencia de lo que sucede con el precedente vinculante, en este caso la obligatoriedad de su *ratio decidendi* surge por la reiterancia de su emisión; no porque el propio TC lo diga así de forma palmaria. Por eso es alarmante que el TC en algunas oportunidades, y de forma errada, haya considerado una única sentencia como si fuera un *stare decisis*, y haya sido entendida por sí sola como una ‘jurisprudencia constante’. Se ha señalado, por ejemplo, en un caso que relacionaba RAC con cumplimiento de las sentencias, “que los principios desarrollados en la presente resolución constituyen jurisprudencia vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del CPCo” (Resolución del Tribunal Constitucional —RTC— 0168-2007-Q/TC, 9) o también, dentro de un caso en que se proponían nuevas reglas sobre la pensión de invalidez por enfermedad profesional, que “este Tribunal declara, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del CPCo, que los criterios jurídicos contenidos en los fundamentos 89 a 120, 127, 140 y 146 *supra*, son vinculantes para todos los poderes y organismos públicos,... por lo que deben ser aplicados de manera inmediata” (STC 10063-2006-PA/TC, 148). Cabe resaltar que, si bien estos párrafos no son parte del fallo de las respectivas sentencias, no es muy conveniente que el TC pueda caer en yerros de este tipo. Como ha quedado establecido, para que haya vinculación debe haber constancia en el tiempo de un tipo de argumentación en la sentencia, y he ahí como recién su vinculación se establece. Asimismo, se ha explicado con anterioridad que la legitimidad del TC en esta materia emerge a partir del uso adecuado de las formas que posee para dotarle de vinculación a sus sentencias.

Antes de concluir el análisis de este tema, se debe señalar que las sentencias que conforman la jurisprudencia vinculante podrán tener tres votos a favor. Como se expresara *supra*, basta dicha cantidad para que se emita válidamente una resolución (LOT, 5), pero en la normatividad propia del TC se señala que la ‘jurisprudencia constitucional’ requiere cinco votos (RNTC, 13). Sin embargo, esta remisión a la ‘jurisprudencia constitucional’, por el contexto de la norma y por su contenido, está claramente referido al ‘precedente vinculante’ y no a este segundo tipo de *stare decisis*. Entonces, la emisión constante de sentencia en un mismo sentido, incluso formuladas por alguna de las salas del TC, pueden crear vinculación para los jueces. He aquí una diferencia adicional con el precedente vinculante.

VI. LAS OBJECIONES AL *STARE DECISIS* CONSTITUCIONAL

Pero lo concreto es que el *stare decisis*, en cualquiera de sus dos formas —precedente o jurisprudencia vinculante—, está presente en la

justicia constitucional, y si bien es un mecanismo que le ha quitado fuerza a la sentencia ordinaria, refleja la mayor simbiosis existente entre las tradiciones romanistas y del *common law*. Es imposible obviar que si bien existen cosas a rescatarse a la aplicación del *stare decisis* —según lo veremos más adelante— también existen algunos reparos dogmáticos a los que habrá de aludirse, y los cuales intentaremos explicar y dar respuesta.

Las críticas a la aplicación del *stare decisis* en el caso peruano pueden ser encontradas en una diversidad de razones. Inicialmente, se puede poner énfasis en la supuesta *afectación a la función constitucional de los jueces*. Sería antidemocrática su utilización, se dice, pues estaría concediéndose a los jueces, vía una norma infraconstitucional, un poder que constitucionalmente no les ha sido asignado, cual es el de crear derecho. Un reproche de este tipo se ve contradicho con la formulación actual del reconocimiento normativo. Se expone que los órganos legislativos básicamente se dedican a postular enunciados normativos que recién pueden ser considerados normas a partir de la interpretación que de ellas realizan los órganos jurisdiccionales. No es que los jueces inventen una norma de la nada, sino que ella es el sentido adecuado y conveniente otorgado a los dispositivos previamente producidos. Y es de esta forma cómo debe comprenderse la validez normativa de jurisprudencia vinculante, y con más razón del precedente vinculante, toda vez que llega a tener una fuerza incluso mayor a la de una ley; por su cometido interpretativo, el TC está volviendo actual la propia Constitución a través de su *stare decisis*.

Pero quizás lo más relevante en cuestión a críticas al reconocimiento legislativo del *stare decisis* constitucional se refiere al principio de *independencia de los jueces* (C, 146.1). Se preguntan, ¿cómo es posible que un juez siga o puede seguir siendo independiente si es que ahora debe regirse por lo que lo el TC señale, y ya no sólo por la Constitución y por la ley (C, 138)? Se juzga que la inclusión del *stare decisis* en un modelo como el nuestro desvirtúa lo que es la independencia del juez, la misma que prácticamente desaparecería, al estar éste obligado a simplemente seguir lo que diga otro órgano constitucional. Antes de poder dar nuestro punto de vista al respecto, es necesario saber qué se puede entender por independencia judicial. Aun cuando “el concepto de independencia se ha caracterizado por ser uno referencial, relativo e instrumental, ya que la concreción jurídica de los factores o elementos a los que el juez, en el ejercicio de la función judicial, no puede someterse, tiene por objeto lograr que su actuación sea imparcial y con plena sujeción a la ley”, también se puede argüir que “se puede afirmar que sus fundamentos son los mismos que legitiman la jurisdicción: verdad y libertad” (STC 3361-2004-AA/TC, 10). Por ende, implica la carencia de mecanismos de entorpecimiento u obstrucción, tanto internos como externos, en el ejercicio de la función jurisdiccional, por lo que se exhibe como un

conjunto de mecanismos jurídicos tendentes a la salvaguardia y realización del valor del ordenamiento en su conjunto. En tal entendido, este principio exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso (STC 0004-2006-PI/TC, 17).

Con la inclusión del *stare decisis*, ninguno de estos conceptos de independencia del juez ha sido desnaturalizado. El uso de esta doctrina es solidaria con la idea de una necesidad social y jurídica de cambio, entre otras cosas porque la actuación de la judicatura no se ha comportado de la manera más conveniente a lo largo de los últimos años. Se ha señalado cuáles son los presupuestos específicos para el uso del precedente vinculante, pues ello implicará determinar qué rol habrá de jugar un juez del PJ dentro de los procesos constitucionales: “a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios; b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma; c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo; d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas; e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante” (STC 0024-2003-AI/TC).

De hecho, no es que con el *stare decisis* se está eliminando la independencia del juez a la hora de emitir una sentencia, pues tiene total capacidad para aplicar, seguir o distinguir el precedente vinculante, y con más razón la jurisprudencia vinculante, según se ha afirmado. Pero lo más contundente para negar esta supuesta afectación a la independencia judicial es que, con la normatividad procesal, se le ha encausado dentro del marco constitucional, bajo el principio de concordancia práctica de las normas que la Constitución contiene. La independencia judicial debe ser entendida conjuntamente con la seguridad jurídica (C, 38, 103), con la igualdad en la aplicación de la ley (C, 2.2) y con la obligación de que una sentencia esté basada en la justicia (C, 138). No puede hablarse de libertad del juez, y menos aún de su independencia, si con ello se vulnera los derechos de las personas que están sometidas a su jurisdicción. No es válido que una persona someta una controversia constitucional y que ésta sea declarada fundada si es que el competente es el juez ‘a’, pero impro-

cedente si es lo es el 'b'. Una incertidumbre de tal envergadura quizás no sería grave si es que tan sólo se asentara en diferentes tipos de razonamientos del magistrado, pero adquiere ribetes insólitos cuando se mezcla con ineficiencia, impericia jurídica y corrupción. De hecho, la necesidad de reglas de juego claras es imprescindible en un Estado social y democrático de derecho, y para que el mercado funcione convenientemente.

Otro de los *ítems* en que también se sustenta la crítica de la aplicación del *stare decisis* al caso nacional es que la familia jurídica en la que tiene sentido su utilización dista mucho de ser la nuestra, tema al cual nos remitimos al inicio del presente estudio. En los países del *common law*, dicha doctrina ha sido enraizadamente la fuente cardinal de Derecho, pues en ellos, donde existe un *judge-made law*, es del caso concreto de donde se deriva la fuerza de obligación de la actuación estatal. La preeminencia del Poder Judicial en la creación jurídica es obvia. En esta tradición, la inserción del *stare decisis* es más que natural. De otro lado, en un país de familia del *civil law*, como es el peruano, donde el Derecho fluye de normas jurídicas abstractas, objetivas y generales expedidas por el legislador, debería ser muy difícil aceptar la inserción de tal doctrina. El modelo romano-germánico da prevalencia en la creación jurídica al Poder Legislativo. Ello sería congruente con la teoría anglosajona del *originalism*, según la cual el significado de un texto escrito, como es la Constitución, debe ser aplicado directamente a la resolución de casos, siendo necesario la actuación con *judicial restraint* a fin de que haya fidelidad únicamente a la norma prevista en un documento legislativo-constituyente.

Sin embargo, cada vez más las dos grandes tradiciones jurídicas van trasponiendo conceptos, ideas y usos. Esta convergencia ha permitido que en todas la jurisprudencia sea considerada como una válida fuente de derecho. Es cierto que en su origen, la tradición civilista, sobre todo a través de la familia a la que pertenece nuestro país, no haya utilizado la doctrina del *stare decisis*, pero tal argumento no es óbice para que ella no pueda aceptarse en la actualidad, con características propias y según las necesidades que de se tenga. No es admisible, en el mundo de hoy, una contraposición tajante entre las familias de Derecho; una antítesis tal destacaría las tendencias dominantes en cada una de ellas en una versión absoluta, y devendría en una posición inexacta e incompleta de lo que de hecho ocurre en el presente tanto en el *civil law* como en el *common law*. De *facto* siempre se ha reconocido una *auctoritas rerum similiter iudicatarum* dentro de la primera de ellas, así no se le haya señalado muchas veces de forma explícita. Como muestra de ello se puede observar la 'jurisprudencia constante' que proviene precisamente de los países de tradición romanista —un buen ejemplo de ello se encuentra en las actuaciones de la *Cour de Cassation* y del *Conseil d'État* franceses—.

Es más, sobre la base del principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (C, 139.8), se ha podido determinar que es inherente a la función jurisdiccional la creación de normas jurídicas a través de jurisprudencia (STC 0047-2004-AI/TC, 34: “En nuestro sistema jurídico, 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”). En esa misma línea, es válido mencionar que “tratándose del precedente normativo, la legitimidad con que actúa este Colegiado para incursionar en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico está sustentada en la necesidad de dar respuesta a las demandas que han sido planteadas por los entes legitimados para hacerlo. En otras palabras, el Tribunal, también cuando dicta ‘normas’ a través de sus sentencias, no actúa de oficio, sino atendiendo al llamado de los protagonistas de los procesos constitucionales” (3741-2004-AA/TC, 45), o sea, lo realiza porque existe una necesidad social para que éste sea dictado. Así, por más que la jurisprudencia sea un elemento constitutivo en los países del *common law*, ello por sí mismo no puede constituir una negación para su inserción en los del *civil law*, siempre y cuando tal inclusión no desbarate las raíces propias de esta familia jurídica.

Tal como se ha señalado, las presentadas no pueden ser las principales objeciones a la implementación del *stare decisis* en el país. Aparte de haberse intentado contestar a sus sólidas argumentaciones, creemos que la crítica debe centrarse en otro punto. La introducción de una doctrina como ésta, dentro de un modelo como el nuestro, definitivamente ataca la vinculación que debe tener toda sentencia constitucional, a partir del rol del TC como órgano encargado del control de la Norma Fundamental, y como supremo intérprete de la misma. Al crearse categorías como el precedente constitucional vinculante o la jurisprudencia constitucional vinculante, lo único que se ha logrado es quitarle fuerza a lo que una sentencia ordinaria de por sí sola debería significar, pues bastaría con ella para que el TC cumpla su función constitucional. Esta aseveración no puede ser salvada con facilidad en el ámbito doctrinal, pero sí puede ser librada por consideraciones prácticas, aparte de que sustento constitucional no le falta.

VII. LA VALIDEZ DEL RECONOCIMIENTO DEL *STARE DECISIS* CONSTITUCIONAL

Entonces, frente a los argumentos expuestos, se muestran otros más, también atrayentes, pero esta vez referidos a los *beneficios* de la adopción de la doctrina del *stare decisis* en el país, los mismos que pueden resumirse en grandes bloques. En primer lugar, con el precedente vinculante y con la jurisprudencia vinculante, se logra el *resguardo de la seguridad jurídica*. Sobre ella ya se hizo mención cuando se contradecía la afectación a la in-

dependencia del juez, pues no es admisible que la justicia esté ligada a los avatares de la organización judicial ni a las posiciones doctrinales, morales o sociales de uno u otro juez. Cabe recordar que los valores centrales del *stare decisis* son la estabilidad, la certeza, la consistencia y el respeto a la autoridad, y esto es lo que impulsa a brindar seguridad jurídica a todos los justiciables. Es una forma concreta de aplicar una justicia para todos, pues ahora la decisión debe ser previsible, hecho que responde a un principio de predictibilidad (STC 3741-2004-AA/TC, 38). La existencia de un Derecho basado en reglas de juego claras hará que exista un Estado con mayor cantidad de inversiones y con una importante confianza en su justicia.

Dejar al libre albedrío de cada juez una decisión que involucra derechos fundamentales podría contradecir además el principio de corrección de actuación de las instituciones, tanto públicas como privadas, lo cual devendría asimismo en un impacto negativo en la estabilidad del país. Al existir una garantía para un consistente nivel de calidad a través de un *stare decisis*, se generan incentivos para que haya un mejor razonamiento jurídico, cercano a una insistente y necesaria ética pública de los jueces, con abogados que deben constantemente estar preparados para poder litigar. La mayor predictibilidad, no cabe duda, traerá más recursos para el país, y por ende, para los órganos que administran justicia —en el caso de los procesos de libertad, para el TC y para el PJ—. Por ende, la ligazón entre precedente vinculante, en conjunción con la jurisprudencia vinculante, y seguridad jurídica es más que obvia.

De otro lado, con la inclusión del *stare decisis* se consigue la *salvaguardia del derecho-principio de igualdad* (C, 2.2). El juez constitucional lo plasma en términos jurisprudenciales, al tratar de modo igual a los iguales en cada proceso constitucional que debe resolver. El TC, con relación a la igualdad, ha manifestado que su exigencia en la aplicación de la ley pretende que no se pueda recibir de un mismo órgano de justicia un pronunciamiento diferente respecto de otros en una situación análoga o semejante; se estaría afectando su contenido constitucional cuando se aplica diferenciadamente la ley basado en el capricho o subjetivismo del juzgador (STC 1211-2006-AA/TC, 21). Se impedirá, entonces, con el precedente vinculante o con la jurisprudencia vinculante, que las personas sean tratadas con desdén por los jueces del PJ, y sentir que la justicia no funciona.

De otro lado, la utilización de este derecho-principio ha permitido que el RAC se amplíe, asumiendo como válida una legitimación objetiva: “Esto en la medida en que la interpretación propuesta permite que la parte vencida pueda también, en igualdad de condiciones, impugnar la decisión que podría eventualmente ser lesiva de sus derechos constitucionales y que sin embargo de no aceptarse el recurso de agravio, tratándose de una

estimatoria de segundo grado, no tendría acceso a ‘la última y definitiva instancia’, *ratione materiae* que corresponde al Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales de tutela de derechos. Tratándose de un proceso de amparo entre particulares, esta situación resulta especialmente relevante puesto que una interpretación literal del artículo 202.2 sólo permite acceso al demandante vencedor en segunda instancia, mas nunca al emplazado, que puede ser vencido arbitrariamente en segunda instancia, y además, desconociendo los precedentes del Tribunal Constitucional” (STC 4853-2004-PA/TC, 37.b). En todo instante, el derecho-principio de igualdad permite que quienes acudan al ámbito constitucional puedan sentir que sus casos son resueltos con total justicia, siendo tratados todos de manera semejante y homogénea.

Pero más allá de discusiones teóricas sobre las ventajas o inconvenientes del *stare decisis*, parece ser que la opción del legislador se ha centrado más en *consideraciones prácticas*. En el caso de la justicia constitucional, ¿por qué habría de dictarse una sentencia explicándose su contenido normativo y resaltándose un vinculación general, si ya la sentencia ordinaria, en base al rol del TC podría tener ese carácter? La única respuesta válida se ha de encontrar en razones de carácter de utilidad.

El TC de los últimos años había empezado a dictar una *enorme cantidad de sentencias* que resolvían el fondo del asunto, por lo que era inmanejable para un operador jurídico razonable conocer qué se estaba resolviendo diariamente. Por tal variedad de resoluciones muchas veces se caía en contradicciones, y en diversas oportunidades, graves. Para evitar que el juez no sepa a cuál sentencia remitirse quizás es importante la introducción del precedente vinculante en la legislación procesal nacional, y reconocer también la validez de la jurisprudencia vinculante. Gracias a ello, la carga procesal ha disminuido, pero igual sigue siendo alta la cantidad de casos que llegan al TC, por lo que quizás sería interesante que se pueda introducir constitucionalmente la figura del *writ of certiorari*. A través de él, una corte asume, con cierta discrecionalidad —bajo una *sound judicial discretion*—, competencia en los casos de ‘gravedad’ o de ‘importancia general’ —‘*special and important reasons*’— por estar involucrados principios de interés general o estatal. Para que las peticiones de *certiorari* puedan ser aceptadas, deben completarse los requisitos impuestos, los mismos que normalmente versan, en Derecho Comparado, sobre casos que cuestionan la constitucionalidad de las normas, cuando en la instancia inferior se han presentado criterios contradictorios, o si es que es resuelto en contra de lo que la superior ha decidido con anterioridad, cuando el tema es novedoso y si se quiere sentar posición al respecto, o cuando se busca cambiar el precedente dictado.

Ya en el Perú también se ha tenido la intención de imponer el *certiorari*. En el 2002, se propuso la modificación constitucional para que el TC pueda resolver en última instancia la resolución denegatoria de los procesos de libertad “a efectos de realizar una política de unidad jurisdiccional” (Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, de 2002 —PLRC—, 209). Es más, el propio TC, en la actualidad, amparándose en su autonomía procesal, ha permitido que el RAC no deberá ser admisible en tres supuestos sustantivos específicos, además de los formales (CPCo, 18): si la vulneración manifiesta no se sustenta en el contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si las demandas son manifiestamente infundadas; y si se trata de un caso similar a otros en los que ya se haya reconocido la tutela del derecho cuya protección fue solicitada en la demanda y respecto de los cuales se haya declarado improcedente o infundado el pedido de reparación o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales (STC 2877-2005-PHC/TC, 28; RNTC, 11). De esta forma, el TC tiene la capacidad de decidir qué casos debería ver y cuáles no, gracias a un control mayor al RAC —para ello cuenta con una Comisión de Improcedencias, conocida como la Comisión ‘0’—, por lo que se puede considerar éste como un mecanismo cauteloso de reconocer el *certiorari* en la justicia constitucional.

De la mano con la ventaja señalada, también se puede advertir la *reducción en la carga procesal*, que de hecho ha sido una de las principales virtudes de los precedentes vinculantes emitidos por el TC. Con mayor cantidad de población, con una amalgama y diversidad legislativa —sobreerregulación— y con el bajo nivel de las disposiciones normativas, es necesario una mayor y mejor interpretación de las normas a fin de que toda la población conozca más o menos el sentido de un dispositivo de la Constitución o del bloque de constitucionalidad. Esto tiene su contraposición en los litigantes que tendrán mayor celeridad en el servicio de la administración de justicia, con sentencias más sustentadas, redundando además en la mayor credibilidad institucional, sobre todo del PJ. Además, permite la sujeción del juez a determinadas sentencias anteriores y de grado superior —ahora ya pueden ser identificables porque sólo un número cercano a cuarenta tienen la calidad de precedentes vinculantes—, lo que las convierte con mayor facilidad en verdaderas fuentes de Derecho. De esta forma, el *stare decisis* se convierte en una forma de concreción práctica del principio de economía procesal (CPCo, III-TP), pues si las personas conocen con exactitud cómo puede concluir un caso, entonces evitarán realizar defensas insólitas o inauditas, al mismo tiempo de presentarse demandas sin sustento alguno.

La economía procesal, en conjunción con la celeridad (CPCo, III-TP), por tanto, no sólo evitará nuevos pleitos sobre un mismo tema, sino que permitirá a los jueces centrarse en el análisis de casos y así proteger mejor los derechos de las personas, por lo que el *stare decisis* consentirá que los procesos constitucionales puedan cumplir cabalmente su cometido: “Por más tutelar que sea la función del Tribunal Constitucional, no puede permitirse que se utilice dispendiosa y maliciosamente los recursos procesales que tiene a su disposición cualquier justiciable, lo que a su vez, acarrea una desatención de otras causas que merecen atención, y que, por analizar casos..., deben esperar una respuesta más lenta de la que podría haberse realizado si es que no estuviesen permitidas actuaciones” cuando los recurrentes no tuviesen la razón (STC 6712-2005-HC/TC, 65). Celeridad y economía procesal se conjugan para otorgarle al *stare decisis* la virtud de permitir al PJ y al TC defender mejor a las personas, a la vez de lograr el pleno respeto de la supremacía de la Constitución.

De otro lado, una dificultad adicional para los jueces del PJ que emiten justicia en el proceso constitucional es que no tienen interiorizado el razonamiento propio de esta disciplina jurídica. Acostumbrados a tratar temas civiles o penales, los jueces que tienen competencia para el amparo, el cumplimiento o el hábeas data, por un lado, o para el hábeas corpus, por el otro, están habituados a resolver sobre la base de una clásica doctrina procesal. Debe ser bastante difícil resolver un desalojo, luego un divorcio, con posterioridad un amparo electoral, para terminar el día viendo un caso de responsabilidad extracontractual. El *cambio de ‘chip’* mental debe ser algo muy arduo y complejo de realizar, en contraste con los magistrados del TC que todo el día y todos los días están en contacto directo con los procesos constitucionales.

Por tales razones, no es ilógica la idea de contar con jueces especializados en constitucional, como de hecho existen en algunos distritos judiciales del país. En las circunstancias actuales, incluso aparece como una necesidad. Hacia ello nos lleva la legislación procesal cuando insisten en la necesidad de esta especialización, aunque persisten en el error de dar un tratamiento distinto al hábeas corpus (CPCo, 3-DF). Quizás si existiesen los jueces especializados, la existencia del *stare decisis* podría ser hasta reevaluada.

VIII. REFLEXIONES FINALES

La conclusión es una. Es cierto que a través del precedente constitucional vinculante y de la jurisprudencia constitucional vinculante, se está quitando fuerza a la sentencia constitucional en los procesos constitucionales, sobre todo con relación a la función interpretativa de la

Constitución que posee el TC. Pero también es cierto que, a través de su reconocimiento, se pueden salvar alguno de los graves problemas que aquejan a nuestra judicatura. Evita desigualdad en el trato a los justiciables, la cual a su vez se sustenta en la poca preparación que muchas veces tienen algunos juzgadores, y el alto grado de corrupción que aún se reconoce en el PJ. Sorteas asimismo decisiones antojadizas de los distintos jueces, pues ahora tienen al frente predictibilidad y certeza. De hecho, son más las conveniencias prácticas que las de índole doctrinaria. El legislador parece haberse acogido, a este caso concreto, en una interpretación social de la Constitución.

Y, aunque parezca contradictorio, la existencia del *stare decisis* fortalece la institución del TC y su función controladora, pues en el pasado no se encontraban mecanismos eficaces para que los jueces conozcan ordenadamente la multiplicidad de sentencias que eran emitidas en su seno. Ahora, cada vez hay más formas para lograrlo. Aparte de la ampliación del RAC, y el mayor grado de vinculación de sus sentencias, la sistematización de la jurisprudencia es un requisito indispensable para el éxito de cualquier iniciativa tendente a reforzar el Derecho en general. Así, se ha dispuesto la creación del Servicio Personalizado de Remisión de Sentencias Relevantes a los Magistrados y Jueces del Poder Judicial, Miembros del Ministerio Público y Abogados hábiles en el ejercicio de la profesión (Resolución de Creación del Servicio Personalizado de Remisión de Sentencias Relevantes, Resolución Administrativa 014-2006-P-TC —SPRS—, 1) y, en términos prácticos, se ha intentado a través de la informática ordenar las sentencias que se van emitiendo (<http://gaceta.tc.gob.pe/>).

Acciones de este tipo, conjuntamente con un uso adecuado del *stare decisis* por parte del TC, permiten que la Constitución se vea mejor resguardada. Entenderla en un sentido dinámico, a través de una *living Constitution*, contrapuesta a una *versteinerungstheorie*, permite que sea actualizada diariamente con las sentencias que se emiten en el TC, sobre todo las de precedente vinculante y la jurisprudencia vinculante. Verse nutrida por la realidad, o mantenerse abierta a los *inputs* de los cambios constantes del mundo actual, es efectivamente importante para la Constitución, pues sólo así las normas que fluyen de las disposiciones normativas tendrán sentido y serán admisibles en una sociedad como la nuestra. Claro, ello conlleva, como se ha ido explicando, una cierta afectación a la vinculación general natural con que deberían contar las sentencias constitucionales.

De igual forma, la estructura de nuestro sistema de impartición de justicia constitucional, que puede ser denominado mixto —se insiste en señalar que, en los procesos de libertad, las dos primeras instancias co-

rresponde al PJ y la última y extraordinaria recae en el TC— hace que sea una necesidad el tener reglas claras para resolver. Ser poco duchos en materia procesal constitucional y poseer un exiguo razonamiento en esta área del Derecho, aparte de haber contado con una formación lejana a la misma —tal vez por la presencia más o menos reciente del TC, que tiene poco más de diez años—, hace que los jueces del PJ requieran tener traslúcida la manera en que deben resolver un determinado problema, incluso se obliga al propio TC a dictar las reglas jurídicas extraídas de la propia sentencia, como sucede con el precedente vinculante, evitando incluso que les hayan constreñido a los jueces a encontrar la siempre espinosa *ratio decidendi* del fallo. Todo ello por el bien de la predictibilidad de la sentencias, a favor de la población, y a fin de fortalecer la institucionalidad democrática, dejando de lado el soborno y el cohecho, que algunas veces invaden las esferas judiciales, situación que ha quedado sentada incluso en casos que han llegado hasta el TC (*vid.* STC 0006-2006-PC/TC).

Convenida la necesidad de que el *stare decisis* constitucional haya sido implementado en el país, ahora lo oportuno será insistir en que el TC lo deba utilizar con corrección, en el apropiado empleo de su facultad. Si bien en la mayoría de casos su no cabe duda que su utilización ha sido adecuada, ha habido otras en que no lo ha sido tanto. Se critica específicamente al precedente vinculante que haya servido básicamente para restringir derechos antes que para promoverlos (*vid.* STC 1417-2005-PA/TC, STC 0168-2005-PC/TC o STC 0216-2005-PA/TC), hecho que no es tan cierto, porque hay innumerables casos adicionales en que lo que se ha hecho ha sido fortalecerlos. Pero hay otros casos en que sí tenemos que aceptar la existencia de excesos: que se haya formulado a través de tres votos y no cinco como corresponde (*vid.* STC 3075-2006-PA/TC, STC 4677-2004-PA/TC o STC 3482-2005-PHC/TC), que no se haya precisado en el fallo cuál es exactamente el mandato vinculante (*vid.* STC 2616-2004-PC/TC o STC 3760-2004-AA/TC) o que haya sido realizado incluso por intermedio de aclaraciones y no por sentencias propiamente dichas (*vid.* RTC 4635-2004-PA/TC, RTC 2791-2005-PA/TC o RTC 3741-2004-PA). Por eso, no nos queda más que pedir prudencia e inteligencia al TC para actuar. En los pocos años que ha tenido vigencia la doctrina del *stare decisis* en el país, creemos que el saldo de su aplicación es favorable, y así queden aún cosas por mejorar, es más que interesante cómo la incorporación, quizás algo desordenada, de institutos del *common law* a una nación básicamente del *civil law*, esté teniendo un cierto éxito.

Precedente constitucional vinculante a la peruana

Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional

CHRISTIAN DONAYRE MONTESINOS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL OBJETO DEL PRESENTE TRABAJO. II. UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA REGULACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. 2.1. *Precisando conceptos: La diferencia entre el precedente, precedente vinculante, precedente constitucional y precedente constitucional vinculante.* 2.2. *¿En donde se encuentra el precedente constitucional vinculante? La diferencia entre ratio decidendi y obiter dictum, y sus implicancias a propósito de la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional peruano.* 2.3. *Entre el principio de igualdad y la discrecionalidad del Tribunal Constitucional ¿Bajo qué consideraciones debieran establecerse los precedentes constitucionales vinculantes?* III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: EL OBJETO DEL PRESENTE TRABAJO

Entre los principales aportes e innovaciones que ha traído consigo la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional (Ley N.º 28237) se encuentra el precedente constitucional vinculante. De conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley N.º 28237, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. De otro lado, en caso el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, tendrá que expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan esa decisión.

Ahora bien, a pesar que la figura del precedente cuenta con algunos antecedentes en el ordenamiento jurídico peruano¹, lo cierto es que hasta

1 En materia procesal constitucional tenemos, por ejemplo, el artículo 9 de la derogada Ley N.º 23506, que hacía referencia al carácter obligatorio de los *principios de alcance general* que podían desprenderse de la jurisprudencia constitucional. Por su parte, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial alude a la potestad de todas las Salas Especializadas de la Corte Suprema de dictar *principios jurisprudenciales de obligatorio*

el momento siguen siendo muy pocos los estudios que se abocan a un análisis de este instituto y sus implicancias en nuestro sistema jurídico. De ahí que en el presente trabajo nos permitiremos efectuar modestas observaciones a la regulación que le ha deparado el Código Procesal Constitucional, sin otro ánimo más que contribuir en cierta medida a generar un escenario normativo adecuado para su aplicación en nuestro país.

II. UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA REGULACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

A continuación, abordaremos algunos aspectos puntuales relativos a la manera como el Código Procesal Constitucional recoge el precedente constitucional vinculante, para así poner de relieve ciertos elementos que podrían modificarse o precisarse a efectos de perfilar en términos más adecuados no sólo su configuración normativa sino también su uso por parte del supremo intérprete de nuestra Constitución.

cumplimiento, sin perjuicio del artículo 116 de la misma Ley Orgánica del Poder Judicial, en donde se crea la figura de los llamados *plenos jurisdiccionales*.

Por otro lado, el artículo 400 del Código Procesal Civil regula la denominada *doctrina jurisprudencial*. De conformidad con lo dispuesto en dicho precepto, la decisión adoptada por la mayoría absoluta de los votos de los vocales supremos reunidos en Sala Plena de la Corte Suprema, constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

La Ley N.º 27584, que regula el proceso contencioso administrativo en nuestro país, establece en su artículo 34 que las decisiones de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema constituyen doctrina jurisprudencial en materia contencioso administrativa, y que, por tanto, los jueces y tribunales no podrían apartarse de ella, a menos que se presenten circunstancias particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan de la doctrina jurisprudencial.

El artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, incorporado mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 959, merece mención especial por la clara similitud de su redacción con la que hoy presenta el Código Procesal Constitucional en relación con el precedente constitucional vinculante. Según dicho dispositivo las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. En caso la Sala Penal de la Corte Suprema 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.

A mayor abundamiento acerca de los antecedentes del precedente constitucional vinculante en el Perú, recomendamos revisar RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. "El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos". En: CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 16-19.

2.1. Precisando conceptos: La diferencia entre el precedente, precedente vinculante, precedente constitucional y precedente constitucional vinculante

Debemos partir por entender que la lógica del precedente es privilegiar la coherencia en la impartición de justicia por parte de los tribunales, contribuyendo a la vigencia del principio de igualdad y a la seguridad jurídica², de modo que todo justiciable pueda contar con cierta predictibilidad al momento de ventilar su caso ante un juez³, ya que entiende que si su caso es exactamente similar a otro que fue resuelto por el mismo juez o por un tribunal del máximo nivel en un determinado sentido, lo más probable es que su caso siga la misma suerte⁴. Decimos “lo más probable”,

- 2 Se hace, pues, necesario destacar la estrecha relación que existe entre la seguridad jurídica y el precedente constitucional vinculante. Y es que si con la seguridad jurídica lo que se busca es generar certeza respecto de las condiciones en las que se ejercen o se van a ejercer los derechos, el precedente constitucional vinculante contribuye a ello, como quiera que establece pautas que una vez que han sido creadas a propósito de la resolución de un caso concreto, deben ser observadas y cumplidas por los demás jueces en forma obligatoria.

Es más, como veremos, en el Perú los precedentes constitucionales vinculantes que establece el Tribunal Constitucional gozan de eficacia horizontal con alcances bastante más amplios que los que pueda establecer cualquier otra instancia jurisdiccional. A lo expuesto convendría añadir que el precedente constitucional contribuye a esa seguridad jurídica, en tanto que para su modificación se requiere o exige una decisión debidamente motivada.

- 3 Y es que estrechamente vinculada con dicha seguridad jurídica encontramos a la predictibilidad o predecibilidad jurídica, a la cual obviamente contribuye el precedente constitucional vinculante, como quiera que una vez creada la regla jurídica, los justiciables saben de antemano como van a actuar los diferentes poderes públicos y de hecho hasta los privados. Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso “Colegio de Notarios de Junín” (Expediente N.º 0016-2002-AI/TC) ha sostenido lo siguiente: “...La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad (...). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la “predecible” reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal...”.
- 4 Justamente entre las ventajas del establecimiento del precedente constitucional vinculante se mencionan: el usufructo de un esfuerzo anterior. En otros términos, ¿por qué buscar algo nuevo cuando se tiene un argumento ya elaborado con anterioridad para solucionar el caso? Se afirma entonces que por una cuestión práctica se debe seguir el precedente constitucional vinculante, ya que de esa manera se actúa conforme ya resolvió y de hecho probablemente va a resolver el juez superior, que fue el que estableció el precedente. Finalmente, se indica que la lógica de los precedentes

puesto que podría ocurrir que aquel juez o tribunal decida resolver en un sentido diferente⁵. En ese supuesto tendrá que fundamentar las razones de hecho y de derecho del cambio de criterio, en caso sea el mismo juez o tribunal que estableció el precedente, o del alejamiento del precedente, en el supuesto de que sea un juez o tribunal distinto⁶.

Ahora bien, el artículo VII del Código Procesal Constitucional bajo la sumilla de *Precedente* consagra la atribución del Tribunal Constitucional de establecer lo que en sentido estricto debemos denominar *precedente constitucional vinculante*, y no *precedente* a secas como lo hace la Ley N.º 28237.

En efecto, el *precedente* podemos definirlo en términos generales como la regla jurídica, es decir, la norma jurídica que se desprende o se crea, a propósito de la resolución de un caso por un tribunal, como consecuencia de la interpretación o integración del ordenamiento jurídico

constitucionales vinculantes, atendiendo a su debida fundamentación, fortalece la argumentación constitucional. En este sentido, puede revisarse: WRÓBLEWSKI, Jerzy. "Il precedente nei sistemi di 'civil law'". En: *La giurisprudenza per maxime e il valore del precedente*. Padova: Cedam, 1988, p. 30. Citado por: GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. "Las 'peculiaridades' del precedente constitucional en el Perú". En: CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 101.

- 5 Aquí se hace importante precisar que el cambio del precedente, práctica que se conoce con el nombre de *overruling* sólo puede ser efectuado por la entidad jurisdiccional que lo emitió. No obstante, esto no significa que los jueces posteriores tengan siempre que aplicar el precedente, como quiera que podrían optar por apartarse del mismo, siempre que den las razones de hecho y de derecho que los conducen a tal decisión. Se trata, por su puesto, de una práctica muy excepcional y que eventualmente podría justificarse por el cambio de las circunstancias sociales o contextuales en que se gestó el precedente constitucional vinculante. En efecto, el cambio del contexto podría hacer que si se continúa aplicando el precedente constitucional vinculante, se generen situaciones arbitrarias. En definitiva, incluso pronunciamientos de los jueces posteriores en sentidos diferentes al precedente, pero debidamente motivados, podrían generar el cambio del precedente constitucional vinculante por la instancia que lo expidió.
- 6 Y es que, como ya se dijo aquí, la lógica de los precedentes constitucionales vinculantes se fundamenta en razones de *igualdad* (casos similares serán resueltos bajo pautas análogas), *previsibilidad* (lo cual guarda directa vinculación con la seguridad jurídica que antes también habíamos mencionado, esto es, los justiciables conocerán de antemano cuál podría ser el sentido del fallo), *economía* (la aplicación de criterios u orientaciones jurisprudenciales establecidas con anterioridad contribuye a la resolución de los casos en menos tiempo y esfuerzo); *respeto* (tanto de la sabiduría como de la autoridad de las máximas instancias jurisdiccionales) y *coherencia* (en la actuación de los tribunales, evitando así la emisión de resoluciones contradictorias y hasta arbitrarias). A mayor abundamiento recomendamos revisar: SAGÜES, Néstor Pedro. "El valor del precedente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina". En: CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 138; RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. "El precedente constitucional...", *op. cit.*, pp. 64-68.

que él ha efectuado a fin de dar respuesta a lo solicitado por el (o los) justiciable(s)⁷.

El carácter *vinculante* del precedente radica en que el juez o tribunal *deberá* utilizar en principio los mismos fundamentos para la resolución de casos similares al que dio origen al precedente⁸. Es más, en algunos casos dependiendo de la naturaleza del tribunal, el precedente incluso obligará a otras entidades públicas o hasta privadas, como es precisamente lo que ocurre con los precedentes constitucionales que establece el Tribunal Constitucional⁹. Es necesario señalar que también existen los denominados *precedentes persuasivos* que, a diferencia del precedente vinculante, tan sólo *podrán*, y no necesariamente *deberán* servir para la resolución de casos análogos¹⁰.

Una vez precisada entonces la diferencia entre precedente, precedente vinculante y precedente persuasivo¹¹, queda por definir qué debemos

7 Como veremos, más adelante, esto último explica por qué razón el precedente se encuentra en lo que se denomina *ratio decidendi*, es decir, en los fundamentos que le han servido de sustento al juez para la resolución del caso planteado y no en el *obiter dictum*, esto es, en las razones accesorias invocadas por el tribunal, aun cuando como también daremos cuenta, esta distinción no pareciera tener mayor sentido en el Perú.

8 ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 31.

9 En efecto, de allí que entre las consecuencias del establecimiento de precedentes constitucionales vinculantes se destaque que el precedente no puede ser desacatado por la legislación ordinaria, de hecho cualquier modificación requeriría el mismo quórum que para una reforma constitucional. Si el precedente confirma la constitucionalidad de leyes, ello anula la posibilidad de la aplicación del control difuso por parte de los demás jueces. Como ya se dijo aquí, sólo el Tribunal Constitucional podría efectuar el *overruling* correspondiente, y las limitaciones en cuanto a su uso sólo pueden provenir del mismo tribunal que lo expidió, que en el Perú sería el Tribunal Constitucional. En este sentido: GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. "Las 'peculiaridades' del precedente...", *op. cit.*, p. 96.

10 Ahora bien, el grado de obligatoriedad o de sujeción al precedente constitucional vinculante, o las manifestaciones que puede tener la *ratio decidendi* o *holding*, como veremos también luego, se da en función de grados. En algunas ocasiones, viene a ser el criterio utilizado para calificar los hechos relevantes de la controversia y para decidir sobre ellos. Otras veces se entiende el principio jurídico usado como criterio para decidir, con una acentuación sobre la norma en vez del hecho. Otras veces se entiende como el argumento jurídico empleado para justificar la decisión relativa a la calificación de los hechos o la decisión relativa a la selección de la *regula iuris*, o ambas. En este sentido: TARUFFO, Michele. "Dimensiones del precedente judicial". En: *Cinco lecciones mexicanas. Memoria del Taller de Derecho Procesal*. México DF: Tribunal Electoral del Poder Judicial de Federación y Escuela Judicial Electoral, 2003, 199. Citado por: RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. "El precedente constitucional...", *op. cit.*, p. 56.

11 Sobre esta distinción es interesante revisar las precisiones que efectúan ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el...*, *op. cit.*, pp. 34-39; y MAGALONI KERPEL, Ana Laura.

entender por precedente constitucional, y así perfilar más adecuadamente lo consagrado en el Código Procesal Constitucional al respecto.

Un precedente será considerado como *constitucional* en la medida en que para efectos de la creación de la norma o regla jurídica que contiene, hayan participado los dispositivos constitucionales¹². Así, podría ser que el precedente se establezca con la sola interpretación de la Constitución, o se derive de la interpretación de la ley con el marco constitucional o de omisiones evaluadas a la luz de los dispositivos constitucionales. Asimismo, de lo señalado se desprende que, contrario a lo que se pueda pensar, no sólo el Tribunal Constitucional puede establecer precedentes constitucionales, pues en definitiva la Corte Suprema, que puede interpretar la Constitución con efectos vinculantes, podría hacerlo.

Sin embargo, la diferencia entre ambos precedentes —el establecido al interior del Poder Judicial por sus máximas autoridades y el establecido por el Tribunal Constitucional— estará en rigor en sus efectos. Mientras que los precedentes constitucionales vinculantes que en su momento pueda establecer la Corte Suprema tendrán tanto una eficacia vertical como horizontal, pues no sólo resultará de obligatorio cumplimiento para los demás jueces que integran el Poder Judicial sino también para ella misma cuando conozca casos similares; el precedente constitucional vinculante establecido por el Tribunal Constitucional goza de ambos tipos de eficacia, pero con la particularidad de que obligará no sólo al mismo Tribunal Constitucional¹³ sino a todos los poderes públicos e incluso los privados. En consecuencia, están sometidos al precedente constitucional vinculante no sólo los privados y las entidades que puedan encontrarse en una posición inferior a él, sino todas aquellas entidades que ostentan inclusive su mismo rango jurídico-político, como es el caso de los demás organismos constitucionales¹⁴. Así, en términos del Alto Tribunal:

El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano. Madrid: Mc Graw Hill, 2001, p. 30-33. A este tema nos abocaremos luego en otro apartado de este trabajo.

- 12 En efecto, de ahí que es importante distinguir entre precedente constitucional, precedente legal y el precedente en el *common law*. Así, se alude al primero cuando la norma jurídica ha sido creada por el juez al momento de aplicar la Constitución como norma decisoria del litigio. Estaremos ante un precedente legal, si se acudió al derecho legislado para tal efecto, y si más bien fue establecida en base a las decisiones del *common law*, se trata de un *common law precedent*. Sobre el particular puede revisarse: *Ibid.*, pp. 31-32.
- 13 Acerca de la autovinculación del precedente en los Tribunales Federales de Apelación de los Estados Unidos, véase: *Ibid.*, p. 49.
- 14 En efecto, como es de conocimiento general, los organismos constitucionales vienen a ser en términos generales aquellas entidades a las cuales se les va a encargar el ejercicio de funciones de tal relevancia al interior del Estado, que va a ser necesario no sólo dotarlas de autonomía, sino además situarlas al mismo nivel que los tradicionalmente

“El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales. La forma como se ha consolidado la tradición de los tribunales constitucionales en el sistema del derecho continental ha establecido, desde muy temprano, el efecto sobre todos los poderes públicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, *prima facie*, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida,

considerados como “Poderes del Estado” (nos referimos al Congreso, Gobierno y Poder Judicial). De ahí que entre las características de los denominados organismos constitucionales se encuentran: su directa configuración por el texto constitucional (y así de esa manera evitar que el legislador al momento de regular su organización interna termine mermando la autonomía que les es propia); su influencia en la direccionalidad política del país (en algunas ocasiones por las decisiones políticas que adoptan y en otras por los efectos de sus decisiones), el carácter “constitutivo” que ostentan frente al modelo de Estado en donde ejercen sus funciones y, finalmente, que todos tienen el mismo rango jurídico-político.

De ahí que es importante no dejar de lado que las relaciones entre los organismos constitucionales se dan en función de las competencias asignadas, y es justamente ese el principio en base al cual se resolverán los conflictos que se generen entre ellos. Esto último cobra especial importancia para el tema del cual nos venimos ocupando, en donde hay quienes, a nuestro juicio bajo una errónea concepción, han sostenido una prevalencia del Tribunal Constitucional de carácter jerárquico frente a otras instituciones como el Jurado Nacional de Elecciones, Congreso de la República, Poder Judicial, entre otros; o, en sentido contrario, de otras entidades por encima del Tribunal Constitucional, a propósito, entre otras cosas, de las implicancias del poder normativo que éste ostenta y que le permite establecer precedentes constitucionales vinculantes con efectos generales, y a los cuales están obligados incluso entidades como las aquí mencionadas.

Véase al respecto: JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 488 y ss; GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 310 y ss; TRUJILLO RINCÓN, María Antonia. *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1995, p. 42 y ss; GARCÍA PELAYO, Manuel. “El ‘status’ del Tribunal Constitucional”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional* N.º 1. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 13 y ss; DONAYRE MONTESINOS, Christian. “Entre la autonomía y la autarquía del Jurado Nacional de Elecciones: La irrevisabilidad de sus decisiones en sede jurisdiccional en cuestión”. En: *Derecho PUC*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año MMVI, N.º 59. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, marzo 2007, p. 111 y ss; DONAYRE MONTESINOS, Christian. “En torno a la controversia suscitada entre el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones. Un breve análisis desde la teoría general de los organismos constitucionalmente autónomos”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 146. Lima: Gaceta Jurídica, enero 2006, p. 293 y ss.

puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional”.

A partir de todo lo señalado hasta aquí podemos deducir que lo que el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional consagra expresamente no es el *precedente* a secas, como indica la sumilla —lo que comprende, como hemos visto, precedentes persuasivos y precedentes vinculantes— sino lo que en rigor vendrían a ser *precedentes constitucionales vinculantes*. En efecto, son normas jurídicas creadas por el Tribunal Constitucional, a propósito de la resolución de los procesos que son sometidos a su conocimiento y que servirán de pauta obligatoria a ser aplicada por los demás jueces, entidades públicas y particulares, cuando se les presenten casos análogos a los que les dieron origen.

2.2. ¿En donde se encuentra el precedente constitucional vinculante? La diferencia entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, y sus implicancias a propósito de la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional peruano

Una pregunta absolutamente válida cuando se trata de analizar el precedente constitucional vinculante, es determinar en dónde se encuentra. Como es de conocimiento general, una sentencia constitucional contiene básicamente tres partes: *ratio decidendi*, *obiter dictum* y *decisum*. Pasemos entonces a definir cada uno de estos elementos para luego precisar en cuál de ellos encontramos o debiéramos encontrar el precedente constitucional vinculante, las dificultades que se suelen presentar en esta tarea y, finalmente, si en el caso peruano, tal como está regulado el precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional, tiene alguna relevancia efectuar esta distinción.

El *decisum* viene a ser la decisión propiamente dicha adoptada por el Tribunal Constitucional, esto es, lo que en nuestro país podría decirse que es el resultado final de la sentencia y que se traduce en la afectación de la situación jurídica de los justiciables sometidos a su competencia. Dicha afectación tiene lugar, en el caso de los procesos constitucionales de la libertad, sea porque se otorgó la protección solicitada, o porque ésta fue negada o, en el caso de los procesos constitucionales destinados específicamente al control normativo de la Constitución, sencillamente en virtud de que el Alto Tribunal declaró o no la inconstitucionalidad de la norma sometida a su control¹⁵.

15 RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. “La jurisprudencia constitucional y su fuerza vinculante”. En: CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra Editores, febrero 2007, p. 158.

Ahora bien, en la medida en que el Tribunal Constitucional se encarga de llevar a cabo un control jurídico de los casos sometidos a su conocimiento, para efectos de establecer el *decisum* está obligado a motivar, esto es, dar las razones de hecho y de derecho que lo llevan a la decisión final. En esa argumentación, que debe encontrarse detrás de toda sentencia del supremo intérprete de la Constitución¹⁶, habrán algunos fundamentos que encuentran estrecha relación con el caso concreto que viene resolviendo y que tendrán directas implicancias en la decisión final del colegiado, así como otros argumentos que podríamos calificar de accesorios y que no ostentan esa estrecha vinculación con el *decisum*.

En ese orden de ideas, se denomina *obiter dictum* precisamente a aquellas argumentaciones glosadas por el Tribunal Constitucional en su sentencia, pero que no guardan directa vinculación o relación con la determinación final del Alto Tribunal. Se trata, en consecuencia, de argumentos que aún cuando fortalecen la decisión del colegiado y se encuentran contenidos en la sentencia, no resultan indispensables para su decisión final, pudiendo incluso prescindirse de ellos y el *decisum* no sufriría variación alguna. En síntesis, se trata de argumentos complementarios, mas no principales, y que por ello mismo ilustran la sentencia, pero su ausencia no trae consigo modificación o cambio en la decisión final adoptada por el Alto Tribunal.

Precisados entonces los conceptos de *decisum* y *obiter dictum*, nos queda por definir qué es lo que se entiende por *ratio decidendi* y dónde finalmente es que encontramos o debiéramos encontrar el *precedente constitucional vinculante*. La *ratio decidendi* está comprendida por aquellos argumentos que esboza el Tribunal Constitucional en su sentencia y que son justamente los que le van a servir de sustento para

16 Es pues importante indicar que el control que debe llevar a cabo una entidad con fisonomía jurisdiccional es un control jurídico y no político. Es bien sabido que mientras el primero supone un control sobre la base de pautas objetivas, jurídicamente establecidas y, en consecuencia, susceptibles de comprobación; el segundo involucra más bien un control sobre la base de pautas subjetivas como calidad, oportunidad o conveniencia. De allí que un elemento adicional que permite diferenciar uno del otro, es que mientras la entidad o persona que lleva o puede llevar a cabo el control político ostenta un margen de dubitación que le permite decidir si aplica o no la sanción prevista, en el control jurídico la autoridad que controla no cuenta con ese margen de estimación subjetiva, debiendo, una vez constatada la infracción, aplicar la sanción o decidir de conformidad con lo que jurídicamente corresponde. A mayor abundamiento acerca de esta importante distinción: ARAGÓN REYES, Manuel. "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución". En: *Revista Española de Derecho Constitucional* N.º 19. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 17 y ss; así como su obra intitulada *Constitución, democracia y control*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 136-137.

justificar el resultado final o *decisum*, al cual ha arribado¹⁷. En efecto, la *ratio decidendi* es entonces aquel núcleo de argumentos contenidos en la sentencia y cuya lectura y análisis permitirá comprender los fundamentos de hecho y de derecho a partir de los cuales se desprende o encuentra basamento el *decisum*¹⁸. A diferencia del *obiter dictum*, la ausencia de la *ratio decidendi* sí se traduce en serios problemas de motivación de las decisiones de un Tribunal Constitucional, lo que puede poner en tela de juicio su legitimidad¹⁹.

17 Por su parte, para efectos de precisar la parte de la sentencia constitucional que contiene el precedente constitucional vinculante la Corte Constitucional colombiana distingue entre cosa juzgada explícita y cosa juzgada implícita. La primera se refiere a la parte resolutive de la sentencia y la segunda alude a los argumentos de la parte motivada que guardan unidad de sentido con ella. En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante está comprendido en lo que la Corte llama cosa juzgada implícita, que equivaldría a la *ratio decidendi*. TARAZONA NAVAS, Julio Alberto. *El imperio de la Constitución y del precedente constitucional*. Bogotá DC: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2007, pp. 226-227.

18 Para la Corte Constitucional colombiana la *ratio decidendi* viene a ser la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica (Corte Constitucional, sentencia SU-1300 del 6 de noviembre de 2001, expediente T-463299, Magistrado ponente doctor Marco Gerardo Monroy Cabra), o, en otros términos, la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica, esto es, el fundamento normativo directo de la parte resolutive (Corte Constitucional, sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, expediente T-180650, Magistrados ponentes doctores Carlos Gaviria y Alejandro Martínez Caballero).

19 En definitiva, en el caso de los precedentes constitucionales vinculantes la motivación resulta un elemento fundamental. De allí que si bien toda sentencia, y no sólo las que dicta el Tribunal Constitucional, es de obligatorio cumplimiento por el sólo hecho de que emana o es producto del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, para efectos del establecimiento y la aplicación de los precedentes constitucionales vinculantes es el razonamiento jurídico que se encuentra detrás del pronunciamiento el que va a adquirir una especial importancia. Es más, este parece ser el sentir en torno al precedente constitucional vinculante, habiendo quienes afirman que cuando el Tribunal Constitucional coloca la regla del precedente vinculante en el fallo sin un mayor desarrollo o sustento en la fundamentación de la sentencia o cuando tal argumentación resultara luego equivocada o errónea, o peor aún, sin aquella necesaria relación o vinculación que debe haber con el caso que es objeto de resolución, a tal mandato no podría atribuírsele la condición de precedente. En este sentido, por ejemplo, encontramos a GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. "Las 'peculiaridades' del precedente...", *op. cit.*, pp. 98-99. En puridad entonces, una adecuada motivación del precedente constitucional vinculante tendrá directas implicancias en la legitimidad de la decisión judicial. ADRIÁN CORIPUNA, Javier. "La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial". En: CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 133.

Lo expuesto, sin embargo, no responde a la pregunta respecto de qué parte de la sentencia constituye el precedente constitucional vinculante, aunque tal vez de las definiciones hasta aquí esbozadas el lector pueda de algún modo inferir la respuesta. Y es que si el *obiter dictum* no guarda directa vinculación con el *decisum*, lo que, sin embargo, sí es predicable respecto de la *ratio decidendi*, y la lógica de los *precedentes constitucionales vinculantes* en términos generales es la creación de reglas o normas jurídicas para la resolución de futuros casos análogos, es posible entender que será la *ratio decidendi* la que contenga el precedente constitucional vinculante. Sin embargo, como veremos de inmediato, esta tarea de ubicar la *ratio decidendi* y luego de ello el *precedente constitucional vinculante* para efectos de su aplicación no es nada fácil.

Como se puede apreciar, la aplicación de los precedentes constitucionales vinculantes responde a la presencia de situaciones fácticas similares. En efecto, como quiera que los precedentes, como ya indicamos, suponen reglas o normas jurídicas generales que se derivan de la resolución de casos específicos, y que son utilizados para la resolución de casos similares o análogos, resultará fundamental a efectos de ubicar la *ratio decidendi* y luego de ello el precedente constitucional vinculante, identificar la directa relación entre los argumentos contenidos en la sentencia y la resolución del caso concreto específico sometido a conocimiento del juez que estableció el precedente.

A partir de lo expuesto se puede incluso inferir una de las grandes diferencias que existe entre el razonamiento jurídico que se lleva a cabo para efectos de aplicar normas jurídicas escritas y el razonamiento jurídico que tiene lugar cuando se trata de aplicar precedentes. Y es que mientras en el primer caso el juez parte de supuestos de hecho expresos, abstractos y generales, en el segundo caso parte de supuestos de hecho concretos y específicos para de allí construir un supuesto normativo concreto con efectos generales²⁰. La dificultad aquí radica, sin embargo, en discriminar, dentro del caso concreto que dio origen al precedente, los hechos relevantes de los irrelevantes de la sentencia, toda vez que de lo que se trata es de establecer una analogía entre dos casos: el que dio origen al precedente y el caso posterior al que eventualmente se aplicaría dicho precedente. Y esta tarea la debe llevar a cabo el juez posterior que procederá a aplicar el precedente constitucional vinculante.

Una vez identificados los hechos relevantes e irrelevantes del caso que dio origen al precedente, se hace necesario establecer el nivel de generali-

20 MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el...* Op. cit., 84-85; ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el...* Op. cit., p. 90.

dad con que éste se concibe. En otros términos, el tribunal que establece el precedente deja abierto un abanico de posibilidades para su aplicación y es aquí en donde entra a tallar la discrecionalidad judicial para efectos de determinar el grado de generalidad que éste contiene. En ese orden de ideas, la amplitud de la cuestión que resuelve la sentencia con valor de precedente, la profundidad o extensión del razonamiento que justifica la sentencia y lo *generalizables* que sean los hechos que dieron origen al litigio que motivó el precedente constituyen factores que influenciarán en la decisión del juez al momento de aplicarlo²¹. Nuevamente estamos ante una tarea que debe llevar a cabo el juez posterior que procederá a aplicar el precedente constitucional vinculante.

Ahora bien, después de lo señalado se desprende claramente que la determinación de la *ratio decidendi* y del *precedente constitucional vinculante* no viene expresamente señalada en la sentencia que le da origen, sino que los jueces posteriores, que procederán a su aplicación, son los que deben precisar ambos.

Sin embargo, la pregunta es si esta distinción entre *ratio decidendi*, *obiter dictum* y *decisum* y las dificultades que se presentan para la determinación del precedente constitucional vinculante tienen algún nivel de implicancia en el Perú, sobre todo por la manera como se encuentra regulado el precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional. El artículo VII del Título Preliminar de la Ley N.º 28237 señala: “*Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo*”.

Como se puede apreciar, el Código Procesal Constitucional obliga al Tribunal Constitucional a precisar cuál es el extremo de su sentencia que contiene el precedente constitucional vinculante. En tal sentido, esta distinción que se efectúa entre *ratio decidendi*, *obiter dictum* y *decisum* no tiene ninguna implicancia ni importancia en el Perú, y como consecuencia de ello tampoco debieran presentarse las dificultades a las cuales hemos hecho referencia, como quiera que será el mismo Tribunal Constitucional el que nos diga en sus sentencias cuándo establece el precedente constitucional vinculante y en qué parte de ellas es que dicho precedente se encuentra contenido.

21 SUMMERS, R. “Precedent in the United States (New York State)”. En: MACCORMIK, N. y SUMMERS, R (Editores). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Estados Unidos-Inglatera: Ashgate-Dartmouth, 1997, pp. 386-387. Citado por: MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el.*, op. cit., p. 86.

De ahí que, como se ha señalado²², quizá las principales diferencias entre el precedente constitucional previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional peruano y el precedente propio del *common law* sean: en primer lugar, que está regulado en una norma jurídica escrita, es decir, en la ley (Código Procesal Constitucional), y, en segundo término, que mientras en el precedente del *common law*, es al juez posterior a quien corresponde determinar la *ratio decidendi* que servirá de norma aplicable para los futuros casos análogos, en nuestro país, la regla es precisada por el propio Tribunal Constitucional.

2.3. Entre el principio de igualdad y la discrecionalidad del Tribunal Constitucional ¿Bajo qué consideraciones debieran establecerse los precedentes constitucionales vinculantes?

Otro elemento que llama la atención en el caso peruano, es que, como ya hemos visto, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional deja a discreción del Tribunal Constitucional la decisión respecto de cuándo establece precedente constitucional vinculante. Nuestra preocupación es que esta discrecionalidad no termine tornándose en arbitrariedad²³.

Y es que no han sido pocos los casos resueltos por el Alto Tribunal sin establecer precedente constitucional vinculante, y luego, cuando se le presentaron casos análogos, no sólo fueron resueltos en un sentido distinto al sentado en los casos anteriores, sino que recién entonces se estableció el precedente constitucional vinculante, escenario en el que por cierto, no tiene la obligación de motivar el cambio de criterio. Como bien puede inferir el lector, dicho comportamiento puede entrañar una conducta injusta dependiendo de la situación de los justiciables. Explicaremos con más detalle los alcances de estas afirmaciones.

Supongamos, por ejemplo, que el caso del justiciable A fue sometido al Tribunal Constitucional y éste lo resolvió en el sentido X. Una lógica de coherencia y de respeto del principio de igualdad, que constituyen, como

22 RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. "El precedente constitucional...", *op. cit.*, pp. 62-63.

23 En torno a la discrecionalidad y los mecanismos de control previstos para evitar que aquélla se convierta en arbitrariedad puede revisarse: FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 23 y ss; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, 1986, p. 409 y ss; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1983, p. 25 y ss; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. Madrid: Civitas, 2000; CORDÓN MORENO, Faustino. "El control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales". En: *Revista de Derecho*. Volumen 3. Piura: Universidad de Piura, 2002, p. 157 y ss.

señalamos líneas atrás, algunos de los presupuestos o fundamentos del precedente constitucional vinculante, nos llevaría a pensar que en el futuro los casos que sean análogos a los del justiciable A recibirían en principio la respuesta X; de lo contrario, si los casos similares a A son resueltos en forma distinta, el colegiado debiera motivar el cambio de criterio. Sin embargo, el problema radica en que esta obligación surge, según lo dispuesto en el Código Procesal Constitucional, sólo cuando el Alto Tribunal ha establecido precedente constitucional vinculante respecto de un caso análogo al que viene resolviendo. Por eso la pregunta es sobre la base de qué consideraciones el Tribunal Constitucional podría decidir establecer precedente constitucional vinculante cuando conoce un caso concreto.

El colegiado en el caso “Municipalidad Distrital de Lurín” (Expediente N.º 0024-2003-AI/TC), con sentencia de fecha 10 de octubre de 2005, desarrolló los criterios o consideraciones en base a los cuales procede a determinar precedentes constitucionales vinculantes, los mismos que son reiterados en el caso “Ramón Hernando Salazar Yarleque” (Expediente N.º 3741-2004-AA/TC), con sentencia de fecha 14 de noviembre de 2005. Así, de acuerdo con lo dispuesto en dichas sentencias, se establece precedente constitucional vinculante en los siguientes supuestos:

- “a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.
- b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- d) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.
- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante”.

Los supuestos enunciados por el Tribunal Constitucional justifican indiscutiblemente la dación de precedentes constitucionales vinculantes, sin embargo la preocupación de fondo pareciera aún no encontrar respuesta, es decir, cómo aseguramos que el Tribunal Constitucional haga

un ejercicio razonable de la cuota de poder que tiene para establecer precedentes constitucionales vinculantes. En otros términos, cómo canalizamos ese poder normativo, que le permite establecer en forma expresa precedentes constitucionales vinculantes, de tal modo que se garantice la coherencia en sus pronunciamientos y se respete el principio de igualdad, de manera que casos análogos reciban siempre respuestas similares, y que en caso vaya a resolver en forma diferente justifique razonablemente por qué lo hace.

Frente a la crítica antes esbozada se podría plantear que se reforme el Código Procesal Constitucional y se establezca que toda sentencia del Tribunal Constitucional constituya precedente constitucional vinculante. Ello, como bien puede deducir el lector, traería consigo despojar al Alto Tribunal de la atribución que le otorga la Ley N.º 28237 de decidir cuándo establece precedentes constitucionales vinculantes y serán más bien, como ocurre en el *common law*, los jueces posteriores los que determinen la *ratio decidendi* y, como consecuencia de ello, los precedentes constitucionales vinculantes.

Un cambio de esta naturaleza podría contribuir al autocontrol o autorestricción del Tribunal Constitucional, como quiera que el Alto Tribunal será consciente de que lo que resuelva en un determinado caso le resultará vinculante para casos análogos futuros, obligándolo en consecuencia a ponderar mejor sus decisiones y los efectos de las mismas. Asimismo, en el supuesto de que un caso similar al que dio origen a un precedente, vaya a ser resuelto en forma diferente, lo obligaría necesariamente a justificar el cambio de criterio. En tal sentido, el escenario que describimos líneas atrás se vería ampliamente superado. Sin embargo, este planteamiento, trae otras consecuencias que no podemos soslayar.

En efecto, lo recientemente señalado nos obliga a abordar la relación que existe entre los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. El artículo VII recoge el precedente constitucional vinculante y el artículo VI, además de regular la atribución de los jueces de aplicar el control difuso de constitucionalidad y establecerle algunos límites como es la existencia de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que confirma la constitucionalidad de la norma, señala en el último párrafo lo siguiente:

“Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

Lo previsto en este precepto de la Ley N.º 28237 nos obliga a distinguir entre jurisprudencia, jurisprudencia constitucional, jurisprudencia

constitucional vinculante y, finalmente, doctrina jurisprudencial. Y es que, somos de la opinión que una vez precisados estos conceptos podremos entender la real entidad de dicho artículo del Código Procesal Constitucional, así como sus verdaderos alcances frente al precedente constitucional vinculante y el cambio que traería consigo una propuesta como la esbozada líneas atrás.

En torno al concepto de *jurisprudencia* se distingue entre *jurisprudencia en sentido lato* y *jurisprudencia en sentido estricto*. La primera comprende el conjunto de resoluciones emitidas por los jueces, a propósito del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado en los casos que son sometidos a su conocimiento, y la segunda alude más bien a las resoluciones que son emitidas por la máxima autoridad jurisdiccional²⁴.

En esa línea de pensamiento, la alusión a *jurisprudencia constitucional en sentido lato* se referirá a todas las resoluciones emitidas por los jueces constitucionales, a propósito de la resolución de los casos que son sometidos a su conocimiento, y *jurisprudencia constitucional en sentido estricto* comprenderá sólo aquellas resoluciones que son emitidas por la máxima autoridad en materia de control de constitucionalidad. Es entonces esta última expresión la que nos interesa para los fines de este trabajo, como quiera que el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional obliga a los jueces a interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, así como conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Frente a lo expuesto, es importante precisar que si bien es cierto las máximas instancias jurisdiccionales también emiten lo que podríamos denominar *jurisprudencia constitucional*, ésta resultará vinculante para los tribunales inferiores de los respectivos aparatos de impartición de justicia mientras el Tribunal Constitucional no haya sentado jurisprudencia al respecto.

En tal sentido, aun cuando podemos encontrar *jurisprudencia constitucional vinculante* en otras instancias distintas al Tribunal Constitucional, una vez que éste adopta un determinado criterio en su jurisprudencia, este criterio pasa a prevalecer sobre aquel que fue sentado por las otras instancias jurisdiccionales, como quiera que él es el supremo intérprete de la Constitución. De allí que, en nuestra modesta opinión, lo que se encuentra recogido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional es precisamente la denominada *jurisprudencia constitucional vinculante*, esto es, los pronunciamientos que emanan de la

24 RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 171.

máxima instancia del control de constitucionalidad en nuestro país, que es el Tribunal Constitucional.

De otro lado, la denominada *doctrina jurisprudencial* ha sido definida como el conjunto de criterios, orientaciones y principios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando interpreta la Constitución en los procesos que son sometidos a su conocimiento. Dichos criterios, orientaciones y principios serán, asimismo, vinculantes en tanto se encuentren contenidos en la ya antes aludida *jurisprudencia constitucional vinculante*²⁵.

Sin embargo, es necesario precisar los alcances de la *jurisprudencia constitucional vinculante* (artículo VI del Título Preliminar de la Ley N.º 28237) frente al *precedente constitucional vinculante* (artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). A este respecto podemos afirmar que la primera comprende todos aquellos criterios normativos contenidos en las sentencias del Alto Tribunal y que denotan el claro sentir o parecer del tribunal acerca de un determinado asunto de relevancia constitucional. La especial posición que ostenta el tribunal del que emana conlleva a que sea observada por todos los jueces y tribunales de la República, tal como también dispone la Primera Disposición General de la Ley N.º 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

El precedente constitucional vinculante, por su parte y como ya hemos visto, tiene su origen en un acto jurídico concreto producto del poder normativo que ahora le ha atribuido el Código Procesal Constitucional al Tribunal Constitucional. Así también lo tiene expresado el supremo intérprete de nuestra Constitución en el caso “Ramón Hernando Salazar Yarlenque” antes citado.

La incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional, genera por otro lado, la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este Tribunal. Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.º 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal

25 ADRIÁN CORIPUNA, Javier. “La jurisprudencia vinculante de...”, *op. cit.*, p. 120.

en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.

Por otro lado, con objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del Título Preliminar, al establecer que “las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)”. De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto”.

Frente a lo expuesto, cabría preguntarse si no sería suficiente con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que recoge la figura del precedente constitucional vinculante, y, por lo tanto, descartar la noción de jurisprudencia constitucional vinculante, que es la que recoge el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, máxime si, como ya se dijo en el anterior apartado, lo que se busca es privilegiar la coherencia, seguridad jurídica y el respeto del principio de igualdad en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado en materia constitucional, lo que no necesariamente se consigue a través de la jurisprudencia constitucional vinculante por su difusa configuración²⁶.

Evidentemente si se opta por asumir, como se señaló líneas atrás, que toda sentencia del Tribunal Constitucional debiera constituir precedente constitucional vinculante, no tendría mayor sentido continuar haciendo

26 Es justamente esta confusión a la que conduce la lectura de los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la que ha conllevado, a su vez, a un sector a sostener que mientras el *precedente constitucional vinculante* está expresado en términos precisos como reglas puntuales y coinciden, o deben coincidir, con el núcleo de los argumentos de la decisión; en el caso de la *doctrina jurisprudencial*, que, como hemos visto, se extrae de la *jurisprudencia constitucional vinculante*, las reglas vinculantes quedan sujetas a la distinción que aquí también hemos efectuado entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. “Las ‘peculiaridades’ del precedente...”, *op. cit.*, p. 95.

Sin embargo, como se puede apreciar, esto supondría en los hechos y como consecuencia de la manera como se ha configurado el precedente constitucional vinculante en el Perú, se le pretende darle a la *jurisprudencia constitucional vinculante* el tratamiento que en el sistema anglosajón es más bien, y como ha que dado dicho aquí, propio del *precedente constitucional vinculante*, lo que en la práctica corrobora lo señalado por nosotros, esto es, que aparentemente una medida saludable podría ser que toda sentencia del Tribunal Constitucional pase a ser considerado *precedente constitucional vinculante*.

referencia en este caso a jurisprudencia constitucional vinculante, como quiera que todo pronunciamiento del Tribunal Constitucional gozaría de aquella eficacia horizontal y vertical a la cual hicimos referencia anteriormente y con los alcances antes expuestos, por lo que lo dispuesto en el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tendría que ser derogado, así como la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Como se habrá podido apreciar, la manera como la Ley N.º 28237 entra a regular el precedente constitucional vinculante, muy a despecho de su importancia y utilidad, que aquí también esperemos hayan quedado en evidencia, genera más de un interesante debate. Por supuesto que aún hay y habrá mucho que discutir sobre el particular, pues estamos a tan sólo muy pocos años de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional y el precedente constitucional vinculante es sólo una de las tantas innovaciones que ha traído consigo la Ley N.º 28237 y que recién ha motivado la atención de los diferentes sectores académicos. Esperemos, en todo caso, que las modestas observaciones y comentarios consignados en este trabajo contribuyan en cierta medida a este debate.

III. CONCLUSIONES

1. En rigor lo que regula el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional es lo que debemos denominar *precedente constitucional vinculante*, y no *precedente* a secas, como indica la sumilla. Y es que estamos ante reglas o normas jurídicas creadas por el Tribunal Constitucional a propósito de la resolución de los casos que son sometidos a su conocimiento, en donde han intervenido dispositivos constitucionales y que resultan vinculantes o de obligatorio cumplimiento para todos los poderes públicos y privados, en tanto son establecidas por el máximo intérprete de la Constitución.
2. Para efectos del Código Procesal Constitucional, la distinción entre *decisum*, *obiter dictum* y *ratio decidendi* y las dificultades que se presentan tanto para detectar la *ratio decidendi*, como para aplicar el precedente constitucional vinculante, no tiene ninguna implicancia, toda vez que el artículo VII del Título Preliminar de la Ley N.º 28237 obliga al Tribunal Constitucional a precisar, al momento de establecer el precedente constitucional vinculante, el extremo que contiene el efecto normativo.
3. El Código Procesal Constitucional permite que el Tribunal Constitucional decida cuándo establece el precedente constitucional vinculante. En tal sentido, bien puede ocurrir que casos similares los resuelva en forma diferente y ello no le genera la obligación de motivar el cambio

de criterio, pues esta obligación sólo surge o aparece cuando va a cambiar de precedente constitucional vinculante. Estamos entonces ante una atribución que si no es ejercida de forma razonable, puede poner en entredicho la legitimidad y coherencia en la resolución de los casos por parte del Tribunal Constitucional, así como los fundamentos sobre la base de los cuales se justifica la existencia del precedente constitucional vinculante, salvo mejor parecer.



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año III, N.º 3, enero - junio, Lima, 2007

Doctrina Constitucional Comparada

- ❑ **JOSEP AGUILÓ REGLA**
"Sobre derecho y argumentación"
- ❑ **JOSEPH PINI**
"Reflexiones (simples) sobre el estatus normativo de la jurisprudencia constitucional"
- ❑ **LEONOR MORAL SORIANO**
"El precedente judicial en el sistema jurídico alemán"



Sobre derecho y argumentación

JOSEP AGUILÓ REGLA

Universidad de Alicante

SUMARIO: I. SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO. II. DEL “IMPERIO DE LA LEY” AL “ESTADO CONSTITUCIONAL”. DEL PARADIGMA POSITIVISTA (LEGALISTA) AL PARADIGMA POSTPOSITIVISTA (CONSTITUCIONALISTA). 2.1. *Del modelo de las reglas al modelo de los principios y las reglas.* 2.2. *Del modelo de las relaciones lógicas entre normas al modelo de las relaciones lógicas y las relaciones de justificación.* 2.3. *De la correlatividad entre derechos y deberes a la prioridad justificativa de los derechos.* 2.4. *Del modelo de la subsunción al modelo de la subsunción y de la ponderación.* 2.5. *Del modelo de la oposición fuerte entre “crear” y “aplicar” normas al modelo de la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas.* 2.6. *De los juicios formales de validez de las normas a la distinción entre validez formal y validez material de las normas.* 2.7. *De la distinción “casos regulados/casos no regulados” a la distinción “casos fáciles/casos difíciles”.* 2.8. *De la separación tajante entre el lenguaje del Derecho y el lenguaje sobre el Derecho a un discurso reconstructivo del Derecho mismo.* 2.9. *De la distinción tajante entre estática y dinámica jurídicas a la concepción del Derecho como práctica.* 2.10. *De “enseñar Derecho es transmitir normas (contenidos)” a “enseñar Derecho es desarrollar ciertas habilidades”.* III. LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO Y EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN.

I. SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO

La conjunción entre las nociones de “Derecho” y “argumentación” constituye un viejo (y, durante largo tiempo, olvidado) tópico que en los últimos años ha adquirido una relevancia muy sobresaliente; ha resurgido con gran fuerza. Para ilustrar esta afirmación tal vez sea suficiente con la constatación de estos dos datos cuantitativos: el número de publicaciones en cuyo título aparecen conjuntamente dichas nociones (o algún sinónimo total o parcial de ellas) ha crecido de manera exponencial; lo mismo puede decirse de la oferta de cursos de “argumentación jurídica” tanto para estudiantes de Derecho como para juristas prácticos, su incremento ha sido también espectacular. Pero, más allá de estos datos, lo realmente significativo es la confianza puesta en la “argumentación jurídica” como un factor fundamental para la renovación y la mejora de la práctica del Derecho y de su enseñanza. En este sentido, es fácil ver cómo algunos temas que hasta hace nada fueron “estrellas” del pensamiento jurídico —como, por ejemplo, el de la “cientificidad de la ciencia jurídica” o el de la “metodología jurídica”— han sido en gran medida (si no totalmente) desplazados por (o completamente redefinidos a partir de) el de la “argumentación”.

Ahora bien, ¿estamos ante un simple fenómeno de moda —y, como tal, pasajero o banal— o, por el contrario, el peso adquirido por

la argumentación jurídica responde realmente a algo más profundo, más estructural y definitivo? Manuel Atienza ha situado la explicación del creciente interés por la argumentación en la crisis del paradigma positivista dentro de la cultura jurídica contemporánea. Crisis del positivismo jurídico que en algunos sistemas jurídicos de Derecho continental ha venido de la mano de un cambio estructural conocido como “la constitucionalización del orden jurídico”¹. En efecto, el constitucionalismo que se ha desarrollado desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días en países europeos y latinoamericanos ha producido una transformación fundamental dentro del Estado de Derecho. En esta transformación del Estado de Derecho, que podríamos sintetizar en la fórmula “del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho” (o “del imperio de la ley” al “imperio de la constitución”), se sitúa la explicación de la crisis del positivismo jurídico y del auge de la argumentación jurídica.

¿En qué consiste el proceso histórico (real) de constitucionalización del orden jurídico? Según Riccardo Guastini, este proceso es el resultado de la combinación de un conjunto de factores que pueden darse en mayor o menor medida en un orden jurídico determinado. La constitucionalización de un orden jurídico es, pues, una cuestión de grado, no de todo o nada. Estos factores mencionados por Guastini², interpretados con cierta libertad, son los siguientes:

1. El orden jurídico cuenta con una Constitución rígida que incorpora una relación de derechos fundamentales. Por rigidez de la Constitución (frente a la flexibilidad de la legislación) se entiende inmodificabilidad o resistencia a (dificultad para) su modificación. Cuanto mayor sea la rigidez constitucional (la dificultad para el cambio del texto constitucional), mayor será la tendencia a la constitucionalización de ese orden jurídico.
2. Está prevista la garantía jurisdiccional de la Constitución; de forma que la rigidez desemboca en una jerarquía y en una efectiva imposición de

1 ATIENZA, Manuel. “Constitución y argumentación”. En: AGUILÓ REGLA, J.; ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel, 2007, pp. 113 y ss.

2 GUASTINI, Ricardo. *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Turín: G. Giappichelli Editore, 2006, pp. 239 y ss. “En un orden jurídico no constitucionalizado — escribe Guastini — el Derecho constitucional [...] tiene un radio de acción limitado: por un lado, disciplina los aspectos fundamentales de la organización del Estado (la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial [...]); por otro, determina los derechos de libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos [...] Por el contrario, en un orden constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, en estilo doctrinal, las acciones de los actores políticos, las relaciones privadas ...” (p. 240).

la Constitución sobre la ley. Se produce, además, lo que podríamos llamar “reserva de Constitución”: ciertas materias no pueden ser derogadas o modificadas por ley, sólo por Constitución.

3. Se reconoce fuerza normativa vinculante a la Constitución. Ello supone que todos los enunciados de la Constitución se interpretan —independientemente de su estructura y de su contenido— como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios. Desaparece de esta manera la vieja categoría de “normas programáticas”, entendida como meras expresiones de programas y/o recomendaciones políticas que no son susceptibles de ser incumplidas ni, desde luego, jurisdiccionalmente garantizadas.
4. Se produce una “sobreinterpretación” de la Constitución. Es decir, se huye de la interpretación literal en favor de una interpretación extensiva, de manera que del texto constitucional pueden extraerse gran cantidad de normas y de principios implícitos.
5. Se considera que las normas constitucionales son susceptibles de ser aplicadas directamente. Por aplicación directa se entiende que todos los jueces, en todo tipo de casos, pueden aplicar las normas constitucionales. Además, esta aplicación directa abarca no sólo las relaciones de Derecho público, las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, sino también las relaciones de Derecho privado, entre ciudadanos (entre particulares).
6. Se impone el modelo de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución. Esta característica no tiene que ver con la interpretación de la Constitución que, como ya se ha visto, tiende a ser extensiva, sino con la interpretación de la ley. De todas las interpretaciones posibles de una ley, el juez debe descartar todas aquellas que vulneren (o sean incompatibles con) la Constitución.
7. Se produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso políticos. Esta influencia se traduce en que, entre otras cosas, a) los actores políticos muestran una acusada tendencia a acudir a las normas constitucionales para argumentar y defender sus opciones políticas y de gobierno; b) los conflictos y/o las disputas políticos entre órganos de distintos niveles de gobierno tienden a dirimirse jurisdiccionalmente aplicando normas constitucionales; y c) los jueces tienden a no mostrar actitudes de autolimitación o autorrestricción hacia las llamadas cuestiones políticas.

No hace falta extenderse mucho más en esta transformación porque creo no exagerar si digo que nadie niega esta evolución del constitucionalismo contemporáneo y este proceso de constitucionalización del orden jurídico. Ahora bien, una cosa es reconocer el “hecho histórico” del paso

del “imperio de la ley” a la “constitucionalización de los órdenes jurídicos”, y otra muy distinta es la valoración que se haga de este proceso de cambio. En este sentido, no son pocos los autores críticos con esta evolución y con esta deriva del constitucionalismo. Estos autores vienen a sostener que, en realidad, estos desarrollos están poniendo en crisis al Estado de Derecho mismo. Consideran que se están debilitando las exigencias normativas derivadas del “gobierno de las leyes” y que, en consecuencia, se está retrocediendo hacia esquemas vetustos vinculados al “gobierno de los hombres” (de las elites intelectuales y judiciales). El Derecho —en su opinión— está dejando de ser general (pues la aplicación de los principios constitucionales acaba desembocando en el Derecho del caso), claro (la aplicación de principios implica un razonamiento jurídico que no es puramente deductivo), coherente (los principios constitucionales son contradictorios entre sí y no cabe establecer prioridades estables entre ellos), etc. La crítica, en definitiva, consiste en afirmar que dicha evolución supone un retroceso “civilizatorio”, pues se minan las bases sobre las que están contruidos los valores de la autonomía de las personas y de la seguridad jurídica, dando entrada a la arbitrariedad y al decisionismo en la aplicación del Derecho³.

Pero más allá de estos planteamientos críticos con esta evolución del Estado de Derecho, me interesa mostrar que dentro de la cultura jurídica se observa una división entre aquellos autores que afirman que los nuevos fenómenos jurídicos exigen la formulación de un nuevo paradigma teórico, y aquellos otros que niegan tal necesidad. Es decir, la cuestión está en determinar si para entender, explicar, enseñar, en definitiva, dar cuenta de los nuevos fenómenos jurídicos, hay que proceder a una revisión o no del “paradigma” teórico que se fraguó en torno a la idea de “imperio de la ley”. En aclarar si hay que redefinir o no el conjunto de conceptos con los que se arma (se construye) la imagen del Derecho. La disputa versa, en definitiva, sobre si los cambios que supone la constitucionalización del orden jurídico son meramente cuantitativos (de grado), en cuyo caso no hace falta formular un nuevo paradigma teórico; o si, por el contrario, se trata de cambios verdaderamente cualitativos que exigen una revisión profunda de los esquemas teóricos con los que se aprehenden y transmiten los fenómenos jurídicos. Prescindiendo de muchos detalles, a los primeros, es decir, a los que afirman la continuidad del paradigma, se les puede llamar positivistas o partidarios del paradigma construido en

3 En España quien mejor representa desde hace ya bastantes años esta línea de crítica es Francisco Laporta, quien ha publicado recientemente un libro imprescindible sobre esta cuestión. Cfr. LAPORTA, Francisco J.: *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Ed. Trotta, 2007.

torno a la concepción del Estado de Derecho como “imperio de la ley”; y a los segundos, a los que afirman la necesidad de la revisión de dicho paradigma, post-positivistas, neoconstitucionalistas o partidarios de un paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como Estado constitucional.

A continuación, voy a tratar exponer de manera muy sucinta —y espero que clara— los esquemas conceptuales básicos sobre los que están contruidos estos dos paradigmas, tanto el positivista como el postpositivista. Para ello voy a formular un decálogo que me permita realizar una comparación entre ambos paradigmas. Conviene, sin embargo, advertir algunas cosas: a) voy a exponer los dos paradigmas tratando de enfatizar las diferencias entre ellos; b) voy a presentar el paradigma post-positivista como una superación del paradigma positivista, de forma que la exposición de aquél presuponga siempre la de este último; c) la elección de las palabras para referirse a cada uno de estos paradigmas es discutible, pero lo fundamental radica no en la elección del nombre, sino en el reconocimiento de las diferentes implicaciones de cada uno de los esquemas conceptuales; d) la exposición, como se verá, tiene un cierto aire circular y, en consecuencia, el decálogo podría haberse iniciado por cualquiera de sus puntos.

II. DEL “IMPERIO DE LA LEY” AL “ESTADO CONSTITUCIONAL”. DEL PARADIGMA POSITIVISTA (LEGALISTA) AL PARADIGMA POSTPOSITIVISTA (CONSTITUCIONALISTA)⁴

2.1. Del modelo de las reglas al modelo de los principios y las reglas

A. Positivismo. El modelo adecuado para explicar (o dar cuenta de) la estructura de un sistema jurídico es el modelo de las reglas. Por reglas hay que entender normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa. El ideal regulativo es el de la tipicidad, es decir, normas generales y cerradas cuya aplicación no exige (más bien excluye) cualquier forma de deliberación práctica o de valoración. Las normas abiertas son imperfecciones en la regulación cuya presencia en el sistema

4 La exposición del paradigma positivista legalista —como se verá— es una exposición de lugares comunes de lo que ha sido la cultura jurídica construida en torno al “imperio de la ley” y que ha resultado dominante durante largo tiempo. En consecuencia, no voy a referirme a ningún autor en particular. Sin embargo, sí me parece conveniente a continuación realizar una enumeración de autores y obras que, en mi opinión, han sido particularmente relevantes en el diseño del paradigma post-positivista. Obviamente de ahí no puede concluirse que todos ellos suscribirían todos los puntos con los que yo voy caracterizar este paradigma. Mi relación de autores y obras preferidos, en este sentido, es la siguiente:

jurídico puede ser el resultado bien de una deficiente técnica legislativa (de un error), bien de una pura delegación de poder normativo de los órganos creadores de normas (básicamente el legislador) hacia los órganos de aplicación (los jueces y los órganos administrativos). Las normas abiertas, al exigir deliberación por parte de los destinatarios de las mismas, suponen siempre una desviación del ideal regulativo de la certeza jurídica, de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conductas.

B. Postpositivismo. Para dar cuenta de la estructura de un sistema jurídico hay que considerar que, además de reglas, hay principios jurídicos. Es decir, hay normas que establecen una solución normativa (dicen lo que debe ser) pero no definen un caso (no indican cuándo son aplicables esas soluciones normativas). Los principios, así entendidos, dotan de sentido a las reglas. Permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resultados de un “balance, ponderación o compromiso” entre principios para el caso (genérico) que ellas regulan. Guiar la conducta mediante principios y/o aplicar principios, al tratarse de normas abiertas, exige siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos, de los destinatarios.

ALEX, R.:

- *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (1997)
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios políticos y Constitucionales (1997)

ATIENZA, M.: *El Derecho como argumentación*, Ed. Ariel, (2006).

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.:

- *Las piezas del Derecho*, Ed. Ariel, (1996).
- “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca.

DWORKIN, R.:

- *Los derechos en serio*, Ariel, (1984).
- *A Matter of Principle*, Harvard University Press, (1985).
- *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, (1986).

FERRAJOLI, L.:

- *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, (2001).
- *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, (2001).
- *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Laterza (2007).

MACCORMICK, N.:

- *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, (1978).
- *Rhetoric and the Rule of Law. A theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, (2005)

NINO, Carlos S.:

- *La validez del Derecho*, ed. Astrea, (1985).
- *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ed. Astrea, (1992).
- *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, (1996).

2.2. Del modelo de las relaciones lógicas entre normas al modelo de las relaciones lógicas y las relaciones de justificación

A. Positivismo. Entre las normas (las reglas) de un sistema jurídico se dan relaciones lógicas de deducibilidad. Dos normas son consistentes (lógicamente compatibles entre sí) cuando es posible cumplir ambas normas simultáneamente. Los conflictos entre normas son, pues, de naturaleza lógica y suponen la imposibilidad de cumplimiento simultáneo de dichas normas. Los conflictos entre reglas se resuelven mediante la exclusión de una de las dos reglas. Los criterios centrales para la resolución de dichos conflictos (antinomias) son los de *lex superior* (prevalece la voluntad de la autoridad superior), *lex posterior* (prevalece la voluntad posterior de la autoridad) y *lex specialis* (prevalece la voluntad más específica de la autoridad).

B. Postpositivismo. Entre las normas de un sistema jurídico no sólo se dan relaciones lógicas de deducibilidad. Además de a la noción lógica de consistencia normativa (posibilidad de cumplimiento simultáneo), se recurre a la idea de coherencia valorativa. Diversas normas son valorativamente coherentes entre sí cuando presentan una unidad de sentido y/o de propósitos prácticos; y son incoherentes, cuando esa unidad no se da. A diferencia de la consistencia, que es una cuestión de todo o nada, la coherencia es una cuestión de grado. La consecuencia más importante de la toma en consideración de estos dos tipos de relaciones entre normas es que puede ocurrir que el ámbito justificado de aplicación de una regla no coincida con el ámbito de aplicación descrito por la propia regla. En este sentido, las reglas pueden resultar sobreincluyentes o infraincluyentes cuando hay un desajuste entre el ámbito de aplicación descrito por la regla y el ámbito justificado de aplicación de la regla. Los conflictos entre principios, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, no se resuelven por exclusión, sino mediante ponderación.

2.3. De la correlatividad entre derechos y deberes a la prioridad justificativa de los derechos

A. Positivismo: Los enunciados jurídicos de derechos relativos a un sujeto o una clase de sujetos son siempre reducibles a enunciados de deberes de otro u otros sujetos. Decir que alguien tiene un derecho puede traducirse, sin pérdida de significación, a enunciados de deber de otro u otros sujetos. Derechos y deberes son, pues, correlativos.

B-Post-positivismo: En un sentido trivial, puramente regulativo (de guía de la conducta), es cierto que los enunciados jurídicos de derechos son traducibles a enunciados de deberes. Pero en términos justificativos la correlación entre derechos y deberes se pierde; y, por tanto, la traducción de los enunciados de derechos a enunciados de deberes transponiendo

(invirtiendo) los sujetos sí supone pérdida de significación. En efecto, mientras que tiene pleno sentido afirmar que “alguien tiene un deber porque otro sujeto tiene un derecho”, no parece ocurrir lo mismo con la afirmación de que “alguien tiene un derecho porque otro tiene un deber”. El “reconocimiento” de derechos justifica la “imposición” de deberes, mientras que la imposición de deberes no sirve para justificar la titularidad de los derechos.

2.4. Del modelo de la subsunción al modelo de la subsunción y de la ponderación

A. *Positivismo*. Congruentemente con el modelo de las reglas, el arquetipo de razonamiento jurídico es el razonamiento subsuntivo. La justificación por subsunción consiste centralmente en mostrar que el caso concreto que se trata de resolver encaja (es subsumible) en el caso genérico descrito (regulado) por la regla. La subsunción (el encaje) de casos concretos en casos genéricos puede generar desajustes entre unos y otros. Si miramos el desajuste desde la perspectiva del caso concreto, entonces el desajuste se nos presenta como un problema de calificación (¿cómo se califican estos hechos?); y si lo miramos desde la perspectiva de la regla, del caso genérico, entonces el desajuste se nos presenta como un problema de interpretación (¿qué dice la regla?). Esto quiere decir que los desajustes entre casos y reglas (entre casos concretos y casos genéricos formulados por las reglas) son esencialmente de naturaleza semántica, de relación entre las palabras y sus significados, entre los términos y sus referencias. La lealtad a las reglas es, pues, lealtad a su expresión y a su significado; es decir, es una cuestión centralmente semántica.

B. *Postpositivismo*. En el Derecho hay reglas y, en consecuencia, hay razonamientos subsuntivos. Pero también hay principios; y guiarse por o aplicar principios exige un tipo de razonamiento, la ponderación, que es distinto del razonamiento subsuntivo. Ahora bien, lo realmente significativo no es que existan estas dos operaciones o que se haya producido un incremento cuantitativo de las ponderaciones en la aplicación del Derecho. Lo que supone un cambio fundamental es la consideración de que la ponderación de principios es una operación más básica que la subsunción. Las reglas no se entienden como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las ha dictado, sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por dicha autoridad. Ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del Derecho adquiere una relevancia fundamental. El cambio central está, por tanto, en la consideración de que ser leal a las reglas no es serlo sólo a su expresión (porque no son sólo manifestaciones de voluntad), sino a sus razones subyacentes, al balance de principios que pretenden reflejar, a sus propósitos protectores

y/o promocionales de derechos. La lealtad a las reglas, y a su expresión, es un componente de la lealtad al Derecho, pero éste no está compuesto sólo por reglas, también hay principios.

2.5. Del modelo de la oposición fuerte entre “crear” y “aplicar” normas al modelo de la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas

A. *Positivismo*. “Crear normas” y “aplicar normas” son operaciones conceptualmente opuestas. Crear normas es una actividad centralmente política y/o moral, es decir, extra-jurídica o para-jurídica. Es una cuestión de voluntad. Aplicar normas, por el contrario, es una actividad fundamentalmente técnica y estrictamente jurídica. No es una cuestión de voluntad, sino de conocimiento. El legislador (el soberano) crea *ex novo* el Derecho (gobierno *per leges*) y los jueces (profesionales) aplican el Derecho (gobierno *sub lege*). Si quienes están llamados a aplicar el Derecho (los jueces, por ejemplo) enfrentan un caso no regulado, es decir, un caso en el que no hay una regla que lo resuelva, entonces actúan como legisladores, crean la solución.

B. *Postpositivismo*. No hay una separación tajante entre razonamiento político o moral y razonamiento jurídico. El razonamiento político del legislador se juridifica (es *sub constitutione*), pues la ley no es creación *ex novo*, sino desarrollo o concreción de principios constitucionales; y el razonamiento jurídico se politiza y/o moraliza (adquiere una dimensión práctica de la que carecía), pues incorpora un compromiso con los valores y los fines constitucionales (en definitiva, con los principios y/o derechos constitucionales). Esta modificación de las relaciones entre razonamiento político y razonamiento jurídico (el razonamiento político se juridifica y el razonamiento jurídico se politiza) se muestra muy claramente en el cambio que supone la sustitución del canon interpretativo de “Interpretación de la Constitución conforme a la ley” al canon “Interpretación de la ley conforme a la Constitución”.

2.6. De los juicios formales de validez de las normas a la distinción entre validez formal y validez material de las normas

A. *Positivismo*. El Derecho es “creado” y la existencia de las normas jurídicas depende de la ocurrencia de hechos contingentes de creación. Como consecuencia de ello, el Derecho puede tener cualquier contenido. El Derecho, pues, no se identifica por su contenido, sino por su forma. La identificación de las normas jurídicas es una cuestión formal. El origen de las normas (no su contenido) es el que determina su juridicidad. Todo el Derecho está basado en fuentes (hechos y actos creadores de normas) y es expresión de una racionalidad de tipo formal en el sentido weberiano de la

expresión. La autoridad (quien dicta la norma), el procedimiento (la forma de la acción de dictar la norma) y la consistencia (la compatibilidad lógica) de la nueva norma con las normas superiores constituyen el entramado conceptual con el que se construyen los juicios formales de validez.

B. Postpositivismo. En el Derecho hay fuentes (hechos y actos creadores de normas), pero no todo el Derecho está basado en fuentes. Hay normas cuya validez no descansa sobre criterios formales, sino materiales. Este es el caso tanto de las normas implícitas como el de las normas necesarias. La juridicidad de las normas implícitas depende de su coherencia valorativa con otras normas del sistema que sí son válidas formalmente. Pero además, en los sistemas jurídicos hay normas necesarias, hay normas materialmente válidas (por razón de su contenido) y cuya validez no tiene sentido remitirla a una o algunas normas formalmente válidas. Se trata de normas inderogables en el sentido de que su eliminación implicaría no el cambio de algunas normas, sino el cambio del sistema jurídico mismo. Piénsese, por ejemplo, en la legítima defensa o el estado de necesidad o en el principio de imparcialidad de los jueces: puede cambiar su regulación, pero no es concebible su eliminación (derogación) del sistema jurídico. Vistas como principios, no como reglas, se trata de normas necesarias, inderogables. Y, lo más importante de todo, es posible que haya normas formalmente válidas (válidas por su origen) y materialmente inválidas (incoherentes valorativamente). El Derecho, en este sentido, se ha materializado o sustantivizado y, en consecuencia, ya no puede ser visto sólo como expresión de una racionalidad de tipo formal.

2.7. De la distinción “casos regulados/casos no regulados” a la distinción “casos fáciles/casos difíciles”

A. Positivismo. Conforme al modelo de las reglas y a la oposición fuerte entre creación y aplicación de normas, la clasificación más importante (o más significativa) de los casos jurídicamente relevantes es la que distingue entre “casos regulados” (resueltos por el sistema de reglas) y “casos no regulados” (no resueltos por el sistema de reglas). Obviamente, la interpretación es determinante para concluir si un caso concreto es subsumible o no en una regla. Pero lo fundamental radica en que, conforme al modelo de las reglas, una regla es aplicable al caso o no lo es. Si hay regla aplicable, el caso está regulado, está resuelto; si no hay regla aplicable, el caso no está regulado, no está resuelto. Naturalmente hay técnicas utilizables para colmar las lagunas (las ausencias de regulación), pero todas ellas entran en el ámbito de la discrecionalidad de quien tiene que resolver el caso, es decir, del aplicador. Ahora bien, la discrecionalidad se concibe fundamentalmente como libertad del aplicador, esto es, como “permitido” elegir cualquiera de las opciones posibles. En este sentido, las decisiones discrecionales están

más próximas a la creación de normas (son más una cuestión de voluntad y de preferencias) que a la aplicación de normas (conocimiento y subsunción). Ello es así porque entre las normas de un sistema jurídico sólo hay —según se ha dicho— relaciones de tipo lógico.

B. Postpositivismo. La distinción relevante no es ya la anterior (regulados/no regulados), sino la que opone los “casos fáciles” a los “casos difíciles”. En el nuevo paradigma no hay casos relevantes no regulados, pues en los sistemas jurídicos no sólo hay reglas, también hay principios. Un caso es fácil cuando la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente (lógicamente compatible) con las otras reglas del sistema y coherente (valorativamente compatible) con los principios del sistema. Por el contrario, un caso es difícil cuándo la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa. Un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (jurisdictio, decir el Derecho para el caso). Un caso difícil exige deliberación práctica (juris-prudentia, ponderar el Derecho para el caso). Desde el nuevo paradigma, la discrecionalidad del sujeto llamado a resolver el caso, el aplicador, no se concibe ya como libertad en el sentido de permitido elegir cualquier opción, sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades⁵. Por ello, cuanto más discrecional es un acto (menos reglado está) más justificación requiere.

2.8. De la separación tajante entre el lenguaje del Derecho y el lenguaje sobre el Derecho a un discurso reconstructivo del Derecho mismo

A. Positivismo. El lenguaje del Derecho, de las normas, es lenguaje prescriptivo y, en consecuencia, no tiene valor de verdad. Por el contrario, la ciencia jurídica es un metalenguaje descriptivo del lenguaje del Derecho, de las normas. La Ciencia del Derecho es, por tanto, discurso descriptivo y sus enunciados tienen valor de verdad. El presupuesto metodológico es que el Derecho es objetivable frente a los sujetos, de forma que éstos pueden observarlo y, en consecuencia, describirlo.

B. Postpositivismo. En el ámbito del discurso jurídico la oposición entre lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo se debilita en gran medida. La buena “ciencia jurídica” no gira en torno a la pretensión de

5 Véase LIFANTE VIDAL, Isabel. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”. En: *Doxa*, N.º 25, 2002, pp. 424 y ss.

describir con verdad un sector del sistema jurídico, sino que juega un papel más bien comprensivo y reconstructivo, práctico y justificativo. El “científico” del Derecho no es un mero observador de un objeto que está totalmente fuera de él y que, por tanto, es susceptible de ser descrito. Por el contrario, el jurista (tanto el teórico como el práctico) es un participante en una práctica social muy compleja, como es el Derecho, y en este sentido está comprometido con su mejora. El jurista, cualquier jurista (teórico o práctico) no es un mero observador de un objeto acabado que existe fuera de él; es, más bien, un participante en una práctica social que con su discurso y sus acciones contribuye al desarrollo y a la conformación de la misma.

2.9. De la distinción tajante entre estática y dinámica jurídicas a la concepción del Derecho como práctica

A. Positivismo. El Derecho se objetiva en normas y en actos (o procedimientos). Esta idea está en la base de la clásica distinción entre estática jurídica (el Derecho es un conjunto de normas, el Derecho objetivo) y dinámica jurídica (estas normas cambian como resultado de actos y/o procedimientos jurídicos). Esta forma de objetivación del Derecho permite tratarlo como un objeto que está fuera de los sujetos que lo observan y/o lo usan. En consecuencia, es posible conocer su estructura y sus contenidos sin necesidad de realizar valoraciones de ningún tipo. La mera observación de hechos y actos es suficiente para la determinación de sus normas.

B. Postpositivismo. El Derecho tiende a verse como una realidad social muy compleja y fluida que desborda por completo el anterior marco de objetivación. Se parte de la idea de que la existencia, la estructura y los contenidos del Derecho dependen radicalmente de las creencias de aquellos que usan el Derecho (ya sean aceptantes, participantes o meros usuarios). El Derecho no es, pues, algo que está fuera de los sujetos sin más, sino algo que depende muy centralmente de su propia práctica social. No hay, en este sentido, oposición entre la objetividad del Derecho (normas y procedimientos) y su práctica. Ello supone una revisión total de la noción misma de conocimiento jurídico, pues éste ya no puede pretender ser meramente descriptivo (sin implicaciones valorativas y normativas), y pasa a ser reconstructivo de una práctica social que, si bien está dotada de sentido, nunca es tan homogénea como para que, mediante observación, sea posible realizar sin más una descripción completa de la misma. Por otro lado, el Derecho como práctica presenta múltiples elementos que se hallan en una tensión interna, cuya armonización operativa obliga a realizar elecciones llamadas a ser justificadas, no a ser descritas.

2.10. De “enseñar Derecho es transmitir normas (contenidos)” a “enseñar Derecho es desarrollar ciertas habilidades”

A. Positivismo. El Derecho se objetiva en las reglas jurídicas; en consecuencia, conocer el Derecho es muy centralmente conocer sus normas, sus reglas. La enseñanza del Derecho, por tanto, debe organizarse de manera tal que se garantice que esa transmisión de conocimiento normativo se ha producido. Estudiar Derecho es aprehender reglas jurídicas de cada una de las ramas que lo componen. Por ello, los estudios de Derecho tradicionalmente han sido memorísticos (cuantas más normas se saben, más Derecho se sabe) e insulares (como se trata de saber normas jurídicas, no entran en contacto ni se entrecruzan con otros estudios). Estos planteamientos relativos a la enseñanza del Derecho (a las Facultades de Derecho), se han aplicado también como criterios para seleccionar a los juristas profesionales (excluido el ejercicio libre). Jueces, fiscales, abogados del Estado, notarios, etc. deben seleccionarse mediante una oposición en la que muestren la excelencia de su conocimiento del Derecho, es decir, la excelencia de su conocimiento de las reglas jurídicas.

B. Postpositivismo. El Derecho no son sólo reglas jurídicas. Pero, además, dada la tendencia al crecimiento exponencial de las reglas (cada vez se dictan más) y la tendencia a la volatilidad de las mismas (al cambio y a la existencia efímera), el conocimiento de las reglas resulta imposible, si pretende ser exhaustivo, e inútil, si pretende ser práctico. En este sentido, los principios jurídicos tienen un potencial explicativo y racionalizador del Derecho muchísimo más alto que el de las reglas. Lo relevante en la excelencia jurídica no es, pues, la acumulación memorística de reglas, sino una adecuada combinación de conocimientos normativos (reglas a la luz de los principios que las dotan de sentido) y del desarrollo de habilidades metodológicas orientadas a la solución de problemas jurídicos. “¿Cómo resolver un problema jurídico?” debe ser el norte hacia el que debe tender la enseñanza del Derecho; es decir, el norte está en una enseñanza mucho más metodológica que memorística. Y, por lo que se refiere a las profesiones jurídicas hay que acabar con la “invisibilidad” y la “intercambiabilidad” a la que el peso imponente del imperio de la ley ha sometido a los profesionales del Derecho. Un buen juez, un buen fiscal o un buen notario no es simplemente alguien que conoce las leyes y las usa para resolver casos. La concepción del Derecho como práctica, y no sólo como reglas y procedimientos, reclama el desarrollo de una cultura de las virtudes profesionales de los juristas.

III. LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO Y EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN

La justificación de normas, acciones y decisiones es (y ha sido siempre) un asunto central en el Derecho. En este sentido, siempre ha habido



algún espacio para la argumentación jurídica. ¿Dónde está, pues, la novedad? ¿Por qué se dice, entonces, que hay una conexión entre el auge de la argumentación y la generación del nuevo paradigma post-positivista? La conexión entre el nuevo paradigma y la argumentación puede verse en dos niveles: uno, superficial o manifiesto y, otro, más profundo, menos patente. En el superficial, la argumentación jurídica gana espacio porque se acepta la idea de que la mera voluntad de una autoridad no es nunca justificación suficiente. Una decisión sin fundamentación, sin justificación, es el paradigma de una decisión arbitraria. En el Estado constitucional, la mera libertad de la voluntad no justifica a ninguna autoridad, ni siquiera a los legisladores (ni tampoco, por cierto, a los constituyentes). Por ello se ha dicho tantas veces que en el Estado constitucional el concepto de soberanía ha entrado en crisis, que ha perdido todo su papel explicativo y justificativo. La generalización de esta conciencia hace que se incremente la demanda de explicitación de las razones (la argumentación) que justifican las decisiones jurídicas. El nuevo paradigma, en este sentido, genera indudablemente nuevos espacios cotidianos para la “argumentación *en el Derecho*”. La generación de estos nuevos espacios es lo que explica y justifica la aparición de la “teoría de la argumentación jurídica” como un nuevo fragmento dentro de la “teoría del Derecho”.

En el otro nivel, el más profundo y menos patente, no se trata ya de que el nuevo paradigma (el del Estado constitucional) presente diferencias de grado en relación con el anterior (el del imperio de la ley) a propósito de la “argumentación jurídica”. No es, por tanto, simplemente que ahora se argumenta más, o que haya más demanda de argumentación jurídica, y que, en consecuencia, se necesite una teoría de la argumentación. La cuestión no gira, pues, en torno a “la argumentación *en el Derecho*”, sino a “el Derecho como argumentación”. No me puedo detener mucho en ello, pero en el transfondo de los enfoques argumentativos del Derecho está la idea de que todas las concepciones (teorías) tradicionales del Derecho (normativismo, realismo, instrumentalismo, formalismo, iusnaturalismo, etc.) si bien resaltan (están construidas en torno a) algún aspecto importante del Derecho, resultan insuficientes por reduccionistas. En particular, ninguna de ellas permite dar cuenta de manera adecuada de “la argumentación *en el Derecho*”. Si, “en realidad, no hay práctica jurídica que no consista, de manera muy relevante, en argumentar, incluidas las prácticas teóricas” y las teorías del Derecho tradicionales se muestran impotentes para explicar la argumentación en el Derecho, lo que procede —como dice Manuel Atienza— es construir una teoría argumentativa del Derecho⁶.

6 ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*, Ed. Ariel, Barcelona, 2006.

Reflexiones (simples) sobre el estatus normativo de la jurisprudencia constitucional*

JOSEPH PINI

Profesor de la Universidad Paul Cézanne.

Más allá de su banalidad, el tema del status normativo de la “obra” de las jurisdicciones constitucionales¹, encierra varios desafíos de importancia. Uno de ellos, si bien repetido, sigue siendo aquel del mito del “gobierno de los jueces”² en un campo desde el principio y constantemente sensible a la acción de la justicia, y cada vez más evidente que su acción normativa se acercaría a la de un poder verdadero³. Otro es aquel del lugar de la jurisprudencia constitucional en el análisis y en tanto síntesis

* El título original del presente trabajo es “(Simples) réflexions sur le statut normatif de la jurisprudence constitutionnelle”, publicado en *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, N.º 24, Dalloz, Paris, 2008, pp. 81-85. Traducción a cargo del Comité de Redacción de la Revista; revisión de César Landa. Agradecemos al autor por la autorización para traducir y publicar el presente ensayo.

- 1 Generalizable en varios de sus aspectos, la reflexión sumaria que sigue se sitúa ante todo sobre el terreno del “modelo europeo” de justicia constitucional, en el sentido que se volvió clásico de esta noción.
- 2 Incluso más terrible; consultar a TROPER (Michel), “El buen uso de los espectros — Del gobierno de los jueces al gobierno por los jueces”, en *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac* (El nuevo constitucionalismo. Miscelánea en honor de Gérard Conac), Economica, París, 2001, p. 49.
- 3 Más allá del ensayo de la referencia de Edouard LAMBERT [*Le gouvernement des juges* (El gobierno de los jueces), 1921; reimpresión Dalloz, 2005], la noción parece tanto fluctuante e incierta como precisamente mítica: consultar, entre otros, las contribuciones reunidas en BRONDEL (Séverine), FOULQUIER (Norbert) y HEUSCHLING (Luc) (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie* (Gobierno de los jueces y democracia), Publicaciones de la Sorbonne, París, 2001. Algunas comparaciones contribuyen igualmente a explicar esta incertidumbre y muestran la relatividad de las apreciaciones en la materia: por ejemplo, comparar a WALINE (Jean), “¿Existe un gobierno del juez constitucional en Francia?”, en *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu* (Renovación del derecho constitucional. Miscelánea en honor de Louis Favoreu), Dalloz, 2007, pp. 487-510, y TROPER (Michel), *Gouvernement des juges: mode d'emploi* (Gobierno de los jueces: modo de empleo), Pressas universitaires de Laval, 2007. Para una comparación muy interesante entre enfoques y definiciones del fenómeno en la doctrina jurídica en Francia, en RFA (República Federal Alemana) y en los Estados Unidos, consultar a Dyevre (Arthur), *L'activisme juridictionnel en droit constitutionnel comparé: France, États-Unis, Allemagne* (El activismo jurisdiccional en derecho constitucional comparado: Francia, Estados Unidos, Alemania), tesis, París I — Panthéon-Sorbonne, 2008, vol. I, pp. 10-20.

sis del derecho constitucional, asumido, en la doctrina francesa, como un criterio de distinción de “escuelas” doctrinales⁴. En segundo plano y principalmente, se perfila una controversia teórica persistente que aborda la definición de la ciencia del derecho y de la normatividad⁵, y cuyo terreno privilegiado sigue siendo aquel de las decisiones jurisdiccionales⁶.

Pluridimensional, la problemática de la jurisprudencia constitucional⁷, de su autoridad y de su alcance puede volverse a centrar en la normatividad de este último. Puede parecer una síntesis de diferentes problemas en este campo, aquí precisamente una pregunta llamará más la atención: ¿cuál(es) es(son) la(s) norma(s) creada(s) por el juez constitucional, especialmente como juez de la constitucionalidad? Como es consabido en relación con todo juez, el tema reviste, para la justicia constitucional, una dimensión particular, aunque a menudo suela eludirse. La calidad de las normas en tela de juicio, en particular la norma de referencia del control de constitucionalidad, y del proceso desarrollado sobre el tema de su validez o conformidad, puede explicar una singularidad semejante o, al menos, justificar una interrogación. La operación fundamental que corresponde al ejercicio de la función de juzgar reviste necesariamente, en el marco del proceso de [in]constitucionalidad [de una norma legal], una forma particular y “la aplicación” de una norma semejante a la Constitución, en el sentido tanto formal como material que define la “parte central” de esta última y forma la extensión característica de su concepto contemporáneo⁸, exige una reflexión específica. Además, los rasgos de aquella, entre las normas susceptibles de ser atribuidas, la

4 Para un intento de síntesis sobre la corriente doctrinal caracterizada por la importancia concedida a la obra de la jurisprudencia constitucional, consultar a MAGNON (Xavier), “Orientación teórica y elección metodológica de la escuela aixoise de derecho constitucional: reflexiones e intento de reconstrucción” en *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu* (Miscelánea en honor a Louis Favoreu), op. cit., pp. 233-254.

5 Es imposible mencionar aquí el conjunto, o incluso una estimación significativa, de los trabajos implicados. Para una síntesis de las posiciones expresadas desde hace tiempo y bajo formas en adelante múltiples, consultar entre otros a PFERSMANN (Otto), “Contra el neorrealismo jurídico. Para una teoría de la interpretación”, *Revue française de droit constitutionnel* (Revista francesa de derecho constitucional), N.º 50-2002, pp. 279-334, y TROPER (Michel), Réplica a Otto Pfersmann”, eod. loc., pp. 335-353.

6 Consultar a GUASTINI (Riccardo), “Michel Troper e l’interpretazione della costituzione” (Michel Troper y la interpretación de la constitución), en COMMANDUCCI (Paolo) y GUASTINI (Riccardo) (dir.), *L’analisi del ragionamento giuridico* (El análisis del razonamiento jurídico), vol. 2, G. Giappichelli, Turin, 1989, pp. 249-265.

7 Entendida aquí principalmente como una o series de decisiones jurisdiccionales a las soluciones convergentes.

8 Consultar a FAVOREU (Louis) y otros, *Droit constitutionnel* (Derecho constitucional), 10.^a ed., Dalloz, París, 2007, pp. 77-85.

más eminente y original, la norma legislativa, continúan, según algunos enfoques, motivando una definición del rol del juez constitucional que lo distingue de otras autoridades jurisdiccionales⁹.

Aunque es de naturaleza jurisdiccional, la función de la justicia constitucional puede estar jurídicamente y principalmente relacionada a la garantía de la repartición de las competencias normativas, en primer lugar entre “legislación ordinaria” y “legislación constitucional”¹⁰, papel singular susceptible de repercutir en las características de su “obra”. A la originalidad de la función general se añade asimismo aquella de la posición, que combina la calidad del juez y la del órgano constitucional, en el marco del modelo europeo de justicia constitucional, y que, en ese sentido, otorga a las cortes constitucionales un poder normativo con formas a veces específicas¹¹. Finalmente, para considerar plenamente los límites de éste, es conveniente mencionar igualmente las modalidades de la justicia y del control de constitucionalidad, recalcando la singularidad, a primera vista, del control a priori con respecto al tema considerado aquí.

En esta perspectiva y en vista de esta información, la caracterización del trabajo jurisprudencial del juez constitucional exige, más aún, un esfuerzo teórico que vaya más allá de las reflexiones sobre la función de juzgar, que son numerosas, diversas y talentosas al punto que no habrá que retomarles en el presente marco [introdutoria]. Los desafíos evocados más arriba, y mezclados en el debate sobre la legitimidad de la justicia y de la jurisprudencia constitucional¹², parece seguir representando como tantos factores de incertidumbre relativa en el análisis jurídico de esta última, los

⁹ Se piensa especialmente en la discusión sobre la calidad de “representante” del juez constitucional; para un recordatorio y un análisis sobre el Consejo Constitucional, consultar a BLACHER (Philippe), *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale (Control de constitucionalidad y voluntad general)*, P.U.F. — Las grandes tesis del derecho francés, París, 2001, pp. 175-195.

¹⁰ Consultar especialmente a Kelsen (Hans), “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Revue de droit public (Revista de derecho público)*, 1928, pp. 185-257; EISENMANN (Charles), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche (La justicia constitucional y la Alta Corte Constitucional de Austria)*, 1928, reimpresión Economica, París, 1986 (especialmente la primera parte); asimismo consultar *Droit constitutionnel (Derecho Constitucional)*, op. cit., p. 334.

¹¹ Especialmente en lo que se refiere a su poder autonormativo: para un estudio de las modalidades de este último, consultar en especial a JACQUELOT (Fanny), *Le pouvoir normatif des cours constitutionnelles. Contribution à l'étude des règlements des cours constitutionnelles européennes (El poder normativo de las cortes constitucionales. Contribución al estudio de los reglamentos de las cortes constitucionales europeas)*, tesis, Toulon, 2004 (sin embargo, el fundamento y la justificación de un poder citados por el autor parecen más discutibles).

¹² Ante todo en Francia, al menos para la primera.

problemas “convergentes” que ella implica parecen representar una clase de estado analítico intermediario dominante que confronta variaciones teóricas y ejemplos y contraejemplos extraídos del derecho positivo y supuestos que ilustran su importancia, su valor o su alcance relativo.

Algunas afirmaciones generales sobre el campo teórico (aunque privilegiando el caso francés), y al que se le concederá de entrada el rasgo poco original, podrían contribuir a situar mejor la naturaleza y el alcance jurídico de la obra del juez constitucional, es cierto a partir de una idea preconcebida de la teoría analítica de las normas, para intentar simplemente plantear algunas observaciones susceptibles de aclarar una interrogación, cuya carga pesada se habrá percibido. Dos etapas simples pueden darle ritmo a la secuencia. La acción del juez constitucional bien parece situarse en el marco de la normatividad jurisdiccional como la puede caracterizar la teoría (I). Desde entonces, la autoridad eventual de la jurisprudencia constitucional, dependiente del marco teórico en el cual está considerada, puede reencontrar su lugar (II).

I. LA OBRA NORMATIVA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN LA NORMATIVIDAD JURISDICCIONAL

Desde la *juridictio* latina y sus derivados en la *Rechtssprechung* alemana, estos mismos términos utilizados para designar a la actividad de juzgar abren una ambigüedad muy clásica y muy conocida. ¿El juez da a conocer mediante su arte dialéctico la regla de derecho tal como deriva de la naturaleza y en concordancia con la finalidad de la justicia¹³? ¿Él descubre “simplemente”, aplicando la ley de la cual sólo sería la “boca”, el sentido contenido en la regla superior pertinente, actuando también, según otra fórmula de Montesquieu, como un “poder nulo”¹⁴? ¿Es él mismo creador de una norma mediante una operación jurídica propia de materialización, que postula que él pone

13 Se habrá reconocido la posición iusnaturalista clásica (en el sentido de la distinción tan apreciada por Michel Villey) aquí subyacente, especialmente aristotélica.

14 Durante mucho tiempo privilegiado tanto por razones ideológicas conocidas que por añadidura a una cierta concepción de la separación de los poderes, este punto de vista fue establecido de modelo y distinguido por un esquema más “activista”: consultar a Dyevre, *L'activisme juridictionnel ... (El activismo jurisdiccional)*, op. cit., en particular páginas 51-55, a propósito del juez constitucional y por medio de la aplicación de la figura general; consultar también a Champeil-Desplats (Véronique), *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República)*, Economica — P.U.A.M., Paria — Aix-en-Provence, 2001, pp. 221-270. El argumento no es específico para Francia: consultar especialmente al clásico BICKEL (Alexander), *The Least Dangerous Branch — The Supreme Court at Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962.

en aplicación de ese modo, de una norma superior más general e hipotética, es decir propiamente jurídica¹⁵? En realidad, la concepción del derecho subyacente a la segunda y tercera hipótesis postula el carácter normativo de la decisión tomada para que esta última pueda existir jurídicamente y producir efectos vinculantes¹⁶. A partir de ello entonces, el estatus de norma de aplicación de la decisión tomada por un juez parece difícilmente discutible¹⁷.

La pregunta puede ser la aplicabilidad de un esquema semejante a las decisiones tomadas por los jueces constitucionales, especialmente en materia de control de la constitucionalidad de las normas. En efecto, y en primer lugar, su carácter normativo no es dudoso. Una explicación más precisa de este último supone el recordatorio previo de la naturaleza de la justicia constitucional como mecanismo particular y dotado de una eficacia real y específica de corrección de defectos. Consiste, en el marco del “cálculo de defectos”, en una vía plural de privación de validez de las normas válidas pero no conformes [con la Constitución], incluso de revertir la presunción de validez [constitucionalidad] de normas no válidas¹⁸. No se podría considerar que se produce un efecto semejante sobre la validez de normas atribuidas al juez constitucional sin plantear que la decisión de este último sea ella misma una norma. La decisión normativa del juez constitucional presenta bien y por otro lado un carácter jurisdiccional, como materialización de la norma constitucional como norma general en el caso de una norma inferior poniendo en práctica la sanción específica adjunta a la violación de la norma superior¹⁹.

La posible incorporación de la decisión del juez a la categoría de normas jurisdiccionales no reduce, sin embargo, la originalidad de esta última. En primer lugar, se plantea el problema de lo “amplio” de la norma jurisdiccional y de la autoridad que se añade a la misma por naturaleza. En efecto, la noción de autoridad de cosa juzgada, desde el principio, fue considerada como pertinente y aplicable, incluida en el caso de un control

15 Consultar especialmente a Kelsen (Hans), *Théorie générale des normes (Teoría general de las normas)*, traducción francesa, P.U.F. — Léviathan, París, 1996 23-26.

16 En la primera hipótesis, la acción del juez también es creativa en derecho, pero, por un lado en un sentido diferente de aquel de la “creación de una norma”, y por otra, según una idea muy diferente del derecho mismo.

17 Consultar especialmente a Kelsen (Hans), *Théorie générale du droit et de l'État (Teoría general del derecho y del Estado)*, traducción francesa, Bruylant - L.G.D.J., Bruselas - París, 1997, pp. 188-191.

18 Consultar a Kelsen (Hans), *Théorie pure du droit (Teoría pura del derecho)*, reedición traducción francesa 1962, Bruylant - L.G.D.J., Bruselas - París, 1999, pp. 267-272.

19 *Ibid.*, pp. 237-254.

abstracto e inclusive si la calificación expresa pudo parecer tardía²⁰, de modo que se seguirá encontrando ciertas proposiciones desafortunadas con respecto al control jurisdiccional de la constitucionalidad en Francia en particular²¹. Y en el campo considerado como tradicional de una autoridad semejante²², permanece limitada a la norma que es objeto de control²³, según el análisis que podría realizarse del conjunto de las disposiciones y soluciones pertinentes dentro de los diversos derechos positivos, tanto a nivel constitucional como infraconstitucional. Sin embargo, los trazos singulares de la justicia constitucional conducen a modular reglas generales semejantes. Para comenzar, en el marco del modelo europeo de justicia constitucional y sin que una solución sea por otro lado el monopolio de esta última, el derecho positivo dispone que la autoridad que toma las decisiones es absoluta o *erga omnes* en el sentido en el que ella se impone al conjunto de autoridades públicas²⁴.

- 20 En el caso emblemático del Consejo Constitucional, y para atenerse al control de la constitucionalidad, consultar la decisión 88-244 DC del 20 de julio de 1988, Rec., página 119; Favoreu (Louis), *Recueil de jurisprudence constitutionnelle (Selección de jurisprudencia constitucional)* (RJC), Litec, París, 1993, I-334; asimismo la decisión 89-258 DC del 8 de julio de 1989, Rec., página 48, RJC I-361; decisión 92-312 DC del 2 de setiembre de 1992, Rec., página 76, RJC I-505; Favoreu (Louis), Philip (Loïc) y otros, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel (Las grandes decisiones del Consejo Constitucional)*, 14.ª ed., Dalloz, París, 2007, N.º 45. Las incertidumbres, más o menos de interés, y las controversias sobre este punto fueron aclaradas y apaciguadas: para un recordatorio de las posiciones y de las evoluciones, consultar *Les grandes décisions ... (Las grandes decisiones)*, op. cit., N.º 13.
- 21 Consultar por ejemplo a BALAT (Jean-Christophe), *La nature juridique du contrôle de constitutionnalité des lois dans le cadre de l'article 61 de la Constitution de 1958 (La naturaleza del control de constitucionalidad de las leyes en el marco del artículo 61 de la Constitución de 1958)*, P.U.F., París, 1983; o además a Blachère, *Contrôle de constitutionnalité ... (Control de constitucionalidad)*, op. cit., páginas 159-171 (el autor que utiliza el modelo, incluso adaptado, de la sanción legislativa para caracterizar el rol del Consejo). Al respecto, la redacción de la decisión 85-197 DC del 23 de agosto de 1985 (Rec., p. 70, RJC I-238, *Les grandes décisions ... (Las grandes decisiones)*, op. cit. N.º 38), aunque esmerada, no aclara toda ambigüedad sobre un eventual reconocimiento del control de constitucionalidad como fase del procedimiento legislativo.
- 22 Que "se vincula no solamente a su parte resolutoria [de las decisiones] sino también a los motivos que son su respaldo necesario y constituyen su fundamento mismo" (consultar 62-18 L del 16 de enero de 1962, Rec., página 31, RJC II-9, *Les grandes décisions ... (Las grandes decisiones)*, op. cit. N.º 13, anterior). En ausencia de una disposición expresa en la materia, a diferencia de algunas situaciones extranjeras, el juez constitucional francés aplicó una regla general consagrada desde hace mucho tiempo por las jurisdicciones ordinarias.
- 23 Para Francia, consultar especialmente 244 DC, anterior.
- 24 Consultar el artículo 62 de la Constitución del 4 de octubre de 1958; asimismo, por ejemplo, consultar la sección 31 de la ley sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán del 12 de marzo de 1951 modificada.

A continuación, la especificidad de los “datos” de la cosa juzgada (causa, objeto y partes en la instancia) en el contencioso de constitucionalidad, particularmente abstracto, implica una apreciación adaptada al respecto sobre la autoridad de cosa juzgada. Al respecto, es la situación “más abstracta” de ejercicio del control de constitucionalidad, la más problemática en apariencia con respecto a tales exigencias, que conviene analizar en forma prioritaria. O, se señala que, por un lado la identidad de las partes no se puede interpretar de manera absolutamente rigurosa en el marco de un contencioso objetivo y, además, por procedimiento restringido, por otro lado, la causa de la demanda debe analizarse como aquella, general, de la violación de la norma constitucional, y finalmente la identidad de objeto es entendida en forma extensa, el Consejo Constitucional que remite a una “analogía” en el caso en el que, a pesar de ser redactadas de manera diferente, las disposiciones tendrían la misma sustancia²⁵. Singular en su medida; sin embargo, la obra del juez constitucional no cambia de naturaleza, y los rasgos particulares rápidamente evocados no cesan, desde un punto de vista jurídico, de hacer de la norma creada por este último una decisión jurisdiccional.

En segundo lugar, desde el punto de vista del objeto de dicha norma, la situación del juez constitucional del mismo modo presenta una originalidad. Interviniendo para impedir dejar sin efecto a la norma controlada o para privarla de validez, actúa, según la expresión de Kelsen, como “legislador negativo”, cuyo rol, en un marco por hipótesis más limitada y presionada que aquel del legislador parlamentario, lleva además a no poder finalmente distinguirlo de éste desde el punto de vista formal más estricto²⁶. No obstante²⁷, el derecho positivo parece a menudo privilegiar mecanismos de aplicación de decisiones del juez constitucional, en el contexto (el más frecuente) del control *a posteriori*, más doméstico de la seguridad y de la estabilidad jurídicas y con más inclinación hacia la corrección que hacia la anulación propiamente dicha, lo cual modifica un poco el perfil del trabajo de la justicia constitucional²⁸.

25 Consultar 258 DC, anterior. Asimismo, consultar 2001-455 DC del 12 de enero de 2002, Rec., p. 49 y a DI MANNO (Thierry), “Los cupos por sexo dentro de los jurados de concurso y la autoridad de la cosa juzgada de las decisiones del Consejo Constitucional”, *Actualité juridique droit administratif* (Actualidad jurídica del derecho administrativo), 2005 (16), pp. 820-827.

26 Consultar especialmente a KELSEN (Hans), “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, en autores varios, *Verhandlungen der deutschen Staatsrechtslehrer*, 1929, pp. 30-88.

27 Y aunque una afirmación semejante no cuestiona el carácter jurisdiccional de la obra de justicia constitucional, sino contribuye más bien a desarmar la crítica de la ilegitimidad de un juez para controlar la constitucionalidad de la ley.

28 Ejemplo: artículo 140 (5) y (6) de la Constitución Federal Austriaca.

Por otro lado, el enriquecimiento de sus técnicas como la elección original de los creadores de tal sistema de justicia constitucional contribuyeron al desarrollo de instrumentos jurídicos que, en este contexto, toman una dimensión y un realce singulares. El uso diversificado de las reservas de interpretación, justificado por el juez mismo²⁹, condujo de esta manera a un número de interrogaciones y de debates a una sistematización suficientemente clara para no volver sobre el tema³⁰. El trabajo, por parte del juez constitucional, supone ante todo la preservación de la ley, en este caso se prolonga en interrogaciones, incluso objeciones en algunos casos, cuando el observador o, aún más, la autoridad (especialmente jurisdiccional) que aplica la ley mide su impacto sobre la norma legislativa³¹. Más allá de una línea semejante, ya extrema para ciertas personas³², el juez constitucional llega incluso a dar directivas o mandatos al legislador futuro, cuyo estudio brillante, al calificarlos de "interferencias" y distinguirlos bien de las reservas, ha esclarecido la naturaleza, el fundamento y las modalidades³³.

En último lugar, incluso uno se podría interrogar sobre las consecuencias de las modalidades de la producción de esta norma jurisdiccional específica, cuyos parámetros, en la búsqueda de la previsibilidad ideal de la decisión de todo juez, confirman la variabilidad por razones que le son propias para la mayoría³⁴.

29 Por parte del Consejo Constitucional, consultar en especial 455 DC, anterior.

30 Consultar especialmente a DI MANNO (Thierry), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie* (El juez constitucional y la técnica de las decisiones "interpretativas" en Francia y en Italia), *Economica* — P.U.A.M., París — Aix-en-Provence, 1997; VIALA (Alexandre), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* (Las reservas de interpretación dentro de la jurisprudencia del Consejo Constitucional), L.G.D.J., París, 2000.

31 No obstante un progreso en el derecho francés, consultar a FAVOREU (Louis) y otros, *Derecho constitucional*, *op. cit.*, pp. 323-324 y 328-330.

32 Consultar debates sobre este tema y más ampliamente en el curso de la jornada publicada en DRAGO (Guillaume), FRANÇOIS (Bastien) y MOLFESSIS (Nicolas) (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel* (La legitimidad de la jurisprudencia del Consejo Constitucional), *Economica*, París, 1999.

33 Consultar a BEHRENDT (Christian), *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand* (El juez constitucional, un legislador-marco positivo. Un análisis comparativo en derecho francés, belga y alemán), Bruylant - L.G.D.J., Bruselas - París, 2006.

34 Comparar al respecto la reflexión de GENEVOIS (Bruno), "¿La jurisprudencia del Consejo Constitucional es imprevisible?". En *Pouvoirs* (Poderes), N.º 59 (1991), pp. 129-142.

II. LA OBRA JURISPRUDENCIAL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL MÁS ALLÁ DE LA NORMA JURISDICCIONAL

Algunos verían en estas singularidades añadidas un haz de índices del rol normador más o menos general de un órgano que cumple una función cuya única forma de ejercicio sería finalmente jurisdiccional, o más bien procesal. Desde tal punto de vista, la jurisprudencia constitucional adoptaría entonces un valor normativo importante, en realidad de rango sino constitucional al menos supralegislativo porque se imponen incluso al legislador³⁵, que es el nivel en el cual la sitúan implícitamente o explícitamente aquellos que aceptan conferirle un lugar eminente, considerando incluso una clase de modelización³⁶. Sin embargo, con respecto a las observaciones que preceden, parece difícil aceptar un análisis semejante.

Ante todo, es precisamente sobre el terreno del rango normativo de las decisiones del juez constitucional que la idea de una “jurisprudencia normativa” se encuentra descartada. Con la rara excepción de sistemas en los que ha sido determinada en forma expresa por una norma, y de manera no general³⁷; sin embargo, la pregunta sigue siendo a menudo abierta en el debate que ello condiciona. Dictada en aplicación de la norma constitucional formal que materializa, no puede ser considerada en forma lógica como si tuviera ella misma, y salvo una disposición contraria, valor constitucional, por su razón de ser como norma de materialización que fluye de lo que no puede recoger de la norma general que es la norma constitucional. Y el argumento extraído de la necesidad de revisar la

35 Sobre este *status* infraconstitucional / supralegislativo (no modifica formalmente la Constitución y permanece sumisa al legislador constitucional aunque se impone al legislador ordinario) de la jurisprudencia constitucional extraída del célebre análisis del Profesor Chapus relacionado con los principios generales del derecho, consultar a VEDEL (Georges), “Reflexiones finales”, en *Les règles et principes non écrits en droit public* (Las reglas y principios no escritos en derecho público), Edición Panthéon-Assas, París, 2000, página 254, retomado por AVRIL (Pierre), “¿La jurisprudencia institucional del Consejo Constitucional es creadora de derecho?”, en *Archivos de filosofía del derecho*, t. 50 (2006), pp. 33-39.

36 Consultar por ejemplo a COUTU (Michel), “Legitimidad y Constitución: los tres tipos puros de la jurisprudencia constitucional”, en *Derecho y sociedad*, N.º 56-57 (2004), pp. 233-257 (jurisprudencia “formal”, “instrumental” o “axiológica”, enfrentada a la pregunta del estado de excepción y a aquella de las relaciones entre sistemas integrados leídos dentro de una perspectiva teórica incierta).

37 Ejemplo: artículo 138 (2) de la Constitución Federal Austriaca y artículo 56, Sección 4 de la ley sobre la Corte Constitucional, de los cuales se deriva que la decisión (*Rechtssatz*) tomada por la Corte sobre la repartición de competencias legislativas entre *Bund* y *Länder* y dentro del silencio de la norma constitucional tiene ella misma un rango constitucional; sección 31 (2) de la ley sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán, anterior, que confiere valor legislativo federal a las decisiones de la jurisdicción en algunos campos de competencia.

Constitución para “neutralizar” una decisión del juez constitucional, según una práctica difundida³⁸, precisamente no invalida, pero apoya una negación, en la medida en que la redacción de la o las disposiciones nuevas reviste necesariamente un grado de generalidad superior a aquella de la o las decisiones aludidas.

Es a nivel de la norma declarada no conforme o anulada, y más precisamente a nivel legislativo, que se sitúa sin duda la decisión del juez constitucional, que tiene un impacto sobre la validez de la norma controlada, y se coloca así a un rango al menos igual. La autoridad de la que dispone y quien la hace imponerse incluso al legislador le fue conferida por la o las disposiciones constitucionales pertinentes sin cuestionar ni determinar su naturaleza. La tesis de su rango supralegislativo parece más incierta en la medida en que las condiciones que permiten establecer la superioridad de una norma sobre otra en términos de relación de producción no parecen reunidas en lo que concierne respectivamente a la decisión del juez constitucional y a la ley u otra norma susceptible de ser controlada³⁹.

Del mismo modo, la operación, ya evocada, de materialización característica de la actividad del juez, incluido el constitucional, como de toda jerarquía normativa y orgánica en realidad, debe ser distinguida de aquella de la interpretación, acto de voluntad más que de conocimiento, y cuyo status a la vez condiciona finalmente la respuesta dada al valor de la jurisprudencia⁴⁰, y depende de elecciones teóricas previas. Si la interpretación, a pesar del status del intérprete, sigue siendo ante todo una operación lingüística de determinación del sentido general o aplicado de un enunciado, la argumentación misma del juez depende de un orden que no sea normativo, incluso si es tan necesaria como obligatoria generalmente, y la materialización opera ante todo en la parte resolutive de la decisión. En tal perspectiva, el valor de la jurisprudencia como conjunto de soluciones convergentes no podría ser normativo en el sentido jurí-

38 Consultar a autores varios, *Annuaire international de justice constitutionnelle* (Anuario internacional de justicia constitucional), 1994, pp. 27-282 [mesa redonda del G.E.R.J.C.: *Justice constitutionnelle et révision de la Constitution* (Justicia constitucional y revisión de la Constitución)]; en un análisis más limitado, consultar a PINI (Joseph), “La Corte Constitucional Austriaca y las relaciones entre juez constitucional y poder constituyente”, estos *Apuntes*, N.º 7 (1999), pp. 47-54.

39 Lo mismo sucede con respecto a la fuerza derogatoria; para un recordatorio sobre estos temas, consultar una síntesis en Favoreu y otros, *Droit constitutionnel* (Derecho constitucional), *op. cit.*, pp. 61-66.

40 Más allá incluso de la “paradoja de la materialización” que lleva a reconocer una prioridad práctica a la norma más concreta: consultar *Droit constitutionnel* (Derecho constitucional), *op. cit.*, pp. 66-67.

dico. En este sentido, ella supera la decisión del juez. En cambio, si la determinación del sentido, considerada como la búsqueda del significado del enunciado particular presentado al jurista (en lenguaje simple, la norma), parte de la hipótesis o de un sentido vacío, o de la asimilación de la producción de este sentido a la producción de la norma misma, el rol del intérprete toma un realce particular al punto de hacer de él un coautor, incluso el autor efectivo de la norma aplicable, que confiere al encargado de la materialización un verdadero poder normativo⁴¹. Y el debate conexo con respecto a saber si un sentido o varios son susceptibles de ser sacados de un enunciado normativo, por un lado confirma la importancia previa de una teoría de la interpretación y de un modelo jurisdiccional de la que fluye parcialmente (clásicamente aquel de la solución formal única o de la indeterminación más o menos radical⁴²), por otro lado puede contribuir asimismo a disminuir el alcance reconocido a la jurisprudencia.

Desde el primer punto de vista evocado más arriba, la calidad misma de la interpretación no determina ni cuestiona el carácter normativo de la decisión de materialización por un órgano habilitado, incluso como paso previo intelectual a la operación propiamente dicha. Desde el segundo punto de vista, el contenido variable de la interpretación del alcance normativo puede llevar a relativizar finalmente su peso. Además, esta autoridad puede incluso ser discutida en el plano intelectual. Tal cual, la argumentación del juez, aunque cercana al primer punto de vista, no podría ser sin duda asimilada totalmente a un trabajo doctrinal “pleno”, especialmente en el sentido en el que el trabajo jurisdiccional no “define” nada en el sentido exacto del término, y a la inversa de un uso frecuente. Incluso si el juez constitucional parece menos preocupado que sus colegas, en la mayoría de los casos, mediante la operación característica de calificación, la obra conceptual de definición del mismo modo para él depende del exterior de su misión propiamente dicha.

Sin embargo, la parte de originalidad de la justicia constitucional se manifiesta también aquí, en un sentido en que se podría pensar igualmente favorable para el reconocimiento del alcance normativo de su jurisprudencia. En primer lugar, el carácter a menudo general incluso indeterminado de numerosas normas constitucionales lleva a reforzar la importancia de

41 Sobre estas tesis clásicas, entre otras, y los debates, consultar especialmente a MÉLIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand) (dir.), *L'interprétation constitutionnelle (La interpretación constitucional)*, Dalloz — Actos, 2005; AMSELEK (Paul), (dir.), *Interprétation et droit (Interpretación y derecho)*, Bruylant, 1995; asimismo consultar a ROSENFELD (Michel), *Les interprétations justes (Las interpretaciones justas)*, Bruylant - L.G.D.J., Bruselas - París, 2000.

42 Para una síntesis, consultar especialmente a DYEVE, *L'activisme juridictionnel ... (El activismo jurisdiccional)*, op. cit., pp. 94-126.

la operación misma de su concretización. En segundo lugar, la afirmación por un lado creativa importante en beneficio del juez constitucional parece alentada por la acción de este último sobre la norma controlada, especialmente bajo las formas señaladas anteriormente, y sin que le sea por otro lado propia. Tanto en un plano como en otro, en este caso también, la estructura de la argumentación orientada a la materialización y la consideración acordada por el observador a la obra de un órgano eminente que pone en práctica la norma suprema del orden jurídico estatal, en casos más o menos numerosos, pueden llevar a modular las consideraciones generales relativas a la justicia constitucional, sin modificar sin embargo la naturaleza de la actividad de esta última.

La modestia del propósito desarrollado aquí se confirma en aquella conclusión susceptible de ser extraída de ahí: sin retirarle su interés ni su calidad doctrinal eventual, la jurisprudencia, que conservando su parte en la construcción de la ciencia del derecho constitucional, no es vencida por este último⁴³.

43 Para una ampliación del tema, consultar por ejemplo a PFERSMAN (Otto), "¿Para qué un "poder judicial?", en CAYLA (Olivier) y RENOUX-ZAGAMÉ (Marie-France) (dir.), *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle? (La función del juez: ¿parte de soberanía o fuerza nula?)* Bruylant - L.G.D.J., Bruselas - París, 2001, pp. 181-193.

El precedente judicial en el sistema jurídico alemán*

LEONOR MORAL SORIANO

Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS DECISIONES JUDICIALES PRECEDENTES. 2.1. *Decisiones precedentes y precedentes judiciales*. 2.2. *Las decisiones del BVerfG*. 2.3. *Las decisiones del BGH*; III. EL TRATAMIENTO TEÓRICO DE LOS PRECEDENTES. 3.1. *El Derecho judicial y su justificación*. 3.2. *El análisis teórico de los precedentes judiciales*. 3.3. *La vinculación jurídica de los precedentes*. 3.4. *La vinculación metodológica de los precedentes*. IV. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS PRECEDENTES. 4.1. *El reconocimiento de su relevancia práctica*. 4.2. *La valoración de su seguimiento*. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En el sistema jurídico alemán el término precedente (*Präjudizien*) hace referencia a cualquier decisión judicial anterior que puede ser relevante para el caso presente. Su uso supone cierta vinculación pero aún no se ha establecido algo definitivo sobre la naturaleza o la fuerza de la misma. Este estudio quiere reflejar la discusión que al respecto se ha mantenido en el sistema jurídico alemán. Para ello se distinguirá entre el tratamiento que los precedentes reciben en el ámbito legislativo, en el teórico y finalmente en el judicial. En primer lugar, se sostendrá que el tratamiento jurídico que reciben los precedentes no llega a explicar claramente ni su fundamento ni su uso en el razonamiento jurídico. En segundo lugar, se propondrá un cambio de perspectiva que consiste básicamente en abrazar una discusión teórica a propósito del fundamento y uso de los precedentes. Por último, el análisis de la jurisprudencia alemana respecto al valor concedido a sus propios precedentes revelará una evolución de su uso desde posiciones interpretativas (los precedentes como criterios interpretativos) hacia posiciones argumentativas (los precedentes como mandatos de justificación).

Se analizará con especial atención el tratamiento que reciben los precedentes en la jurisdicción ordinaria (civil y penal) y en especial por el *Bundesgerichtshof*, máximo órgano jurisdiccional de la jurisdicción civil en el Estado Federal.

* Agradecemos a la autora por autorizar la publicación de este trabajo.

II. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS DECISIONES JUDICIALES PRECEDENTES

2.1. *Decisiones precedentes y precedentes judiciales*

El Derecho alemán sólo ha reconocido vinculación jurídica de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) de acuerdo con lo establecido en el § 30 II BVerfGG. El grado de vinculación de las demás decisiones, o está regulado a través de los procesos jurisdiccionales que garantizan la unidad y la coherencia de la jurisprudencia (la revisión y el procedimiento de divergencia), o bien carecen de tratamiento jurídico alguno.

El presente apartado tiene por objeto la regulación de las que se han denominado *decisiones reguladas*: las del BVerfG y los Tribunales Superiores tanto federales como en el nivel del *Land*¹. El enfoque utilizado, que se ha denominado dogmático, analiza el fundamento y uso de las decisiones judiciales desde la perspectiva de su *valor jurídico*, es decir, está centrado en la concreta medida de efectos jurídicos que el ordenamiento atribuye a los precedentes.

Hay que distinguir este grupo, el de las decisiones reguladas, de aquel otro formado por las decisiones judiciales a las cuales el Derecho alemán no ha atribuido fuerza vinculante pero que son relevantes para la solución de casos futuros. La doctrina alemana las denomina *precedentes* (*Präjudizien*). Estas serán objeto de estudio más adelante, cuando se haga referencia al *enfoque teórico* de los precedentes según el cual el fundamento del valor y uso de los mismos está en su contenido, en la mayor o menor relevancia para la práctica judicial (véase el apartado 3.2).

El criterio utilizado en la distinción *decisiones reguladas y precedentes* es la perspectiva adoptada para establecer el fundamento de su valor y su uso en el razonamiento jurídico. La finalidad de esta distinción es determinar la idoneidad o no de hacer depender de la regulación jurídica el fundamento del uso de las decisiones precedentes.

2.2. *Las decisiones del BVerfG*

El § 31 II BVerfGG atribuye fuerza de ley (*Gesetzkraft*) a las decisiones del BVerfG que declaran la (in)constitucionalidad de las normas jurídicas. De otro lado, el § 31 I BVerfGG establece que todas las decisiones de la Corte Constitucional tienen valor vinculante (*Bindungswirkung*) para los órganos constitucionales (tanto del Estado Federal como de los *Länder*) al igual que a todos los órganos judiciales y

1 Se trata de decisiones reguladas directamente (las del BVerfG) o indirectamente (las de los Tribunales Superiores federales y a nivel de *Land*).

demás autoridades. Los efectos jurídicos atribuidos a las decisiones del BVerfG es el único caso, en el Derecho alemán, de vinculación estricta de decisiones judiciales.

La fuerza de ley del § 31 II BVerfGG significa que las “decisiones judiciales del Tribunal Constitucional Federal tienen el mismo valor que una ley y que por tanto deben ser tratadas como tales”². Tal tratamiento de ley significa, de un lado que las decisiones a las que se refiere el § 31 II BVerfGG tienen efectos *erga omnes*, y de otro lado que su no observación es motivo de control de la decisión (legislativa, ejecutiva o judicial) mediante el recurso correspondiente. La fuerza de ley alcanza sólo al *Tenor* de la decisión, es decir, a su *ratio decidendi* y no a la argumentación en sí³.

Mientras que la categoría *fuerza de ley* ha sido tratada con claridad por el legislador alemán, éste se ha limitado a declarar que el resto de decisiones (las que no resuelven los recursos de inconstitucionalidad de las norma jurídicas) tiene un *valor vinculante* (§ 31 I BVerfGG) sin llegar a dar algún indicio que explique el significado de tal valor o efecto jurídico.

Para aclarar el sentido del § 31 I BVerfGG, Schlüchter propone interpretarlo en relación al apartado II del mismo párrafo⁴. Así sostiene que en principio el valor jurídico atribuido en uno y otro apartado del § 31 BVerfGG no difiere en su carácter o naturaleza sino sólo en los sujetos a los que vincula. Es decir, los efectos vinculantes de las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas son atribuidos *erga omnes* y no sólo a los destinatarios mencionados en el apartado I del § 31 BVerfGG (órganos constitucionales, judiciales y demás autoridades).

Efectivamente el criterio subjetivo propuesto por Schlüchter ayuda a distinguir la *fuerza de ley* del *valor vinculante*, pero es insuficiente para resolver el problema acerca del alcance *objetivo* de ambas categorías.

Aunque los analizados criterios permitan clarificar la distinción entre las dos categorías *fuerza de ley* del § 31 II BVerfGG y *valor vinculante* del § 31 I BVerfGG, aún no hay una respuesta satisfactoria acerca del contenido exacto de la última. En otras palabras, el § 31 I BVerfGG deja abierta la cuestión acerca del alcance objetivo del *valor vinculante*.

La controversia que el § 31 BVerfGG plantea es, en palabras de Kriele, la duda sobre si se debe reconocer una vinculación propia de precedente (*präjudizielle Bindung*) a la interpretación de la Norma Fundamental, o

2 SWIBERT, M.-J. “Wirkungen der Entscheidungen des BVerfG”, en *Juristische Schulung*, 1988, p. 51.

3 *Ibidem*.

4 Cfr. SCHLÜCHTER, E. *Mittlerfunktion der Präjudizien*, de Gruyter, Berlín, 1986, p. 26.

bien un valor similar a fuerza de ley al *Tenor* de las decisiones⁵. Para Kriele, “las decisiones del BVerfG vinculan a los órganos constitucionales, a los tribunales y a las autoridades como *precedentes*”⁶.

Kriele propone un cambio en el fundamento de las decisiones precedentes que abandona la perspectiva de la regulación jurídica y abraza aquella de su contenido y su relevancia para el razonamiento jurídico. Éste será el análisis que se desarrollará cuando se hable de los precedentes judiciales en el sistema jurídico alemán. Con la propuesta de Kriele se crean dos categorías distintas para referirse a los efectos de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional alemana: de un lado la *fuerza de ley* del § 31 II BVerfGG y de otro, su *vinculación como precedentes* o su carácter como precedente según el § 31 I BVerfGG.

2.3. Las decisiones del BGH

El Derecho alemán no atribuye fuerza vinculante a las decisiones de los tribunales federales; sin embargo, ello no impide que del análisis de las normas jurídicas que regulan la práctica judicial se pueda determinar un grado de vinculación de las decisiones precedentes⁷. En concreto, existen dos instituciones en el Derecho alemán cuya regulación determina los efectos jurídicos de las decisiones de los cinco Tribunales Federales (BGH, BVerfG, BFH, BAH, BSG): la casación (*Revision*) y el procedimiento de divergencia (*Divergenzprozess*). El propósito es, siguiendo el denominado enfoque dogmático, analizar hasta qué punto el tratamiento jurídico de estas dos instituciones justifica el valor vinculante de las decisiones judiciales precedentes de estos altos tribunales⁸, o bien si el análisis más oportuno es el de su contenido, el de su vinculación como precedentes.

El desarrollo del Derecho mediante la interpretación de los jueces y tribunales corre el riesgo de la multiplicidad de criterios interpretativos lo que afecta la seguridad jurídica. Este problema se resuelve mediante una institución jurisdiccional centralizada⁹. La unidad de la práctica judicial y

5 Cfr. KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1976, p. 290.

6 *Ibidem*, p. 299.

7 Cfr. ALEX, R. y R. DREIER. *Precedent in the Federal Republic of Germany*, en *Interpreting Precedents. A comparative Study*, McCormick and Summers (Eds.), Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney, Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 28.

8 La tesis de la vinculación a las decisiones dictadas en casación y en el procedimiento de divergencia ha sido sostenida entre otros por Lüke, en LÜKE, W. “Die Bedeutung von Präjudizien im deutsche Zivilprozess”, en *Recht und Verfahren*, editado por K. Kroeschell, Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, pp. 76 y ss.

9 Cfr. BRUNS, R. *Zivilprozessrecht*, F. Vahlen, Múnich, 1979, p. 415.

la seguridad jurídica son los fundamentos tanto de la casación como del procedimiento de divergencia.

En el sistema judicial alemán los cinco Tribunales Federales (BGH, BVerwG, BFH, BAH, BSG) tienen atribuida competencia en el sustanciamiento del recurso de casación. Se trata, en definitiva, de un instrumento de control de la aplicación e interpretación del Derecho realizada por los órganos judiciales inferiores. Este control sólo alcanza al Derecho y no a los hechos de las sentencias recurridas.

Salvo en lo penal (que pertenece a la jurisdicción ordinaria) y la jurisdicción fiscal donde el recurso de casación es admitido directamente a partir de una determinada cuantía, en el resto será el juez el que evalúe si acepta o no el recurso. Los motivos de admisión (basta mencionar lo referente a la jurisdicción civil ya que son similares para el resto de las jurisdicciones) es quizás lo más peculiar de la casación alemana. Según el § 565 ZPO el recurso de casación está fundado alternativamente:

- en el significado principalista del caso (*Grundsätzliche Bedeutung*);
- en la separación de una decisión precedente del respectivo Tribunal Federal (*Abweichung einer Vorentscheidung*).

La importancia del segundo motivo de casación con relación al tratamiento jurídico de las decisiones del BGH es evidente, pero no se puede despreciar tampoco el primer motivo, especialmente en lo que se refiere al contenido o carácter de precedente de estas decisiones. Una decisión que resuelva una cuestión de significado principalista es absolutamente relevante para la evolución del Derecho y para sostener la tesis del carácter de precedentes de las decisiones en casación.

El procedimiento de divergencia, también ideado para la unidad de la jurisprudencia, tiene lugar cuando una sala de un tribunal se separa de las decisiones precedentes de otra sala del mismo órgano o de un órgano judicial distinto. En el primer caso se trata de una divergencia interna (*Innerdivergenz*) y el segundo de una divergencia externa (*Ausserdivergenz*). Cada órgano judicial (tanto Tribunales Federales, como a los Tribunales Regionales Superiores) tiene constituidas Grandes Salas para resolver las divergencias internas. Sólo en el caso de la jurisdicción ordinaria (que reúne la competencia en materia civil y penal) existe un procedimiento de divergencia externa, para el caso de que una de las salas de lo civil del BGH se separe de la decisión precedente de una de las salas de lo penal del BGH (o viceversa)¹⁰. También el BVerfG cuenta con una Gran Sala para los procedimientos de divergencia.

¹⁰ En este caso, la Gran Sala Conjunta decide al respecto. La divergencia externa a nivel de Tribunal Regional Superior no existe ya que en este caso es la casación (ante el Tribunal

En poco, o en nada, se diferencia la casación (al menos por separación de una decisión precedente) del procedimiento de divergencia (tanto interno como externo). Más aún, ambas instituciones son el resultado de combinar otras dos instituciones del Derecho alemán: la prohibición de separación (*Abweichungsverbot* establecida en el § 132 Gerichtsverfassungsgesetz o GVG) y la obligación de establecer un criterio (*Vorlagenpflicht*)¹¹.

En general los órganos judiciales no pueden abandonar los criterios (de interpretación) establecidos en decisiones precedentes (del mismo órgano o de otro superior). Esta prohibición basada claramente en la unidad de la jurisprudencia y en la seguridad jurídica, no significa tanto el inmovilismo de la interpretación cuanto la creación de una obligación para el órgano que la incumpla: declarar el abandono del criterio precedente (*Vorlagenpflicht*). En el procedimiento de divergencia la sala que deba resolver el abandono de una decisión precedente debe, además, resolver el asunto planteado. Por este motivo, la omisión de obligación de declarar la divergencia significa la violación del artículo 101 I.2 GG según el cual nadie puede ser substraído de su juez legal¹².

El Derecho alemán regula los efectos jurídicos de las decisiones alcanzadas en casación y en el procedimiento de divergencia. En el primer caso, el § 565.2 ZPO establece que el órgano judicial casado está vinculado a la decisión del órgano de casación (el BGH); en el caso del procedimiento de divergencia, el § 136.1 y 138.1 GVG establecen los mismos efectos jurídicos para las decisiones de las Grandes Salas y la Gran Sala Conjunta. Los criterios de interpretación (*Vorlagen*) elaborados en el sustanciamento de ambos recursos vinculan a los tribunales inferiores.

El alcance subjetivo de los efectos vinculantes atribuidos a las decisiones del BGH no es equiparable al reconocido a las decisiones del BVerfG del § 31 I BVerfGG (todas las decisiones dictadas por esta corte constitucional salvo las que resuelven los recursos de inconstitucionalidad de las normas jurídicas). En otras palabras, cuando en casación o en divergencia el BGH elabora un criterio interpretativo (*Vorlage*), éste no vincula ni a los órganos constitucionales ni a *todos* los tribunales sino

Federal correspondiente) la institución ideada para la unidad de la jurisprudencia (cfr. SCHLÜCHTER, E. *Mittlerfunktion der Präjudizien*, citado, p. 38).

11 En el supuesto que se plantee una cuestión de significado principalista, la declaración del criterio no es obligatoria sino optativa. Sobre la distinción entre el criterio (*Vorlage*) obligatorio y el optativo véase KOTHE, P. "Vorlage, Richterrecht und Anspruch auf den gesetzlichen Richter", en *Die öffentliche Verwaltung*, n. 41, 1988, p. 285.

12 Cfr. SCHLÜCHTER, E. *Mittlerfunktion der Präjudizien*, citado, p. 40.

sólo a los órganos judiciales inferiores jerárquicamente¹³. En opinión de Schlüchter, la regla contenida en el § 31 I BVerfGG no se deja extrapolar, al menos, a instituciones jurídicas fundadas en el control de la unidad de la jurisprudencia¹⁴.

Precisamente este control de la unidad de la jurisprudencia permite explicar el contenido y el alcance objetivo de la vinculación de las decisiones del BGH. La casación y el procedimiento de divergencia son instrumentos de control de la actividad judicial de los órganos judiciales. Por este motivo, la regulación de ambas instituciones jurídicas, y con ella el tratamiento jurídico de las decisiones del BGH, se ha centrado no tanto en la regulación de su seguimiento (el alcance y contenido de los efectos vinculantes) como en su separación¹⁵. El control de la actividad judicial y la sanción (procesal) en caso de separación explica, además, que los jueces y tribunales alemanes sigan las decisiones del BGH por una razón pragmática: la *economía procesal*¹⁶. Según Olzen, el tribunal que decide apartarse de una decisión precedente del BGH deberá realizar un intensivo estudio de la literatura y jurisprudencia sobre el asunto que conoce, a fin de argumentar el cambio de criterio. Esta argumentación “extra” no impedirá que la decisión sea objeto de recurso (bien de casación o de divergencia) abriendo así una nueva instancia procesal¹⁷.

La regulación de los efectos vinculantes de las decisiones del BGH, dentro del ámbito del control de la unidad de la jurisprudencia, permiten rechazar la tesis según la cual los § 136.1 y 138.1 GVG atribuyen a las decisiones del BGH un efecto inferior al de fuerza de ley. Con ambas disposiciones jurídicas, el legislador alemán ha querido atribuir a las decisiones del BGH efectos jurídicos fuera del caso concreto, sin que éste llegue a determinar cuales son ni cual sea su alcance.

III. EL TRATAMIENTO TEÓRICO DE LOS PRECEDENTES

La conclusión que arroja el analizado tratamiento jurídico de las decisiones del BVerfG y del BGH es que el Derecho alemán no reconoce una

13 *Ibidem*, p. 45.

14 *Ibidem*.

15 La prohibición de separación y el mandato de establecer un criterio interpretativo son el fundamento común de la casación y el procedimiento de divergencia.

16 Cfr. OLZEN, D. “Die Rechtswirkungen geänderter höchstrichterlicher Rechtsprechung in Zivilsachen”, en *Juristen Zeitung*, 1985, p. 157.

17 También la carrera profesional de los magistrados debe considerarse seriamente como un factor que disuade a los magistrados en la separación de una decisión precedente (*Ibidem*; en el mismo sentido véase WRÓBLEWSKI, J. “Concepto y función del precedente en sistemas de *statutory Law*”, citado).

vinculación estricta a los precedentes, salvo en el caso de las decisiones que declaren la (in)constitucionalidad de las normas jurídicas (§ 31 II BVerfGG) a las que se les reconoce fuerza de ley. Respecto a las demás decisiones de los altos órganos judiciales alemanes, las del § 31 I BVerfGG y de las del BGH dictadas en casación y en divergencia, a lo largo del anterior apartado se ha argumentando que el tratamiento jurídico que reciben no permite elaborar el fundamento de su valor vinculante. Más bien, este fundamento hay que encontrarlo fuera del ordenamiento jurídico.

Para esta nueva perspectiva, que se ha denominado teórica, el fundamento de los precedentes judiciales no se encuentra tanto en su regulación jurídica cuanto en la interpretación y aplicación de la ley. En otras palabras, su origen es indirecto, porque aunque formalmente la ley sea vinculante, ésta se aplicará según la interpretación elaborada en decisiones precedentes. Por este motivo, antes de abordar la denominada perspectiva teórica de los precedentes y defender su idoneidad, conviene realizar un breve análisis del *Derecho judicial*, del Derecho interpretado y aplicado.

Se sostendrá la tesis según la cual, la discusión del valor vinculante de las decisiones judiciales mantenida en el ámbito del *Derecho judicial* alemán (*Richterrecht*) y por lo tanto, de la práctica judicial, ha tenido como resultados primero, la creación del concepto de *precedente* (*Präjudizien*) y segundo, la elaboración de distintos modelos de seguimiento y separación de los precedentes basados en la *relevancia práctica* de éstos en el razonamiento jurídico. En otras palabras, se ha producido un tránsito del Derecho judicial a los precedentes.

Para defender esta tesis se distinguirán dos cuestiones: la primera relativa al *Derecho judicial* y su *necesidad*, tema íntimamente relacionado con las lagunas jurídicas; y la segunda relativa a la *vinculación de las decisiones judiciales*, que es una cuestión relacionada con el fundamento del valor vinculante del Derecho judicial y con los precedentes¹⁸.

3.1. El Derecho judicial y su justificación

La necesidad del Derecho judicial es, en términos generales, una cuestión equivalente a la necesidad de la superación de las *lagunas* del Derecho por los jueces¹⁹. El Derecho judicial, que es algo más que la suma de las decisiones judiciales, encuentra así su fundamento en la existencia de vacíos jurídicos que el juez debe superar con el único instrumento que le ha sido atribuido de manera exclusiva: la interpretación de la ley.

18 Véase GUSY, CH. "Richterrecht und Grundgesetz", en *Die öffentliche Verwaltung*, N.º 11, 1992, pp. 461 y ss.

19 *Ibidem*, p. 462.

Las lagunas jurídicas pueden estar causadas tanto por la falta de regulación como por una regulación oscura; también los conceptos jurídicos indeterminados y las normas jurídicas en blanco dan lugar estos vacíos y justifican la necesidad del Derecho judicial. Se exige entonces que el juez lleve a cabo una actividad creativa al interpretar el Derecho.

La *Rechtsfortbildung* o formación del Derecho hace referencia a esta aplicación creativa. Los dos problemas que aparecen involucrados en el análisis de la formación del Derecho son el conocimiento del Derecho y la competencia de los jueces para crear Derecho y superar así las lagunas jurídicas. Wank se refiere a ambos problemas como el aspecto *hermenéutico* y *constitucional* de la formación judicial del Derecho²⁰.

Según el aspecto hermenéutico del Derecho judicial, la actividad de los órganos judiciales se denomina *concretización* de una norma general y abstracta. En efecto, las decisiones judiciales no son sino la síntesis de la norma jurídica y los hechos del caso concreto. El resultado de tal concretización es *la creación de una norma jurídica*²¹. Ésta es la norma concreta del caso, la decisión judicial, cuyo ámbito debe distinguirse del correspondiente a una norma jurídica general.

Concretizar las normas jurídicas al caso particular no es sólo un ejercicio de subsumción lógica. Consiste también en la creación de enunciados normativos concretos o con un grado de abstracción menor que el de la norma que se aplica²². Claramente, la superación de lagunas mediante la creación de Derecho judicial plantea el problema de su justificación. En concreto, el aspecto constitucional del Derecho trata de armonizar la capacidad creativa de jueces y magistrados con los principios constitucionales de separación de poderes y sujeción del juez a la ley. El aspecto constitucional de la formación judicial del Derecho quiere armonizar la vertiente hermenéutica del Derecho judicial con aquellos principios constitucionales que resultan afectados, en concreto con el principio de división de poderes y con el de vinculación del juez a la ley²³.

20 Véase WANK, R. "Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht", en *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaft*, N.º 3, 1988, p. 319.

21 MÜLLER, F. *Richterrecht-rechtstheoretisch formuliert*, en *Richterliche Rechtsfortbildung. Festschrift der Juristischen Fakultät für 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karl-Universität Heidelberg*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1986, p. 70.

22 Cfr. KOTHE, P. "Vorlage, Richterrecht und Anspruch auf den gesetzlichen Richter", citado, p. 287.

23 Es un problema trasladable a cualquier sistema jurídico continental que trata de hacer compatible la función de aplicación del Derecho de jueces y tribunales con su capacidad creativa de normas y criterios interpretativos.

El artículo 97 I GG es tajante: los jueces son independientes y están sujetos únicamente a la ley. Sin embargo, aplicar la ley no implica sólo el “conocimiento del Derecho sino también su actualización, integración y concretización al caso”²⁴. Esto significa que el mandato del artículo 97 I GG debe interpretarse en relación al mandato del artículo 20 III GG según el cual el poder judicial está sometido a la ley y al Derecho. Para Koch y Rüssmann los artículos 20 III y 97 I GG significan, de un lado, el rechazo a las tesis positivistas en su versión más radical y de otro lado, son el reconocimiento de una capacidad creadora de los jueces en la función de aplicación de la ley²⁵. La creación de la jurisprudencia de los tribunales alemanes encuentra su fundamento y su límite en el principio de seguridad jurídica, el principio de legalidad, de igualdad (artículo 3 I GG) y de confianza legítima²⁶.

Otro argumento a tener en cuenta a la hora de interpretar el mandato del artículo 97 I GG es la vinculación del juez al caso concreto. La independencia del juez del resto de los órganos constitucionales significa que el juez está vinculado sólo al caso concreto²⁷. Incluso se puede añadir que mientras que el Derecho del legislador está fundado en la seguridad jurídica, el Derecho judicial lo está en el principio de justicia del caso concreto²⁸.

3.2. *El análisis teórico de los precedentes judiciales*

Si el análisis de los fundamentos del Derecho judicial conduce a la combinación de los aspectos interpretativos y constitucionales, el análisis del fundamento de su valor vinculante desemboca en la justificación del uso de los precedentes. Como ya se ha indicado, la aplicación de una norma jurídica abstracta requiere la formación del Derecho, la formulación de una norma concreta. Ésta no es de por sí vinculante, pero es evidente que en la práctica judicial el juez acudirá a los enunciados jurídicos concretos elaborados con anterioridad para casos semejantes. Explicar la relevancia práctica de los precedentes en el razonamiento jurídico equivale a justificar el valor vinculante del Derecho judicial y comenzar el análisis teórico de los *precedentes judiciales*.

24 Cfr. KOTHE, P. “Vorlage, Richterrecht und Anspruch auf den gesetzlichen Richter”, citado, p. 286.

25 Cfr. KOCH, H-J., H. RÜSSMANN. *Juristische Begründungslehre*, C.H. Beck, Múnich, 1982, p. 164.

26 Cfr. ALEX, R., R. DREIER. *Precedent in the Federal Republic of Germany*, citado, p. 47.

27 Cfr. SCHLÜTER, W. *Das Obiter dictum*, C. H. Beck, Múnich, 1973, p. 48.

28 Cfr. KOTHE, P. “Vorlage, Richterrecht und Anspruch auf den gesetzlichen Richter”, citado, p. 287.

El análisis teórico de los precedentes, elaborado por la teoría alemana, no está falto de relevancia práctica puesto que se discute el valor vinculante de las decisiones precedentes, es decir, si los tribunales deben o no considerar las decisiones de otros órganos judiciales y en qué medida su contenido es determinante para alcanzar una decisión. Entre las propuestas elaboradas por la dogmática alemana se distinguirá, siguiendo a Gusy²⁹, dos perspectivas: aquellas centradas en la vinculación jurídica de los precedentes y que refutan o defienden su carácter como fuentes del Derecho; y aquellas otras que hacen del concepto de vinculación metodológica el criterio que determina el valor vinculante del Derecho judicial (*Richterrecht*) y el uso de los precedentes en el razonamiento jurídico³⁰.

3.3. La vinculación jurídica de los precedentes

Una postura estricta es la defendida por Larenz, contraria al reconocimiento de tal valor salvo que el Derecho judicial se consolide como Derecho consuetudinario. Dentro de la perspectiva de la vinculación jurídica también cabe destacar la propuesta de Bydlinski que propone la vinculación subsidiaria a los precedentes judiciales en casos *non liquet*.

La propuesta de Larenz a propósito del carácter no fonticio de los precedentes comienza con la distinción entre *vinculación normativa* y *valor de hecho*. Por vinculación normativa, cuyo ejemplo paradigmático es la ley, se refiere a la existencia de una obligación jurídica de seguir o de observar una determinada disposición normativa: aquella a la que el ordenamiento jurídico le ha atribuido un valor vinculante y que se denomina *fuerza del Derecho*. Por valor de hecho se refiere a la relevancia práctica de ciertos elementos o recursos jurídicos en la actividad judicial, en la aplicación e interpretación de las fuentes del Derecho. Un ejemplo de esta categoría son los precedentes judiciales.

Se trata, por lo tanto, de dos categorías (vinculación normativa o jurídico-normativa y valor de hecho) que tienen fundamentos distintos. En el primer caso, es el ordenamiento jurídico el que atribuye la vinculación normativa a ciertos elementos jurídicos (como la ley); en el caso del valor de hecho su fundamento es la práctica judicial. Además los efectos de una y otra categoría también son distintos: los denominados “sí o no” (*Entweder–Oder*) es decir, o son vinculantes o no lo son, en el caso de la vinculación normativa (o jurídica); y los efectos “más o menos” (*Mehr*

29 Cfr. GUSY, CH. “Richterrecht und Grundgesetz”, citado, p. 461.

30 Un resumen de las posturas adoptadas por la dogmática alemana puede encontrarse en ALEXY, R., R. DREIER. *Precedent in the Federal Republic of Germany*, citado, pp. 43 y ss.

oder Weniger) es decir, más o menos relevantes pero en ningún caso vinculantes, en el caso del valor de hecho.

Para Larenz, si hay que atribuir un valor determinado a los precedentes judiciales, éste no será el de vinculación jurídica sino el de valor de hecho. Los precedentes son, según este autor, decisiones judiciales en las que se ha resuelto una cuestión jurídica. Contienen criterios de decisión o de interpretación que serán utilizados para decidir posteriores casos similares. De ahí su indudable valor de hecho en la fundamentación de las decisiones judiciales³¹.

No se cuestiona, por lo tanto, la relevancia de los precedentes en la práctica judicial de los tribunales continentales (de los tribunales alemanes en este caso). Sin embargo, aunque este valor práctico sea aceptado, es más discutible si llega a justificar o a fundamentar su valor vinculante y por lo tanto su carácter como fuente del Derecho. Es decir, ¿se puede reconocer un *valor vinculante normativo* o jurídico-positivo a los precedentes a partir de su *incuestionable valor de hecho*?³² ¿Puede ser la relevancia práctica el fundamento de la vinculación normativa?

Estos interrogantes tienen para Larenz una respuesta negativa ya que las categorías a las que hace referencia, la vinculación normativa y valor de hecho, son distintas y autónomas entre sí, de manera que no es posible hacer derivar una de la otra ni fundamentar una en la otra. Se debe concluir, o por lo menos así lo hace Larenz, que el Derecho alemán sólo atribuye una vinculación jurídica a la ley, a la costumbre³³ y a las decisiones del BVerfG sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas. Estas son las fuentes del Derecho alemán con fuerza de ley y de obligada observancia.

Las demás decisiones, es decir los precedentes o decisiones anteriores en la que una cuestión jurídica ya ha sido tratada y resuelta, no son para el Derecho alemán “vinculantes como lo es la ley”³⁴ por lo que hay que concluir que tampoco son fuentes del Derecho. Ahora bien, Larenz no se detiene en el rechazo del carácter fonticio de los precedentes judiciales sino que apunta su significado a partir del indiscutible valor de hecho que se les reconoce en la práctica jurídica.

31 Cfr. LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, (5.ª edición) Springer, Berlín, 1983, p. 413.

32 Cfr. LARENZ, K. *Über die Bindungswirkung von Präjudizien*, en *Festschrift für H. Schima*, editado por H. Walter Fasching y W. Králik, Manz, Viena, 1969 p. 249.

33 *Ibidem*, pp. 249-250. Sólo aquellas decisiones judiciales precedentes que a través de la práctica reiterada se han consolidado como Derecho consuetudinario se consideran vinculantes normativamente y por lo tanto fuentes del Derecho.

34 LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, citado, p. 413.

El uso de los precedentes, según este autor, no puede ser el propio de una fuente del Derecho sino de lo que él llama *fuerza de conocimiento del Derecho* (*Rechtserkenntnisquelle*)³⁵. Por tal hay que entender los instrumentos de los cuales jueces y tribunales se valen en la aplicación e interpretación del Derecho vigente a casos concretos y en la superación de las lagunas jurídicas mediante la interpretación del Derecho válido³⁶.

Cada decisión judicial es el resultado de la concretización de la norma vinculante al caso concreto, cada decisión contiene, por lo tanto, una máxima o criterio interpretativo que sirve de modelo a los jueces en la decisión de casos similares. Los precedentes serán usados por los tribunales (inferiores) como un recurso para el correcto conocimiento de la norma jurídica. Este uso instrumental garantiza, además, la igualdad jurídica (igual tratamiento para casos semejantes) y la seguridad jurídica³⁷.

Si bien la igualdad y la seguridad jurídica son argumentos a favor del seguimiento (no vinculante sino como fuente de conocimiento del Derecho) de los precedentes, estos no pueden servir para justificar lo injustificable: el uso de los precedentes incorrectos. El resultado de combinar de un lado la seguridad jurídica (el seguimiento de los precedentes) y de otro lado la corrección de los precedentes es lo que Larenz ha denominado *presunción de corrección*³⁸ que permite al juez que conoce un caso concreto no considerar los precedentes si duda sobre la corrección de los mismos, y elaborar así su propia decisión³⁹.

La propuesta de Larenz ha sido criticada por Lüke porque no desarrolla hasta qué punto el juez tiene la obligación de controlar el contenido de los precedentes⁴⁰. Falta principalmente un análisis metodológico acerca de la vinculación práctica o de hecho a la que se refiere Larenz, un estudio de los criterios y pautas que deben determinar el uso de los precedentes como fuente de conocimiento del Derecho.

35 *Ibidem*, p. 415. Del mismo autor, *Über die Bindungswirkung von Präjudizien*, in *Festschrift für H. Schima*, citado, p. 262.

36 Cfr. LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, citado, p. 412.

37 *Ibidem*, p. 414.

38 *Ibidem*. Larenz discute también la *presunta vinculación* de los precedentes judiciales a la que se refiere Kriele, y la tilda de superficial y peligrosa. El peligro, argumenta Larenz, radica en el uso de los precedentes sin que estos sean sometidos a ningún examen de su corrección. La presunción de corrección permite el control del contenido de los precedentes por el juez.

39 Parece así distinguir entre la razón del seguimiento de los precedentes: igualdad y seguridad jurídica; y el fundamento o razón de su uso como fuente de conocimiento: la presunción de corrección.

40 Véase LÜKE, W. *Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen Zivilprozess*, citado, p. 84.

Por otro lado, Bydlinski ha tratado de explicar la vinculación de los precedentes atendiendo a la vinculación tanto *jurídica* cuanto *metodológicamente*. El resultado de esta combinación es lo que él denomina *vinculación subsidiaria* de los precedentes en casos *non liquet* o casos de lagunas jurídicas.

Este teórico austríaco rechaza, como lo hace Larenz, que las decisiones judiciales formen parte del Derecho positivo, al que sí pertenece la ley y la costumbre. Sin embargo, y aunque el Derecho alemán no atribuya fuerza de ley (*gesetzesgleiche rechtliche Kraft*)⁴¹ a las reglas jurídicas contenidas en las decisiones precedentes, Bydlinski no abandona una perspectiva jurídico-positiva.

El *análisis normativo* adoptado por Bydlinski sirve para explicar, primero, la relación entre el Derecho positivo y los precedentes y segundo, para justificar la denominada vinculación subsidiaria de los últimos.

La relación de dependencia de los precedentes al Derecho positivo sólo se puede explicar normativamente: el ordenamiento jurídico atribuye a la ley (y a la costumbre) tal fuerza que es vinculante por sí sola, mientras que los precedentes tienen que derivarse de la ley, o dicho de otra forma, la existencia de los primeros depende del Derecho positivo. Esta dependencia permite explicar que el Derecho atribuya un valor vinculante normativo a las decisiones judiciales (correctamente derivadas del Derecho positivo).

Además el análisis jurídico-positivo de los precedentes explica su consideración como *fuentes subsidiarias del Derecho*. El juez está vinculado primero al Derecho positivo (la ley y la costumbre) y sólo en los casos en los que no aporte una solución clara, los denominados casos *non liquet*, el juez estará vinculado a los precedentes⁴². Más aún, principios como el de igualdad o de seguridad jurídica tienen para Bydlinski sólo un significado subsidiario.

La vinculación jurídica de los precedentes en los casos *non liquet* mantiene una perfecta sintonía con el principio de separación de poderes. Aún en los casos de lagunas del Derecho (casos *non liquet*) los jueces no pueden rehusar a dar una solución, de manera que la vinculación subsidiaria a los precedentes evita la posible usurpación de las competencias legislativas por los órganos judiciales que deberán decidir según una fuente subsidiaria (pero siempre de Derecho).

A este análisis normativo, Bydlinski suma una perspectiva metodológica que le permite determinar el valor de los precedentes en la práctica

41 Cfr. BYDLINSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer, Viena, 1982, p. 502.

42 *Ibidem*, p. 509.

judicial. La tarea de todo práctico del Derecho, sostiene este autor, es la de buscar aquellos precedentes que se ajusten a un caso determinado. Considera que la constitución de los precedentes como institución jurídica se deba a la labor de la jurisprudencia junto a la de la doctrina y que por lo tanto, sea la práctica judicial el ámbito adecuado en el que se debe desarrollar la discusión a propósito de su valor.

Esta relevancia de hecho de los precedentes ha carecido de un adecuado tratamiento metodológico lo que ha provocado que su uso se encuentre “en un ámbito apenas legitimado y a medias tintas”⁴³. Bydlinski pretende superar esta carencia y justificar metodológicamente el valor y uso de los precedentes a partir de la anterior explicación jurídico–positiva de su vinculación:

Los precedentes no son vinculantes por su propia fuerza sino sólo cuando *derivan de forma metodológicamente correcta* de las normas jurídicas vinculantes. El valor de las decisiones precedentes resulta sólo de la corrección de los argumentos que contienen. El Derecho judicial, como Derecho científico, tiene valor no en virtud de su autoridad jurídica sino en virtud de su interpretación del Derecho⁴⁴.

Por último, la tesis de Bydlinski no se puede entender como un caso de vinculación estricta de los precedentes sino limitada. De un lado porque se trata de una vinculación subsidiaria y de otro lado, porque su utilización depende de la corrección del contenido de los precedentes: el abandono está metodológicamente justificado cuando el precedente que se aplica sea falso⁴⁵.

Aunque se puede criticar la mayor o menor oportunidad de justificar el valor de los precedentes *en* el razonamiento jurídico y *desde* una perspectiva jurídica, lo cierto es que la obra de Bydlinski es un riguroso estudio que trata de conciliar dos perspectivas, la jurídico–positiva y la metodológica, que han sido abordadas siempre por separado en la teoría del Derecho, al menos cuando se trata de explicar el fundamento y uso de los precedentes.

3.4. La vinculación metodológica de los precedentes

Dentro del análisis teórico de los precedentes, la vinculación metodológica no se concentra en la fuerza de ley atribuida a las decisiones precedentes, ni en su vinculación jurídica (criterio éste adoptado por las

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 503. El énfasis es añadido.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 511.

fuentes del Derecho), sino que considera su valor de hecho en el razonamiento jurídico⁴⁶. Se expondrán dos propuestas. La primera subraya la relevancia práctica de los precedentes en el ámbito de la interpretación del Derecho; y la segunda destaca esta misma relevancia práctica en el ámbito de la justificación de las decisiones judiciales.

La propuesta de Fikentscher le debe algunos de sus elementos esenciales a las de Larenz y de Bydlinski. De un lado, comparte con el primero el reconocimiento de la relevancia práctica de los precedentes en la aplicación del Derecho; de otro lado recoge y desarrolla el mayor mérito de la obra de Bydlinski, la explicación metodológica de la vinculación de los precedentes judiciales. Sin embargo, él mismo se declara⁴⁷ más cercano a Larenz que a Bydlinski porque su punto de partida es la relevancia práctica del Derecho judicial. Un principio que le sirve, sin embargo, para sostener la vinculación de los precedentes judiciales, una tesis radicalmente distinta a la de Larenz.

A diferencia de otras teorías, la de Fikentscher, la denominada *Fallnormtheorie*, sigue muy de cerca el problema de la relevancia práctica y la vinculación del Derecho judicial y de los precedentes⁴⁸. Esta vinculación de hecho (de la que también hablaba Larenz) tiene un ámbito muy concreto: el límite del significado de la ley (*Wortsinn–Grenze des Gesetzes*). La vaguedad del lenguaje jurídico o la pluralidad de significados atribuibles a la ley explican que en la aplicación del Derecho se reconozca del juez una cierta actividad creativa o de formación del Derecho⁴⁹. En concreto se trata de la elaboración de *Fallnormen*.

Fallnormen se han definido como “enunciados generales en forma de norma a través de los cuales una determinada cuestión jurídica será decidida. Lo que se utiliza en la subsunción es la norma del caso, *Fallnorm*, y no la ley”⁵⁰. Dos hipótesis pueden extraerse de la anterior cita. La primera es la afirmación de la vinculación de los precedentes en tanto que contienen la *Fallnorm* que resuelve un caso. La segunda es que el Derecho no está formado por normas jurídicas abstractas sino por *Fallnormen*.

Ambas hipótesis coinciden en la tesis principal de Fikentscher: la *vinculación metodológica* de los precedentes judiciales. La *Fallnormtheorie* no atribuye más capacidad creativa a los jueces y tribunales en la formación

46 Véase SCHLÜCHTER, E. *Mittlerfunktion der Präjudizien*, citado, p. 118.

47 Véase FIKENTSCHER, W. “Präjudizienbindung”, en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, n. 26, 1985, p. 167.

48 *Ibidem*, p. 175.

49 *Ibidem*.

50 *Ibidem*.

judicial del Derecho, sino que impone a estos una obligación metodológica de usar los precedentes, lo que significa que deben ser interpretados y el caso decidido incorporado a una cadena de casos (similares)⁵¹.

En el Derecho alemán la vinculación metodológica de los precedentes que propone Fikentscher, la *Fallnormtheorie*, encuentra en el artículo 20.3 GG un reconocimiento constitucional: “El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al Derecho”.

Fikentscher entiende que el legislador constitucional ha querido, en primer lugar, reconocer el Derecho como algo separado de la ley; y en segundo lugar reconocer una vinculación al Derecho⁵². Esta no puede calificarse de normativa por el simple hecho de que una disposición jurídica así lo establezca. El gran mérito de la tesis de Fikentscher es reivindicar la vinculación metodológica: el juez está vinculado a los precedentes porque está obligado a interpretar el Derecho. La justificación de esta vinculación es hermenéutica, basada en el límite del significado de la ley (*Wortsinn–Grenze des Gesetzes*)⁵³. El valor vinculante que sostiene Fikentscher no debe entenderse como una vinculación estricta (una posibilidad contradictoria con el reconocimiento de la capacidad creativa de los jueces). El juez tiene la obligación de interpretar los precedentes para decidir un caso concreto. Tiene que seguir los precedentes siempre que no exista una razón evidente para separarse de ellos⁵⁴.

Lo más destacable de la propuesta de Fikentscher es la fundamentación del valor vinculante de los precedentes a partir del reconocimiento de su mera relevancia práctica⁵⁵. Lo logra gracias a la justificación metodológica de esta vinculación y al ámbito hermenéutico o interpretativo en el que adscribe el uso de los precedentes.

Sin embargo, este logro lo es sólo a medias puesto que Fikentscher deja al descubierto cuestiones como el abandono de los precedentes (cuando exista una razón evidente para hacerlo) en la que recae práctica-

51 *Ibidem*, p. 176.

52 Cfr. FIKENTSCHER, W. *Methoden des Rechts*, Mohr, Tübingen, 1977, p. 325.

53 Fikentscher discrepa de Bydlinski y sostiene que “el Derecho no es subsidiario de la ley” (*Ibidem*, pp. 329–330). Más aún, la relación entre el Derecho (suma de normas de los casos) y la ley es de corrección, es decir, el Derecho corrige la ley. Esta tesis sólo es posible dentro del ámbito del significado de la ley de manera que nada obstaculiza el principio de separación de poderes.

54 *Ibidem*, p. 348. Por lo tanto el Derecho judicial sirve, de un lado, para corregir la ley, y de otro para mejorar el Derecho ya que no vincula la norma del caso falsa.

55 Esta es la tesis considerada como insostenible por Larenz para quien no es posible hacer derivar una vinculación jurídica de la relevancia práctica de los precedentes.

mente el peso de la evolución del Derecho (judicial). Precisamente será este aspecto, el abandono de los precedentes judiciales, el núcleo de la tesis de Kriele.

Kriele destaca la relevancia práctica de los precedentes en el ámbito de la justificación de las decisiones judiciales. La teoría de Kriele en relación a los precedentes judiciales gira entorno al concepto de *vinculación presunta* o *presunción (a favor) de los precedentes*⁵⁶. Es éste un concepto que le servirá no tanto para sostener el carácter fonticio de los precedentes cuanto para proponer un cambio en la obligación de fundamentación jurídica (*Begründungspflicht*).

En primer lugar, la presunción de los precedentes se refiere a una evidencia de la práctica jurídica, a la consideración de los precedentes en la aplicación del Derecho. En el ámbito práctico del Derecho alemán hay numerosos ejemplos que sostienen esta afirmación: cuando un tribunal no haya tenido en cuenta el precedente de un tribunal superior a la hora de decidir un caso, se puede recurrir la sentencia por revisión; si un abogado o un notario omiten un precedente su cliente puede demandarlos por negligencia (BGH NJW 1983, 1665); si una sala de un tribunal quiere separarse del precedente establecido por otra sala del mismo órgano judicial se podrá iniciar un procedimiento de divergencia⁵⁷.

En segundo lugar, la presunción a favor de los precedentes es además un principio del Derecho positivo alemán ya que tal práctica ha tenido una acogida en la regulación jurídica⁵⁸. Instituciones como el proceso de divergencia y de revisión, valores como la unidad y coordinación de la jurisprudencia (artículo 95 GG) y el valor que tiene las decisiones judiciales para los órganos inferiores no son sino muestras de la necesaria consideración de los precedentes en la práctica judicial, de la denominada presunción a favor de los precedentes⁵⁹.

De esta regulación jurídica o mejor de la presunción a favor de los precedentes como principio jurídico, parece deducirse que su fundamento es el principio de unidad y coordinación de la práctica judicial. Sin embargo, Kriele señala no sólo uno, sino un conjunto de principios en los que descansa su teoría⁶⁰. El argumento más recurrido por ser quizás el más

56 Cfr. KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, p. 243.

57 Cfr. KRIELE, M. *Das Präjudiz im kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen Rechtskreis*, en *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, CEDAM, Padova, 1988, p. 66.

58 Cfr. LARENZ, K. *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, pp. 248 ss.

59 KRIELE no sostiene la vinculación estricta de los precedentes ni tampoco su carácter vinculante o fonticio.

60 Cfr. KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, pp. 259 y ss.

importante, es el de previsibilidad de las decisiones judiciales y el de seguridad jurídica. A éste se le suma el de economía procesal, el de igualdad en la aplicación del Derecho, el valor de los precedentes para casos futuros y el compromiso entre la ruptura y la continuidad de la práctica judicial. Es precisamente este último fundamento el más relevante para la teoría de la presunción a favor de los precedentes⁶¹ por estar conectado con la continua evolución del Derecho, y ser además el principio que articula un modelo de uso de los precedentes en la práctica judicial.

Según Kriele, cuando el juez aplica principios constitucionales como la libertad, la igualdad o el Estado de Derecho, así como cuando aplica instituciones jurídicas como la responsabilidad por daños o interpreta las cláusulas generales, no se guía (únicamente) por la ley sino también por la interpretación de ésta contenida en decisiones precedentes. Esta consideración de los precedentes, la denominada presunción a favor de los precedentes, es objeto de un tratamiento metodológico por Kriele.

La pregunta central para aplicar un precedente es la de su adecuación al caso que se resuelve⁶². Para ello el primer paso es determinar si y hasta qué punto el precedente es distinto o no del caso concreto, para luego decidir si la diferencia (si existiera) es relevante⁶³. En el caso de que el precedente fuera pertinente (es decir, no existen diferencias relevantes) éste se aplicaría; en el caso de que no lo fuera restaría por determinar si se debe abandonar o modificar⁶⁴.

El método de aplicación de los precedentes no es, para Kriele, una imposición de la teoría a la práctica, sino la sustracción de un método que ya es aplicado en la práctica para hacerlo explícito teóricamente⁶⁵. Su contenido queda resumido en los siguientes pasos⁶⁶:

- La primera labor del juez es el hallazgo del precedente adecuado. Esta cuestión se refiere a la *determinación* de la *ratio decidendi*. Este

61 *Ibidem*, p. 262.

62 *Ibidem*, p. 269.

63 Cfr. KRIELE, M. *Das Präjudiz im kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen rechtskreis*, citado, p. 67. Parece evidente que un método de aplicación de los precedentes debe aportar los criterios que sirvan a la identificación de las similitudes o diferencias relevantes.

64 Es aquí donde el método de aplicación de precedentes refleja claramente su compromiso con la continua formación del Derecho, es decir es un punto medio entre la continuidad y la ruptura del Derecho.

65 Cfr. KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, p. 287.

66 Cfr. KRIELE, M. *Das Präjudiz im kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen rechtskreis*, citado, pp. 71 y ss.

requisito crea un dilema en la aplicación del precedente⁶⁷ porque aplicar un precedente idóneo no es sino aplicar la norma que contiene. Paradójicamente sólo se puede determinar la idoneidad del precedente al conocer la norma que contiene. Kriele intenta resolver este paradoja mediante la elaboración de una hipótesis de la norma (*Normhypothese*) para descubrir la *ratio decidendi* del precedente. La idea es someter esta hipótesis a una prueba continua en su elaboración. No importa que su formulación sea, al inicio, más amplia o reducida del contenido de la *ratio decidendi*. Lo importante es, sin embargo, que su formulación sea siempre provisional y sometida a una constante adaptación con la norma que pretende descubrir.

- El paso anterior conduce a la elaboración de la *ratio* del precedente y por lo tanto de la norma que se aplicará al caso.
- La aplicación de la norma significa su interpretación. Se puede considerar una interpretación amplia o restringida del precedente; o incluso el reconocimiento de la norma del precedente sólo en casos con determinadas circunstancias (*distinguishing*). Gracias a la interpretación de la *ratio* “la interpretación de la ley se clarifica, se perfecciona y se mejora”⁶⁸.
- Existe también la posibilidad de que el precedente aunque adecuado sea incorrecto. En este caso no conviene su modificación (descrita en el paso anterior) sino su rechazo (*overruling*).

La presunción a favor de los precedentes, es decir su consideración en la aplicación de la ley siguiendo el método ya descrito, es, en palabras de Kriele, “el correcto punto medio entre la continuidad y la flexibilidad, entre la seguridad jurídica y la justicia”⁶⁹.

En conclusión, la perspectiva de la vinculación metodológica atribuye a los precedentes un fuerte valor práctico o de hecho que va más allá de la mera ilustración. Además, la propuesta de la vinculación metodológica, y particularmente la elaborada por Kriele, permite explicar el fundamento de tal valor *desde* el mismo razonamiento jurídico, así como elaborar una metodología adecuada que facilite el uso de los precedentes.

Que los precedentes tengan un importante valor (no sólo ilustrativo) en el razonamiento jurídico es algo de lo que da buena cuenta la práctica judicial alemana: se orienta claramente hacia sus precedentes, especial-

67 Cfr. KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, p. 271.

68 KRIELE, M. *Präjudiz im kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen Rechtskreis*, citado, p. 72.

69 KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, p. 287.

mente si provienen de órganos judiciales superiores. Esta “orientación a los precedentes”, usando la terminología de Koch y Rüssmann⁷⁰, tiene sus más determinantes manifestaciones en dos instituciones jurídicas ya analizadas: la prohibición de separación de los precedentes (*Abweichungsverbot*) y la obligación de establecer un criterio de interpretación (*Vorlagenpflicht*)⁷¹.

Aceptada la relevancia práctica de los precedentes queda por explicar el fundamento de su valor así como su uso en el razonamiento de los jueces. El punto de partida es la consideración de la actividad judicial como una actividad eminentemente argumentativa o si se quiere justificativa, de manera que la elección de una solución entre todas las posibles debe justificarse (*Begründungspflicht*). La obligación de justificación no es extraña al Derecho alemán sino que está en perfecta sintonía con el principio de igualdad del artículo 3 I GG, que se debe interpretar como un *mandato de fundamentación de la diferencia*, según el cual un tratamiento desigual de casos semejantes debe siempre justificarse⁷². Resumiendo, para una práctica judicial como la alemana orientada a sus precedentes (prohibición de separación y obligación de establecer un nuevo criterio) y para un razonamiento jurídico de carácter argumentativo, el uso de los precedentes consiste en una *obligación de justificar*. En otras palabras, citar los precedentes no significa tanto mencionar su contenido, sus argumentos, cuanto obligarse a dar razones que justifiquen dicha referencia, especialmente en el caso de abandono o modificación de los mismos.

La metodología del uso de los precedentes como mandatos de justificación de la diferencia ha sido desarrollada por Gusy para quien este mandato se concretiza en:

- la obligación de establecer criterios interpretativos que sirvan a la fundamentación de la decisión judicial (*Pflicht der Dogmatik*);
- la obligación de considerar las decisiones precedentes para argumentar otras futuras (*Pflicht zur Konsistenz der Dogmatik*);

70 KOCH, H-J., H. RÜSSMANN. *Juristische Begründungslehre*, citado, p. 187.

71 Aunque ambas instituciones tengan como fundamento la unidad de la jurisprudencia no creo que sea éste el mismo principio que justifique el uso de los precedentes.

72 Esta interpretación del principio de igualdad como mandato de fundamentación de la diferencia ha sido propuesta por CH. Gusy en su obra “*Richterrecht und Grundgesetz*”, citado, pp. 461 y ss. En relación al discurso jurídico y de manera similar, Alexy considera los precedentes judiciales como reglas de la carga de la argumentación, es decir, reglas que determinan quien debe justificar (véase ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 262 y ss.).

- la obligación, por último, de separarse de los criterios establecidos en decisiones precedentes fundamentando tal separación (*Fortentwicklung der Dogmatik*)⁷³.

El destinatario del mandato del artículo 3 I GG entendido como mandato de justificación de la separación de las decisiones, es el poder judicial de manera exclusiva. En este caso se puede decir que la vinculación de los precedentes es una autovinculación que sólo afecta a los jueces y tribunales del poder judicial.

En definitiva, el contenido de la vinculación de los precedentes fundada en el principio de igualdad del artículo 3 I GG significa que, “las decisiones futuras están vinculadas a las decisiones precedentes hasta el punto de no permitir su separación. Un derecho tal a la separación de las decisiones precedentes sólo se puede considerar cuando pueda invocarse una razón”⁷⁴. La separación justificada de los precedentes significa de un lado la imposibilidad de ser iguales en la injusticia y de otro la obligación de la evolución del Derecho judicial⁷⁵.

IV. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS PRECEDENTES

Si el adecuado análisis teórico de los precedentes judiciales es aquel que destaca su valor o relevancia práctica, y en concreto su uso como mandato de justificación, a continuación se analizará la práctica judicial alemana para comprobar hasta qué punto sus propuestas coinciden con las ya analizadas.

4.1. El reconocimiento de su relevancia práctica

Sólo en contadas ocasiones la jurisprudencia alemana ha abordado explícitamente la cuestión de la naturaleza y el grado de vinculación de los precedentes. Sin embargo, y aunque falta un debate más amplio al respecto, el que hasta ahora ha tenido lugar en la práctica judicial alemana se ha caracterizado por la ausencia de referencias a la vinculación jurídica y el carácter fonticio de los precedentes judiciales. En otras palabras, la jurisprudencia alemana no ha acogido una discusión ni a propósito del tra-

73 Cfr. GUSY, CH. “Richterrecht und Grundgesetz”, citado, p. 468. Kriele también enumera tres pasos para una correcta metodología de los precedentes judiciales cuyo contenido coincide con las tres obligaciones mencionadas por Gusy. En primer lugar se refiere Kriele a la orientación por máximas, es decir la necesidad de establecer la *ratio decidendi* del precedente; en segundo lugar menciona la consideración de esta máxima o *ratio*; y concluye con la imparcialidad del abandono de la misma lo que significa un abandono justificado (cfr. KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, pp. 326 y ss.).

74 GUSY, CH. “Richterrecht und Grundgesetz”, citado, p. 468.

75 *Ibidem*.

tamiento que reciben las decisiones por el Derecho alemán (lo que significa un abandono del análisis que en su momento se denominó “dogmático”) ni tampoco a propósito de su carácter fonticio (con lo que se rechaza también el denominado análisis “teórico” de las fuentes del Derecho). Por el contrario, lo que sí ha destacado en sus esporádicas referencias expresas a los precedentes judiciales es su importancia en la práctica judicial y en el razonamiento jurídico, o si se quiere, ha justificado su valor y uso mediante el Derecho judicial, la función interpretativa de los órganos judiciales, la superación de las lagunas jurídicas y la formación del Derecho.

En este sentido, un ejemplo de la importancia de las decisiones judiciales en la formación del Derecho lo ofrece la decisión del BGH 121, 116, de 13 enero 1993. En este caso, el BGH reconoció al superviviente de una pareja de hecho el Derecho a heredar un contrato alquiler mediante la aplicación del § 569 II 1 BGB (Código Civil alemán), disposición ésta por la que sólo se reconocía un Derecho tal a las parejas unidas por matrimonio. El BGH estimó las pretensiones del recurrente e interpretó analógicamente el § 569 II BGB.

Hay dos argumentos en la mencionada sentencia que explican el valor de las decisiones judiciales en la formación del Derecho, o al menos el valor que el BGH les reconoce. En primer lugar, el Tribunal Federal justificó la interpretación analógica, y por lo tanto la creación de un nuevo criterio interpretativo (el reconocimiento de un Derecho también a las parejas no unidas por vínculos matrimoniales), mediante la existencia de una *laguna jurídica*. Ésta consistía no tanto en la falta de regulación al respecto, cuanto en una regulación poco clara. El legislador, según el BGH, había hecho depender el tratamiento jurídico de una relación de alquiler al *status* de familia. Precisamente este último concepto necesitaba clarificarse a la luz del incremento y aceptación social de las parejas de hecho. En segundo lugar, en la elaboración del nuevo criterio interpretativo (equiparación de las parejas de hecho y las que hayan contraído matrimonio en lo que se refiere a la regulación del § 569 II BGB) pesó la relevancia que tal criterio pudiera tener para la solución de casos futuros, previendo un incremento de las parejas de hecho y de los problemas jurídicos que puedan plantear en el ámbito del Derecho privado.

Los dos argumentos mencionados de la decisión del BGH 121, 116 (superación de lagunas jurídicas y elaboración de criterios para la solución de casos futuros) coinciden con lo ya dicho a propósito de la justificación y formación del Derecho judicial. Ya se explicó que el Derecho judicial se ha justificado en la existencia de lagunas jurídicas y en su necesaria superación mediante la interpretación y aplicación del Derecho. También se señaló que esta actividad permitía la creación de reglas o criterios inter-

pretativos que serán considerados (ya sea para seguirlos, modificarlos o anularlos) en la solución de casos posteriores. Estas coincidencias refuerzan la tesis inicial según la cual la jurisprudencia alemana ha abordado el tema del valor y función de los precedentes en conexión al razonamiento jurídico y ha reconocido su importancia en la práctica judicial.

4.2. La valoración de su seguimiento

El mencionado reconocimiento judicial de la importancia práctica de los precedentes no puede entenderse, a pesar de la intuición de algunos juristas alemanes, como defensa de un sistema de seguimiento esclavista⁷⁶. Buena prueba de ello la ofrece la decisión del BVerfG 19, 38(47) según la cual el principio de igualdad del artículo 3 I GG justifica un seguimiento de los precedentes si los casos (el anterior y el que se decide) son semejantes, al mismo tiempo que sanciona una separación que pueda conducir a decisiones incorrectas. Además aclara que el principio de igualdad no puede interpretarse como una prohibición de separación (prohibición que obligaría a reconocer un sistema “esclavista” de precedentes) porque de esta forma se obstaculizaría la correcta (y necesaria) evolución y formación del Derecho.

En la misma línea de rechazo al sistema de vinculación “esclavista” de los precedentes, se encuentra la decisión del BVerfG 18, 224(237) en la que el Tribunal Constitucional alemán entiende como propio de la naturaleza de los altos tribunales, que en sus decisiones establezcan claramente los principios o los criterios de interpretación (*Vorlagen*), con el fin de facilitar de un lado su seguimiento en casos similares (y por lo tanto garantizar los principios de unidad y seguridad jurídica) y de otro lado su abandono (sirviendo así a la evolución del Derecho). De nuevo hay que insistir que es precisamente en el ámbito de la evolución y formación del Derecho donde más éxito ha tenido la discusión acerca de los precedentes judiciales alemanes.

En el análisis de la práctica judicial realizado por Wagner-Döbler y Philipps, utilizando la base de datos *Juris* se muestra que de las tres formas principales de citar los precedentes: seguimiento, distinción y abandono, es precisamente la segunda, la distinción o la modificación, la más común. Concretamente el análisis de las decisiones de los Tribunales Federales durante el año 1988 muestra que en el 90% de las referencias a decisiones precedentes se distinguió su contenido, mientras que su seguimiento y su abandono ocurrieron en un 6% y en un 4% respectivamente⁷⁷. Sin

⁷⁶ Esta tesis la sostiene SCHLÜCHTER en su obra *Mittlerfunktion der Präjudizien*, citado, p. 50.

⁷⁷ Cfr. WAGNER-DÖBLER, R., L. PHILIPPS. “Präjudizien in der Rechtsprechung: statistische Untersuchungen anhand der Zitierpraxis deutscher Gerichte”, en *Rechtstheorie*, N.º 23, 1992, pp. 237-8.

embargo, los tribunales alemanes no han desarrollado una práctica de modificación de los precedentes⁷⁸. El abandono de precedentes suele ser explícito (BGHZ 56, 97(100)) aunque también es posible el abandono implícito de una línea de jurisprudencia (BHH NJW 1994, 1278).

Este argumento cierra la discusión a propósito de un seguimiento esclavista de los precedentes. Queda ahora por abordar la tarea más difícil: determinar el grado de seguimiento o de vinculación que la práctica judicial alemana haya atribuido a sus precedentes. Debido a la falta de reglas explícitas elaboradas por los jueces, el análisis del grado de vinculación de los precedentes judiciales exige una reconstrucción de aquellas reglas implícitas en las que los jueces parecen basar su práctica.

En el caso de la jurisprudencia constitucional, el BVerfG no atribuye un alto grado de vinculación a sus precedentes porque no los reconoce como Derecho vinculante. En concreto, en su decisión 84, 212 (227) considera que los precedentes judiciales (salvo en el caso del § 31 II GG) no tienen cabida en el artículo 20 III GG que establece el sometimiento del poder judicial a la “ley y al Derecho”, y por lo tanto su separación o abandono no significa la violación del mencionado precepto constitucional. Ahora bien, otros principios constitucionales como la protección de la confianza, la igualdad y la seguridad jurídica fundamentan el seguimiento de los precedentes aunque sólo sea como elemento ilustrativo o como un extra en la argumentación jurídica.

En el caso de la jurisprudencia del BGH, la posición del Tribunal Federal es, si se quiere, más arriesgada que la descrita para el BVerfG. Por un lado, coincide con el BVerfG en el uso que se les deba reconocer en la práctica judicial, concretamente en la interpretación del Derecho y en la formación y evolución de éste. Las decisiones judiciales precedentes contienen criterios de interpretación de la norma que pueden utilizarse en situaciones posteriores cuando la similitud de los casos así lo recomiende. Por eso el tratamiento que ha recibido la prohibición de separación estaba vinculada a la obligación de establecer tales criterios de interpretación, una práctica también aceptada por el BVerfG.

Por otro lado, el BGH ha ido desarrollado otro uso de los precedentes en el razonamiento judicial del que no hay referencias en la jurisprudencia del BVerfG. El BGH inició este desarrollo con la decisión 85, 64(66ff) del año 1982. En ella, el Tribunal Federal se pronuncia sobre la correcta interpretación que “en los límites del sentido de la

78 Cfr. ALEXY, R., R. DRIER, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, citado, p. 54.

ley” corresponde a disposiciones normativas antiguas que experimentan la adaptación a los nuevos tiempos gracias a su interpretación y aplicación judicial. El BGH sostiene que los valores de seguridad jurídica y de protección de la confianza (*Vertrauensschutz*) deben encontrar un justo equilibrio con la evolución del Derecho. Después añade que la ruptura de la continuidad de la jurisprudencia, es decir, el abandono de un precedente, ocurrirá si razones determinantes así lo indicaran. Esta práctica ha sido reiterada por el BGH en decisiones 106, 34(37), 125, 218(222) y 128, 85(91). En todas ellas, se rechaza un abandono o separación de los precedentes al considerar que no concurre razón determinante alguna.

Este uso de los precedentes, que ha sido denominado por Alexy como precedentes *prima facie* vinculantes⁷⁹, se aproxima a la mencionada *obligación de fundamentación*. Significa que en los casos de separación de un precedente o de una línea de precedentes no basta con que el juez elabore un criterio interpretativo que sustituya al anterior, sino que tiene que valorar si existen o no razones determinantes para tal cambio. En otras palabras, el juez tiene que justificar el abandono, de manera que el uso del precedente se convierte en una obligación de fundamentación, en una regla que determina la carga de la argumentación.

Con la decisión del BGH 106, 169 (174) el Tribunal Federal alemán da un paso en la línea iniciada con su decisión 85, 64 y comienza a mencionar las razones que justifican el cambio de criterio interpretativo o el abandono de los precedentes. En concreto se refiere a la necesidad de solucionar cuestiones de dogmática jurídica de capital alcance, y resolver la incoherencia (si tal se diera) de los resultados alcanzados.

Este análisis de la jurisprudencia sirve para reconstruir las dos reglas implícitas que guían el uso de los precedentes en la práctica judicial del BGH. La primera es la aceptación del valor de hecho de los precedentes en el razonamiento jurídico en general y en la interpretación y evolución del Derecho en especial. Este uso *interpretativo* de los precedentes explica la falta de referencias explícitas al carácter fonticio de los mismos o a su vinculación jurídica. La segunda regla destaca el valor de los precedentes en la justificación de las decisiones, concretamente en la justificación del abandono de los precedentes. En este caso, los precedentes son usados como una *técnica argumentativa* que consiste en *mandatos de justificación* de la diferencia, es decir, representa una *regla que determina la carga de la argumentación*⁸⁰.

79 *Ibidem*, p. 30.

80 Cfr. ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 261 y ss.

V. CONCLUSIÓN

Aunque en el uso de los precedentes por el BGH se deba prestar atención al papel de este tribunal como corte de apelación o de casación, lo cierto es que también hay que destacar su papel en el desarrollo y formación del Derecho. En este sentido, un modelo de vinculación estricta de los precedentes es abandonado, pues se percibe como un obstáculo al desarrollo y la formación del Derecho, a pesar de que el BGH no ha elaborado reglas explícitas relativas a la diferenciación y abandono de los precedentes. Para el BGH, los valores de seguridad jurídica y protección de las legítimas expectativas (*Vertrauensschutz*) de un lado, y la evolución del Derecho, de otro lado, deben ponderarse; sólo si surgen razones decisivas, se podrá distinguir o abandonar la decisión anterior. (BGH 85, 64 (66); 106, 34 (37); 125, 218 (222); y 128, 85 (91)). Los precedentes devienen vinculantes *prima facie*⁸¹: son usados tanto para seguirlos como para distinguirlos/abandonarlos. En este último caso, el BGH no sólo exige la elaboración de un nuevo criterio interpretativo que sustituya al anterior, sino, sobre todo, la justificación del abandono o la diferenciación del criterio precedente. El uso de los precedentes es, por todo ello, una cuestión de justificación jurídica⁸².

81 *Ibidem*.

82 En MORAL SORIANO, L. *El precedente judicial*, Marcial Pons 2002, la autora elabora una fundamentación de los precedentes que podría calificarse de justificativa y gradual, que revierte en un uso argumentativo de los mismos. Desde una perspectiva justificativa los precedentes se consideran argumentos o técnicas argumentativas que asisten al juez en el razonamiento jurídico, en la justificación de las decisiones judiciales. Si se considera la actividad judicial como actividad justificativa, y las decisiones anteriores como argumentos o razones, se puede concluir que no existen demasiadas diferencias entre los sistemas de derecho común y de derecho civil. El fundamento de los precedentes debe, además, adoptar un enfoque gradual porque la justa combinación de argumentos pragmáticos (la uniformidad en la aplicación del derecho y la previsibilidad de las decisiones judiciales) y de justicia formal logrará explicar en toda su complejidad su uso en el razonamiento jurídico. En concreto la autora recurre, siguiendo a Perelman, a tres argumentos como fundamentos racionales de los precedentes: el argumento *ab exemplo*, el argumento de autoridad, y la regla de justicia.





JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año III, N.º 5, enero - junio, Lima, 2007

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

- Resumen de las sentencias del Tribunal Constitucional (semestre: enero-julio, 2007)



Resumen de las Sentencias del Tribunal Constitucional (Semestre: enero-junio, 2007)*

ENERO

1. STC N.º 7039-2005-PHC (Caso Sifuentes Mata)

En esta oportunidad, se sometió pasado a consideración del Tribunal Constitucional, vía el proceso constitucional de hábeas corpus, el caso de una paciente de una clínica privada a la que le impidió la salida del lugar, a pesar de haber sido dada de alta, por no haber cancelado el saldo total de los costos originados por su internamiento.

En primer lugar determinó que es competente para conocer el fondo del asunto al no ser de aplicación el numeral 5º del artículo 5) del Código Procesal Constitucional, en tanto que el cese del agravio producido tuvo lugar con posterioridad a la interposición de la misma. Asimismo, tampoco consideró aplicable el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, pues el cese del acto lesivo no se debió a una decisión voluntaria del agresor con posterioridad a la interposición de la demanda, sino a que en virtud del artículo 22º del Código Procesal Constitucional, éste fue consecuencia de una sentencia estimatoria en primera instancia, cuya actuación es inmediata.

En cuanto al fondo de la controversia precisó que el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad personal (artículo 2 inciso 24 de la Constitución) es distinto del que se garantiza mediante la libertad de tránsito o de circulación (artículo 2 inciso 11 de la Constitución) toda vez que mientras que el primero garantiza a todos

la indemnidad frente a injerencias ilegales o arbitrarias que puedan perturbar el desarrollo de la vida individual, familiar o social, el segundo, garantiza el libre tránsito por el territorio nacional sin más excepciones que las constitucionalmente establecidas.

Además señala que el artículo 2 inciso 24 de la Constitución diferencia lo que es un supuesto propio de restricción de la libertad personal de uno que constituye privación de la misma. La garantía de orden judicial o delito flagrante solamente opera respecto de la privación de libertad. En cambio, según el artículo 2 inciso 24 literal b) de la Constitución, la restricción de libertad solamente es posible en aquellos casos previstos por la ley, siempre que ésta sea razonable y proporcionada.

Finalmente, precisa que la prohibición constitucional de privar del ejercicio de la libertad, o en su caso, de restringirla ilegal o arbitrariamente, vincula tanto al Estado como a los propios particulares. En consecuencia, la clínica emplazada, al imponer a los pacientes un procedimiento para la salida del local que supone el previo pago del tratamiento efectuado, vulnera el derecho a la libertad personal, reconocido en el inciso 24) del artículo 2 de la Constitución.

2. STC N.º 1711-2005-PHC (Caso Ramírez Polanco)

En esta ocasión, se sometió a consideración del Tribunal Constitucional, el caso de

* Agradecemos la colaboración en esta Sección de Aldo Blume Rocha, Jocabed Canchari Soto, Hernán Carrillo Claudio, Gonzalo Muñoz Hernández y José Saldaña Cuba.

un empleado de ESSALUD residente de la ciudad de Puno que alegó afectación de sus derechos constitucionales a la integridad, a la salud, y a la vida, por parte de su empleadora, en tanto no se le ha permitido trasladarse a Lima a pesar de que le resulta imperativo ir a dicha ciudad a recibir tratamiento al haberse agravado la enfermedad psicológica que viene padeciendo.

El Tribunal Constitucional declaró fundada. En primer lugar, enfatizó que el modelo de Estado que recoge la Constitución de 1993, a partir de una lectura integral de los artículos 3 y 43, corresponde al de un Estado Social y Democrático de Derecho, que deba limitarse únicamente a la protección de los derechos civiles y políticos, lo cual implica un rol abstencionista de no injerencia en la esfera de libertades de los particulares, sino que le compete también un rol dinámico en aras de garantizar las condiciones que permitan al ciudadano el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. Por consiguiente, la actuación inconstitucional del Estado no solamente puede tener su origen en intromisiones indebidas sino en la omisión de cumplimiento de obligaciones frente a aquellos derechos constitucionales de contenido social.

FEBRERO

3. STC N.º 1776-2004-PA (Caso Morales Medina)

En el presente caso, un trabajador minero solicitó que se deje sin efecto su contrato de afiliación a una AFP y que se disponga su reingreso al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), en virtud de sus derechos constitucionales a la igualdad, a la petición, a la seguridad social, y al libre acceso al SNP. El Tribunal Constitucional, en lo que constituye un cambio de jurisprudencia de singular importancia, dada la materia involucrada y el número de demandas pendientes sobre la misma, declaró fundada la demanda. En primer lugar, precisó que la vía del amparo es la vía idónea para la protección del derecho constitucional al li-

bre acceso a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida y a la integridad; en tanto deviene en condición necesaria para el desarrollo de una vida digna. Así, el derecho a la salud se consolida como un concepto más amplio que la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar una existencia en condiciones dignas, particularmente en lo que se refiere a una vida saludable. Tanto el mantenimiento como el restablecimiento de dichas condiciones son deberes primarios de todo Estado toda vez que el derecho a la salud presenta una doble proyección: como un derecho reaccional o de abstención, en tanto que el Estado y los particulares deben abstenerse de realizar acciones que pongan en peligro la salud, y como un derecho prestacional, en tanto el Estado debe desarrollar políticas públicas para la garantía de dicho derecho.

Finalmente, señaló que, en el marco de los procedimientos administrativos, las autoridades deben obrar siempre teniendo en cuenta los deberes primarios del Estado con respecto a los derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la salud.

bre acceso a las prestaciones de pensiones, aunque dentro de los parámetros establecidos por el precedente vinculante contenido en la STC N.º 1417-2005-PA/TC.

En segundo lugar, sostuvo que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión comprende no solamente la garantía de obtener prestaciones de pensiones de manera universal y progresiva sino también el libre acceso a dichas prestaciones. Esto último significa que los individuos puedan acceder a ellas sin más trabas que aquellas derivadas de su autonomía, precisándose que una vez cumplidos las condiciones y requisitos no se puede negar el acceso al sistema pensionario elegido.

En tercer lugar, afirma que resulta ilógico que el legislador permita el traslado de un sistema pensionario a otro en un solo sentido, del SNP al SPP, máxime cuando se reconoce que el individuo tiene capacidad plena para decidir a qué sistema quiere pertenecer. El problema del eventual colapso del SNP como justificación constitucional de un régimen que no permita la reversibilidad no puede aceptarse como único criterio, cuando no es un dato probado y de por medio se encuentra el derecho al bienestar de un individuo y de su familia.

No obstante, el Tribunal Constitucional admite que hay razones jurídicas, económicas y fácticas que imposibilitan que el retorno al SNP sea irrestricto. En consecuencia, el retorno es pertinente en tres supuestos: i) Si la persona cumplía con los requisitos exigidos para acceder a una pensión (titularidad no ejercida); ii) Si existió falta de información; y iii) Si se está protegiendo labores que impliquen un riesgo para la vida y la salud.

Por último, se estableció claramente que las sentencias que declaren fundada la demanda en aquellos casos, no tendrán como efecto la reincorporación inmediata al SNP sino, el inicio del trámite correspondiente.

4. STC N.º 1333-2006-PA (Caso Romero Quispe)

En esta oportunidad, se sometió a consideración del Tribunal Constitucional, vía proceso constitucional de amparo, el caso

de un ex magistrado a quien el Consejo Nacional de la Magistratura, al amparo del artículo 154 inciso 2) de la Constitución, lo declara no apto para participar en los procesos de convocatoria para la cobertura de nuevas vacantes en la carrera judicial por su condición de magistrado no ratificado.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y, a partir del presente caso, estableció un precedente vinculante conforme al cual, debe entenderse que el artículo 154 inciso 2) de la Constitución no debe entenderse de forma aislada sino conjuntamente con el artículo 2 inciso 2) de la Constitución, razón por la cual no se puede impedir en modo alguno que los magistrados no ratificados postulen nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público, pues el hecho de que en su momento no hayan sido ratificados no debe ser considerado como un impedimento para su reingreso.

En efecto, una interpretación aislada de la Constitución como la realizada por el Consejo Nacional de la Magistratura resulta incoherente por cuanto se estaría admitiendo que la no ratificación, a pesar de su carácter no sancionador, acarrea consecuencias mas gravosas para los magistrados que la destitución por medida disciplinaria. En consecuencia, a través de la emisión del presente precedente vinculante se preserva la coherencia que debe existir entre las distintas disposiciones constitucionales.

MARZO

5. STC N.º 026-2006-PI/TC (Caso Inmunidad Parlamentaria)

En esta sentencia el Tribunal Constitucional desarrolla los alcances de inmunidad parlamentaria con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada por un número de congresistas contra las modificaciones realizadas en el año 2006 al Reglamento del Congreso. Específicamente el Tribunal debió definir: a) si la prerrogativa parlamentaria debe

funcionar o no frente a procesos penales iniciados con anterioridad al cargo de congresista, y b) si los congresistas pueden integrar las comisiones de fiscalización, ética, acusaciones constitucionales, etc. Durante el trámite del proceso penal en su contra.

El Tribunal señala que la importancia de la inmunidad parlamentaria debe estar en relación directa con la protección de la democracia, y por tanto solo en la medida

que la inmunidad proteja a la persona por la función que cumple en la sociedad podrá ser aceptado algún tipo de protección especial desde el punto de vista constitucional. Además se ha señalado al respecto que este tipo de privilegios deben estar sujetos a los condicionamientos que la propia Constitución impone, y cuyo fin es acerca el Parlamento a la población, igualando a los que son congresistas con los que no lo son.

El Tribunal delimita a la inmunidad al ámbito de los delitos comunes y la califica como inmunidad de arresto y proceso. Indica que la finalidad de esta prerrogativa es proteger la libertad personal de los parlamentarios contra detenciones y procesos judiciales que tienen una evidente motivación y finalidad política, por esta razón el Congreso deberá evaluar tales incidencias en cada caso. Concluye, en ese sentido, que la inmunidad no puede considerarse como un derecho o una prerrogativa individual de los congresistas, sino como una garantía institucional del parlamento que protege a la función congresal y al propio Poder Legislativo, es decir una prerrogativa institucional.

En base a esto último se señala que inmunidad parlamentaria solo tendrá sentido si coadyuva con el funcionamiento del Congreso, vale decir en sentido contrario que, perderá su sentido cuando la prerrogativa atente o no contribuya con el desarrollo democrático.

En primer lugar el Tribunal Constitucional concluye que la delimitación temporal de la protección que otorga la inmunidad parlamentaria (amplia o estricta) corresponde hacerla al Congreso de la República conforme a la natural evolución de las instituciones parlamentarias y al fin constitucional que persiguen, ya que la extensión temporal es parte del contenido no esencial de la institución por lo que el legislador tiene amplio margen de decisión.

Y en segundo lugar respecto a la inhabilitación para ejercer el cargo en las comisiones mencionadas, el Tribunal Constitucional consideró que no se desprende de ahí ninguna vulneración a derechos fundamentales toda vez que es razonable que se admitan di-

ferenciaciones en razón de hechos objetivos como es el levantamiento de la inmunidad y que no se trata de sanción alguna sino más bien es una limitación temporal y provisional de la función congresal que tiene como finalidad legítima impedir que las comisiones parlamentarias que desarrollan tareas de fiscalización sean cuestionadas.

6. STC 0006-2006-CC/TC (Caso Casinos y tragamonedas)

En la presente sentencia el Tribunal Constitucional desarrolló el conflicto de competencias por menoscabo y la cosa juzgada constitucional. El Tribunal definió al conflicto de competencias por menoscabo como el proceso constitucional cuya materia de controversia es el hecho de cómo una atribución —cuya titularidad no se discute— está siendo ejercitada; siempre que dicha ilegitimidad pueda ser derivada de una lesión del ámbito de las atribuciones constitucionales que le son ajenas, un impedimento o un menoscabo. En ese sentido, el Tribunal concluye que el ejercicio de la función jurisdiccional del Poder Judicial (al emitir pronunciamiento estimatorio de varias demandas de amparo y cumplimiento) ha producido un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo tales como cumplir y hacer cumplir las leyes, y cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones jurisdiccionales.

Por ello, los efectos se orientan a declarar nulos todos aquellos actos —en este caso jurisdiccionales— viciados de ilegitimidad constitucional por haber sido dictados desconociendo la STC 009-2001-AT/TC y el precedente 04227-2005-PA/TC y dejar sin efecto hasta que la Corte Suprema no se pronuncie siguiendo lo establecido en las citadas sentencias, a las resoluciones judiciales que no han sido sometidas a consulta. De esta forma los efectos de la sentencia trascienden a las partes legítimas en el proceso competencial.

De otro lado, el Tribunal Constitucional define a la cosa juzgada constitucional como aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica,

de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que éste haya realizado de las leyes, de las normas con rango de ley, o de los reglamentos y sus precedentes vinculantes. Según este criterio el artículo 139 inciso 2 protege a la cosa juzgada constitucional siendo insuficiente el solo hecho que estén presentes sus elementos formal y material.

7. STC N.º 2700-2006-PHC/TC (Caso Polay Campos)

Víctor Polay Campos, líder del MRTA, presenta demanda de hábeas corpus contra el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Defensa, el Presidente del comité técnico del Centro de Reclusión Especial de la Base Naval del Callao y el Jefe del Centro de Reclusión de máxima seguridad de la base naval del Callao alegando vulneraciones a sus derechos a la vida, dignidad, integridad física y psicológica, a la resocialización reeducación y rehabilitación como fines de la pena.

Todo esto en virtud de que se encuentra recluso en un establecimiento militar cuando le correspondía estar recluso en un establecimiento civil, que la distribución de reos dentro del establecimiento penitenciario es inadecuado pues no se han tomado en cuenta antagonismos ideológicos y políticos que existen entre los miembros del MRTA y Sendero Luminoso, y que en todo el tiempo que lleva recluso (más de 13 años) le han denegado sus derechos a la libertad de culto, a ser asistido por un consejero espiritual, libertad de expresión e información y a los beneficios penitenciarios.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional describió el proceso como un hábeas corpus

correctivo, es decir, como un tipo de hábeas corpus en el que se alega la vulneración de cualquier derecho fundamental cuya afectación tenga conexión directa con el derecho a la libertad personal.

En primer lugar el Tribunal señaló que el establecimiento en el que se encuentra recluso el demandante no es un establecimiento militar ya que no puede considerarse así por el único hecho de que la administración esté a cargo de efectivos de la Marina de Guerra del Perú.

Con relación a la distribución inadecuada dentro del establecimiento, el Tribunal estimó que no hay tal afectación ya que la clasificación de los internos se realizó en base a criterios objetivos y técnicos de elaborar y determinar el programa de tratamiento individualizado que se adecue de cada interno. Además, como se expresa en la sentencia, según la legislación la orientación ideológica y política no son criterios técnicos de clasificación de los internos.

Respecto de la vulneración a su derecho a la libertad religiosa el Tribunal Constitucional estimó la demanda pues consideró que el haberle negado la asistencia de un consejero espiritual vulnera este derecho. El citado colegiado amparó este extremo de la demanda pues el derecho a la libertad religiosa comprende tanto el derecho a practicar los actos de culto y como a recibir dicha asistencia correspondiente, sin que se atente contra el orden público o la moral pública.

Finalmente desestimó la pretensión en los puntos referidos a la supuesta vulneración de derechos tales como a la información y a la libertad de expresión, así como en lo referido a los beneficios penitenciarios por considerar que éstos no constituyen derechos fundamentales subjetivos.

ABRIL

8. STC N.º 1014-2007-PHC/TC (Caso Federico Salas)

En el presente caso el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la demanda de

hábeas corpus presentada por Federico Salas quien alegó vulneración a sus derechos al debido proceso y a la defensa, por lo que solicitó se declare la nulidad de la resolución que confirma la sentencia

judicial que lo condena a tres años de pena privativa de libertad suspendida y le ordena el pago de una reparación civil de tres millones de nuevos soles, por los delitos de falsedad ideológica y asociación ilícita para delinquir en calidad de autor, y el delito de peculado en calidad de cómplice.

Alégo a su favor que no se le ha permitido presentar un peritaje técnico respecto de una firma suya en un documento que ha sido presentado como prueba en el proceso. El Tribunal delimitó su competencia señalando que no le corresponde determinar responsabilidad penal de una persona ni la calificación del tipo penal en el que se subsume la conducta de del imputado, o la valoración de los medios probatorios aportados al proceso, pues esos son ámbitos de competencia de la jurisdicción penal ordinaria, indicando que su labor se limitó a controlar desde un canon de interpretación constitucional, si en el ejercicio de la función jurisdiccional se ha vulnerado o no un derecho fundamental específico.

En base a estas premisas analizó la supuesta vulneración al derecho al debido proceso específicamente al derecho a probar, concluyendo que no existe tal violación por lo que declaró infundada la demanda. Sustentó su decisión reconociendo que el derecho al debido proceso incluye tanto el derecho a presentar pruebas como el derecho a controvertir las mismas y a que el tribunal resuelva dichas contradicciones. Sin embargo consideró que tal derecho (a controvertir las pruebas) había sido respetado en la medida que el demandante ha venido ejerciendo este derecho tanto al interior del procedimiento parlamentario de acusación constitucional como en el propio proceso penal.

Finalmente señaló que no existe violación a la garantía de la interdicción de la *reformatio in peius* en caso el Ministerio Público impugne, supuesto en el cual es posible, segunda instancia, se le sancione aún más gravemente.

9. STC N.º 00005-2006-PI/TC (Caso FEDADOI)

En esta oportunidad el Tribunal Constitucional desestimó la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 2º, 4º, 5º, 6º y 7º de la Ley N.º 28476, y por conexión, contra los artículos 5º y 10º del Decreto de Urgencia N.º 122-2001. Luego de confirmar la presencia de una dimensión subjetiva en el proceso de inconstitucionalidad, el citado colegiado desestimó lo petitionado toda vez que no se ha vulnerado el derecho al debido proceso, ni el derecho de defensa, ni el derecho de acceso a la justicia, ni el derecho de acceso a una jurisdicción predeterminada, ni el derecho de propiedad —que según fluye de lo actuado en la presente sentencia difiere del derecho a la pensión—, ni el derecho a la igualdad, ni el de protección al ahorro de la demandante.

No obstante lo expuesto, la referida sentencia dejó a salvo el derecho de la recurrente a cuestionar en la vía correspondiente la titularidad del dinero repatriado en el Poder Judicial, el mismo que, según refiere el representante de los demandantes, le fue extraído ilícitamente, valiéndose, para tal efecto, de todos los mecanismos que el Ordenamiento Jurídico le franquea.

10. STC N.º 0031-2005-PI/TC (Caso ropa y calzado usados)

En el presente proceso de Inconstitucionalidad iniciado por el Presidente de la República Alejandro Toledo contra el Gobierno Regional de Tacna para que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza del Gobierno Regional de Tacna N.º 009-2005-CR/GOB.REG.TACNA, que autorizaba la libre comercialización de ropa y calzados de segundo en 4 distritos de Tacna, irrigándose una competencia que correspondía al Gobierno Central, el Tribunal Constitucional para realizar el test de competencia afirmó los principios que deben tenerse en cuenta para determinar la competencia:

- Principio de unidad (de acuerdo con este principio, el Estado peruano

es unitario y descentralizado), que incluye los Principios de cooperación y lealtad regional y nacional (que deriva deberes concretos tanto para el Gobierno Nacional así como para los Gobiernos Regionales; el Gobierno Nacional debe cooperación y colaboración con los Gobiernos Regionales; y, los Gobiernos Regionales no pueden afectar, a través de sus actos normativos, fines estatales; por ello no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales que se derivan de la Constitución); los principios de taxatividad y cláusula de residualidad (involucra que las competencias regionales sólo serán aquellas que explícitamente estén consagradas en la Constitución y en las leyes de desarrollo de descentralización (taxatividad), de modo que lo que no esté señalado en ellas, será de competencia exclusiva del Gobierno Central (residualidad); los principios de control y tutela (implica que los Gobiernos Regionales y Locales están sujetos a instancias de control y tutela por parte de órganos nacionales competentes)

- Principio de competencia que está estructurado por el principio de distribución de competencias (ya que, en el Estado unitario y descentralizado regional, la potestad normativa está distribuida entre órganos nacionales y regionales, además de los locales, donde la autonomía político-normativa de los Gobiernos Regionales conlleva la facultad de crear derecho y no sólo de ejecutarlo, lo cual se rige por el principio de competencia) y el bloque de constitucionalidad, que determina las normas que sirven de parámetro para el control de las normas, conforme a la constitución, que se rige por dos parámetros de constitucionalidad para Ordenanzas Regionales: parámetro natural, conformado por

la Constitución, Ley de Bases Para la Descentralización y Ley Orgánica de Gobiernos Regionales; y, parámetro eventual, conformado por otras leyes o normas con rango de ley, que serán de aplicación dependiendo de las materias que aborde la ordenanza.

- Principio del efecto útil y poderes implícitos, que implica que si una norma confiere una competencia a los Gobiernos Regionales, debe entenderse que contiene normas implícitas de subcompetencia para reglamentar la norma legal, sin las cuales el ejercicio de la competencia conferida a los Gobiernos Regionales carecería de eficacia práctica o utilidad. El principio del efecto útil, así, pretende flexibilizar la rigidez del principio de taxatividad, de modo que la predeterminación difusa en torno a los alcances de una competencia por la ley orgánica o la Constitución no termine por entorpecer un proceso que, en principio, se ha previsto como progresivo y ordenado conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias.
- Principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos que determina que sobre el legislador nacional pese un mandato constitucional que lo obliga a no adoptar medidas regresivas que posterguen el proceso de regionalización o dificulten irrazonablemente la asignación adecuada de competencias y transferencia de recursos del Gobierno Nacional a los Gobiernos Regionales y Locales, conforme enuncia el artículo 188 de la Constitución; en la medida, claro está, de que exista disponibilidad presupuestal y de gasto público para tales efectos.

Realizado el test de competencia usando como parámetro los artículos 192, 118 incisos 3, 11 y 20 de la Constitución, el artículo 25 y 26.1 de la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley N.º 28514 (parámetro eventual de constitucionalidad)

que prohíbe a importación de ropa y calzados usados, salvo que sea con fines humanitarios o sociales sujetándose a las normas sanitarias y comerciales sobre la materia, se determinó la inconstitucionalidad de la ordenanza 009-2005-CR-GOB.REG. TACNA, determinando que el Gobierno Central tiene competencia para regular

las importaciones, que deben realizarse conforme a la política nacional y local de desarrollo, además que los gobiernos regionales no son entes autárquicos y deben coordinar acciones con el Gobierno Central. El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda e inconstitucional la referida ordenanza.

MAYO

11. STC N.º 07281-2006-PA/TC (Caso Terrones Cubas)

El Señor Santiago Terrones Cuba interpuso demanda de amparo contra AFP Horizonte, solicitando su desafiliación del sistema privado de pensiones por cuanto los promotores de la AFP le habían proporcionado información distorsionada para su afiliación. Asimismo solicita que se le devuelva los ilegales aportados, así como sus respectivos intereses legales, y que se le entregase el bono de reconocimiento a la ONP, y costas y costos del proceso.

El Tribunal retomando los argumentos esgrimidos en la STC 1176-2004-AA/TC sobre los supuestos en que se puede retornar al Sistema Nacional de Pensiones: a) Si la persona cumplía los requisitos establecidos para acceder a una pensión en el SNP antes de trasladarse a una AFP; b) Si se están protegiendo labores que impliquen un riesgo para la vida o la salud; y, c) Si no existió información o si ésta fue insuficiente para que se realizara la afiliación; y que el efecto de la sentencia del Tribunal Constitucional no producía desafiliación automática, sino que implicaba ordenar a las autoridades encargadas del trámite de desafiliación la habilitación de tal procedimiento.

Ahora bien en esta sentencia se amplía y especifica el contenido de la falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación, sustentada en el artículo 65 de la Constitución —usado para proteger el derecho de los consumidores— que procura una decisión informada, garantiza que la información otorgada sea veraz,

suficiente, completa y de fácil acceso, más aun cuando con la falta de ésta vulnero derechos fundamentales contenidos en los artículos 10 y 11 de la Constitución (derecho a la seguridad social y acceso libre a las prestaciones de salud y pensiones). Siendo así se entiende que el derecho de acceso a la pensión (contenido esencial del derecho a la pensión) se encuentra garantizado en tanto se realice sobre la base de una decisión informada, donde la información equivocada de parte de la AFP o el Estado debe ser entendida dentro de la causal de falta o insuficiencia de información.

Además se dispuso como precedente vinculante que los procesos donde se incurra en falta o insuficiencia de información que se encuentre en trámite tanto ante el Poder Judicial como Tribunal Constitucional, se remitan a la autoridad administrativa a fin de iniciar el trámite de desafiliación regulado por Ley N.º 28991. Del mismo modo se estableció con carácter de precedente vinculante que en tanto se pronuncie el reglamento de la Ley N.º 28991 que establezca el procedimiento para desafiliación, se tramite supletoriamente mediante el procedimiento del artículo 52 de la Resolución N.º 080-98-EF-SAFP, teniendo en cuenta los fundamentos 32 al 36 de la Sentencia.

Es así como el TC declara improcedente la pretensión de desafiliación automática y fundada en cuanto se ha vulnerado su derecho a libre acceso a las prestaciones pensionarias y dispone el inicio del procedimiento administrativo para su desafiliación conforme el precedente vinculante que establece.

12. STC N.º 03797-2006-PA/TC (Caso ITAN)

En el presente caso, el Tribunal Constitucional desestimó la demanda debido que la manifestación de riqueza gravada por el ITAN, no es la renta sino el patrimonio, razón por la cual, los cuestionamientos vinculados a la confiscatoriedad del tributo no resultaron amparables pues las eventuales pérdidas que la demandante haya podido sufrir no se encuentran relacionadas directamente con el derecho de propiedad de la demandante.

Por tanto, carece de asidero lo argüido por la demandante en el sentido que el citado tributo, en realidad, es un anticipo del Impuesto a la Renta, al reafirmarse, una vez mas, la legitimidad de la imposición sobre los activos empresariales toda vez que quien detenta la potestad tributaria tiene un amplio margen de actuación, siempre que respete lo previsto en el artículo 74º de nuestra Constitución, más aún cuando el citado tributo excluye a una serie de contribuyentes de su ámbito de aplicación así como las depreciaciones y amortizaciones, y una alícuota progresiva.

13. STC 04853-2004-PA/TC (Caso Amparo contra amparo)

En la presente sentencia, el Tribunal Constitucional, a través de la figura del precedente constitucional, introduce dos modificaciones a las reglas procesales en materia de “amparo contra amparo”, y el recurso de agravio constitucional “excepcional” contra la sentencia de segunda instancia que desconoce o pasa por alto lo dispuesto en algún precedente vinculante.

Luego de analizar la manera como el amparo contra amparo ha sido desarrollada en la Ley de Habeas Corpus y Amparo, el mencionado Tribunal fundamenta ambas figuras sobre la base de un replanteamiento de la interpretación que se le ha venido dando al numeral 2) del artículo 200º de nuestra Constitución y la doble

dimensión y finalidad de los procesos constitucionales, se indican cuáles serían los supuestos en los que cabría esta figura, como son:

- Sentencia estimatorias de segundo grado que afectan derechos fundamentales.
- Sentencias estimatorias que desconocen la doctrina constitucional establecida en su jurisprudencia.
- Decisiones denegatorias de segundo grado que afectan derechos de terceros que no han intervenido en el proceso y del recurrente que no ha tenido ocasión de interponer el respectivo recurso de agravio

Sin embargo, excluye de todo cuestionamiento vía proceso de amparo, a las resoluciones que ha emitido. De otro lado, en relación al recurso de agravio extraordinario contra los desacatos a los precedentes vinculantes, el citado fallo posibilita a los recurrentes o a terceros afectados por el fallo a interponer recursos de agravio constitucional frente a sentencias estimatorias de segundo grado siempre que no hayan participado del proceso sea porque no fue emplazado o porque tras solicitar su incorporación, ésta le haya sido denegada.

14. STC 679-2005-PA/TC (Caso Martín Rivas II)

El presente proceso de amparo iniciado por Santiago Martín Rivas contra el Consejo Supremo de Justicia Militar en el que alegó la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la cosa juzgada, a la amnistía y del principio de seguridad jurídica, a fin de que se deje sin efecto: a) la resolución de fecha 17 de octubre de 2001, mediante la cual —en aplicación de la Ley de Amnistía N.º 26479— se anula la resolución que dispuso el archivo definitivo de su proceso, y b) la resolución de fecha 13 de octubre de 2003, que declara improcedente la nulidad deducida contra la resolución de fecha 17 de octubre de 2001.

Manifestó que en el año de 1995 la Sala de Guerra le concedió el derecho de amnistía por los hechos ocurridos en torno al denominado *Caso La Cantuta* (causa N.º 157-V-93). Dicha medida fue elevada en consulta a la Sala Revisora de la Justicia Militar, la misma que aprobó el archivo definitivo del proceso. No obstante, con fecha 17 de octubre de 2001, la demandada reabrió el caso, anulando la ejecutoria suprema que disponía su archivo definitivo y, posteriormente, desestimó el recurso de nulidad interpuesto por el recurrente.

Ahora bien, en el caso de autos El Tribunal Constitucional establece criterios para la legitimidad de las leyes de amnistía, sólo cuando se produzca mediante una norma emanada del Congreso, en términos de generalidad y abstracción (que diferencian la amnistía del indulto) respetando el principio-derecho de igualdad jurídica ni que puedan expedirse contraviniendo obligaciones internacionales ni jurisprudencia internacional sobre derechos humanos.

En consecuencia, las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492, son contrarias a las obligaciones asumidas por el Estado razón por la cual carecen *ab initio* de efectos jurídicos, y por consiguiente se encuentran imposibilitadas de generar cosa juzgada constitucional.

15. STC 5994-2005-PHC/TC (Caso Centro de Orientación Familiar)

En el presente caso, el Centro de Orientación Familiar (COFAM) interpone demanda de habeas corpus contra la Municipalidad de La Molina solicitando se paralicen las obras y ordene la demolición de la instalación de un cerco perimétrico “ecológico” ubicado en medio de la calle Bucaramanga, colindante con los distritos Ate y La Molina por que vulnera la Libertad de tránsito de los ciudadanos.

El Tribunal determinó que el habeas corpus en discusión corresponde al de un *tipo restringido*, por ser una restricción a la

libertad individual distinta a los supuestos de detenciones arbitrarias o indebidas. De igual forma determinó el contenido del bien jurídico “seguridad ciudadana” como “un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza, o reparados en caso de vulneración o desconocimiento”. Ante la existencia de un bien jurídico y un derecho, ambas categorías deben integrar sus roles en función a los grandes valores y principios proclamados desde la constitución.

La vía de tránsito público es aquel espacio que desde el Estado haya sido estructurado como referente para el libre desplazamiento de personas, por lo que en principio no hay restricción o limitación sobre la locomoción de los individuos puesto que su pertenencia le corresponde a todos. Sin embargo pueden ser objeto de regulaciones y restricciones por parte del Estado y particulares, pero cuando provengan de estos últimos es necesario que exista una justificación debidamente, el establecimiento de mecanismos o medidas de seguridad vecinal no resultan *per se* inconstitucionales salvo que dicho mecanismo resulte irrazonable, desproporcionado o lesivo a cualquier derecho constitucional.

En tal sentido el TC considera que la malla cuestionada resulta ilegal al haberse implementado en forma unilateral encontrarse en el límite de Ate y La Molina mas aun cuando lo que se pretende es seccionar la vía como si cada distrito fuere una propiedad privada, lo que es inadmisibles, caprichoso y temerario.

Finalmente señala que un mecanismo de seguridad no deberá suponer una privación absoluta de la libertad de tránsito o de locomoción ni tampoco la adopción de mecanismos irrazonables o desproporcionados como el cuestionado en el caso.

JUNIO

16. STC N.º 03605-2005-AA

(Caso Anaya Cruz, pensión y uniones de hecho)

El Tribunal determina que no se puede tratar por igual al matrimonio de las unión hecho, pues al ser situaciones disímiles deben ser tratada en forma desigual, motivo por el cual no le son aplicables los efectos pensionales propios de matrimonio.

17. STC N.º 06089-2006-PA/TC

(Caso Express Cars)

En el presente caso, el Tribunal Constitucional confirmó la constitucionalidad material del régimen de percepciones a la importación de autos usados toda vez que (i) no resulta confiscatorio, (ii) su aplicación no conlleva un trato discriminatorio respecto de los importadores de autos nuevos. De acuerdo con la citada sentencia, en un Estado Social y Democrático de Derecho los tributos no solo cumplen con una finalidad meramente recaudadora, tan es así que en algunos casos pueden admitirse excepcionalmente la creación de tributos con fines extrafiscales, siempre que no se desconozca el principio de capacidad contributiva.

En ese sentido y en aras lograr una participación igualitaria en el sostenimiento de los gastos públicos, resulta constitucionalmente admisible la creación de este tipo de regímenes, en tanto solo constituyen un sistema de anticipos de un tributo, al que posteriormente se estará afecto, por tal motivo, el perjuicio económico alegado por la recurrente carece de sustento en vista que dicho pago carece de carácter definitivo, mas aún cuando la importación de dichos bienes ha sido realizada con la finalidad de venderlos en el mercado doméstico, resultando impensable que dicha operación no se materialice en el futuro. En esa línea, estando a que la recurrente no ha acreditado efecto confiscatorio alguno, tan es así que nunca solicitó la devolución de los mismos, se desestimó

el alegato referido a los efectos confiscatorios de la medida.

Por otro lado, dado que el citado régimen superó el Test de Proporcionalidad en el examen de un supuesto eventual de contravención al derecho-principio de igualdad pues si bien existe una norma diferenciadora y dos situaciones de hecho, la intervención normativa es leve, persigue un fin constitucionalmente legítimo, como es, combatir la evasión idóneamente. Por ello, en tanto no existe mecanismo menos gravoso para tal efecto, y no se aprecia que la medida adoptada sacrifique principio o derecho fundamental alguno del recurrente, se desestimó tal alegato.

A pesar de que el citado colegiado advirtió, que tanto la regulación del agente de percepción como la del monto de la percepción, ni siquiera habrían sido regulados a través de un decreto supremo sino mediante resolución de superintendencia, vulnerándose de esta forma el principio de reserva legal, suspendió los efectos de su fallo hasta el 31.12.2007 para que el Legislador subsane dicho vicio, a fin de que el evitar los efectos negativos en la lucha contra la evasión y en la propia recaudación del IGV.

18. STC N.º 00010-2006-PI

(Caso Colegio Medico del Perú)

Este proceso de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional analizó el principio de idoneidad y necesidad como el resultado de la entrada en vigencia de una norma legal si esta vulnera la autonomía universitaria, la autonomía de los Colegios Profesionales el Tribunal Constitucional al hacer un análisis en cuanto al principio de idoneidad y necesidad sostiene que estos principios no se realizan de manera aislada sino forman parte de test de proporcionalidad o razonabilidad y sólo se utiliza en los casos donde los derechos o bienes constitucionales se encuentran en aparente conflicto o cuando se discute la

razonabilidad de una medida que tiene como efecto la restricción de derechos fundamentales.

En cuanto a la autonomía universitaria, este ámbito de actuación está sujeto a la Constitución y las leyes y el contenido constitucionalmente protegido se manifiesta en los planos de régimen normativo, régimen de gobierno, régimen académico, régimen administrativo y régimen económico. En cuanto a la autonomía de los Colegios Profesionales, el Tribunal manifiesta que la autonomía se lleva a cabo en

los ámbitos de autonomía administrativa para establecer su organización interna, autonomía económica lo cual permite determinar sus ingresos propios y su destino y es autonomía normativa que se materializa en la capacidad de laborar y aprobar sus propios estatutos, claro está dentro del marco constitucional, por consiguiente la competencia para establecer la denominación de un colegio profesional, no está referida a ninguna de los aspectos del autonomía de los colegios profesionales estas competencia de legislador.



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año III, N.º 5, enero - junio, Lima, 2007

Jurisprudencia Constitucional Comparada

- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia
N.º C 131-93



Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N.º C 131-93

DEMANDA-INADMISIÓN

El procedimiento constitucional establece que las demandas incorrectamente presentadas serán inadmitidas, siendo obligación del magistrado sustanciador, en ejercicio de la dirección y control del proceso, señalarle claramente al actor el trámite correcto y las enmiendas que es necesario introducir, antes de rechazar dicha demanda. Tal previsión permite que el actor corrija su demanda y el proceso constitucional se desenvuelva normalmente. Luego en todo momento queda salvaguardado el derecho político del ciudadano demandante.

PREVALENCIA DE NORMAS CONSTITUCIONALES

No todas las normas jurídicas de un ordenamiento tienen la misma jerarquía. Existe entre ellas una estratificación, de suerte que las normas descendentes deben sujetarse en su fondo y en su forma a las normas superiores. La no conformidad de una norma con sus superiores jerárquicas la convierten en derecho positivo susceptible de ser retirado del ordenamiento, que tiene la virtud incluso de hacer desaparecer del mundo jurídico la norma así imperfectamente expedida mediante los controles pertinentes. La Constitución es la primera de las normas. Es por ello que cualquiera otra norma jurídica, así sea expedida por el operador jurídico más modesto de la República, debe sujetarse en primer lugar a la Constitución.

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD/COSA JUZGADA/ JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-OBLIGATORIEDAD

La sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria. Únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada. Poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita. Goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución y goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos. La parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar —no obligatorio—, esto es, ella se con-

sidera obiter dicta. Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia. La ratio iuris se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política. La palabra “obligatorio” del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 se opone a los artículos 241 y 230 de la Constitución.

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD-Efectos

Sólo la Corte Constitucional, ciñéndose a la preceptiva superior, puede fijar los alcances de sus sentencias.

REF: Demanda N.º D-182

Norma acusada: Decreto 2067 de 1991, artículo 2 en sus numerales 2, 3, 4 y 5; y artículo 23 parcial

Actores: ANDRES DE ZUBIRIA SAMPER y LIZETTE ARBELAEZ JOHNSON

Magistrado Sustanciador:

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santafé de Bogotá, abril 1 de mil novecientos noventa y tres (1.993).

La Corte Constitucional de la República de Colombia,

EN NOMBRE DEL PUEBLO Y POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la demanda instaurada por los ciudadanos ANDRES DE ZUBIRIA SAMPER y LIZETTE ARBELAEZ JOHNSON, en acción pública de inconstitucionalidad radicada con el N.º D-182.

I. ANTECEDENTES

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confirió el artículo 23 transitorio, de la Constitución Política de Colombia, expidió el Decreto 2067 de 1991, que regula el procedimiento de los procesos constitucionales.

Los artículos 2 —inciso 2— y 23 —en forma parcial— de esta Ley fueron demandados en acción pública de inconstitucionalidad.

1.1. De la demanda

Los ciudadanos ANDRES DE ZUBIRIA SAMPER y LIZETTE ARBELAEZ JOHNSON formularon la demanda de la referencia contra el Decreto 2067 de 1991 en los apartes que a continuación se subrayan:

DECRETO NUMERO 2067

(septiembre 4 de 1991)

Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional.

ARTICULO 2.— Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado y contendrán:

1. El Señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas.
2. El Señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas.
3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados.
4. Cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado.
5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

En caso de que la demanda sea presentada a petición de una persona natural o jurídica, el demandante deberá indicarlo en la demanda.

ARTICULO 23.— La doctrina Constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar *obligatorio* para las autoridades y corrige la jurisprudencia.

Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explicadas en la sentencia.

En primer lugar, en relación al artículo 2 atacado, consideran los demandantes que se ha violado el artículo 40 de la Carta, esencialmente el numeral 6, que consagra el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político; no puede ser viable desde ningún

punto de vista que el ejecutivo restrinja los derechos que ha consagrado la Constitución para los ciudadanos. Agregan los actores que la acción pública de inconstitucionalidad fue consagrada para que todos los ciudadanos colombianos tuvieran acceso a ella, de manera que su ejercicio no se restringiera a un grupo reducido de personas en particular, ya fuera en función de su capacidad económica, intelectual o técnica.

Señalan los demandantes que el constituyente le otorgó facultades al Presidente de la República para tomar las medidas administrativas necesarias para el funcionamiento de la Corte Constitucional, según se consagra en el artículo 5 transitorio de la Carta; sin embargo el ejecutivo estableció condiciones y requisitos especiales para interponer ante la Corte Constitucional la acción pública de inconstitucionalidad, limitando de esta manera el derecho que la Carta había otorgado a todos los colombianos, por que no puede pensarse que un ciudadano común y corriente tenga los elementos técnicos y los conocimientos para darle cumplimiento a los requisitos que impone la norma acusada. En resumen, afirman los actores, se ha cambiado el sentido de la acción pública, pues se ha convertido en la práctica en una “acción imposible”.

En segundo lugar, respecto del artículo 23 del mismo Decreto 2067 de 1991, afirman los actores que con tal norma se viola el principio constitucional de las fuentes auxiliares de la actividad judicial, pues sólo la ley que emana del órgano legislativo es criterio imperativo obligatorio para el juez, mientras que la misma Constitución establece criterios auxiliares de la justicia, que son: la doctrina, la jurisprudencia, la equidad y los principios generales del derecho.

En cuanto al concepto etimológico de obligatoriedad, que es la palabra incluida en el texto acusado, los demandantes señalan que lo que es obligatorio de ninguna manera puede ser auxiliar pues en tanto que el primer concepto enseña que algo debe realizarse bajo coacción, el segundo es el término antónimo.

1.2. Del concepto del Ministerio Público

a) Sobre la solicitud de inconstitucionalidad del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, el Ministerio Público estima que tal norma es conforme con la Carta, por los siguientes motivos:

El control que tiene la Corte Constitucional es de carácter jurisdiccional y por este motivo, en desarrollo de la acción pública de inconstitucionalidad, debe llevarse a cabo un proceso que está sometido a principios fundamentales de carácter procesal.

En el proceso constitucional deben existir unos principios procesales que orienten la actividad de los sujetos procesales; dichos lineamientos

son un derrotero a seguir para que la actuación que se surta tenga un mínimo de orden y celeridad, para lograr la finalidad prevista por el ordenamiento jurídico y de esta manera garantizar la eficacia de los derechos constitucionalmente protegidos.

La vista fiscal añade que los requisitos exigidos por la norma acusada no son de orden técnico, pues sólo es necesario hacer un relato en forma sencilla y coherente, sin necesidad de ser experto en la materia.

b) Sobre la solicitud de la inconstitucionalidad del artículo 23, que consagra que la doctrina de la Corte Constitucional se tendrá como criterio auxiliar obligatorio, el Procurador conceptúa que tal norma es inconstitucional con fundamento en los siguientes motivos:

Cuando la Corte Constitucional decide sobre un asunto de su competencia lo hace única y exclusivamente para el caso concreto, sin que sea posible que los argumentos expuestos o la doctrina enunciada en el cuerpo de la sentencia sea de obligatorio cumplimiento para las autoridades en casos distintos.

Agrega el Ministerio Público que el control constitucional establecido en la nueva Carta es de carácter difuso, pues al Consejo de Estado también le corresponde realizarlo, de suerte que él no es una competencia exclusiva de la Corte Constitucional. La vista fiscal añade que en la Constitución no se hace distinción alguna para jerarquizar los criterios auxiliares de la actividad judicial, “y donde la Constitución no distingue no le es dable distinguir al intérprete”.

1.3. De la intervencion del Ministerio de Justicia

En ejercicio de la facultad que el procedimiento constitucional establece para la intervención de terceros, el Ministerio de Justicia presentó escrito en el negocio de la referencia mediante apoderado especial, para justificar la constitucionalidad de las normas acusadas con base en las siguientes razones:

El decreto acusado no fue expedido, como se argumenta en la demanda, con base en el artículo 5 transitorio de la Constitución, sino en el artículo 23 transitorio de la misma, que faculta al Presidente de la República para expedir el régimen procedimental que deba surtir ante la Corte Constitucional. Por esta razón el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 se expidió “buscando dotar a los ciudadanos de los instrumentos necesarios y adecuados para contar con una participación activa en la protección de sus derechos...”

En cuanto al artículo 23 del mismo Decreto, que señala la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional, manifiesta que cuando la Corte Constitucional se pronuncie sobre un punto específico de la Constitución está expresando su verdadero sentido y alcance mediante un fallo que, de

conformidad con el artículo 243 de la Carta, hará tránsito de cosa juzgada constitucional. Tal calidad de las sentencias constitucionales las convierte en un criterio auxiliar obligatorio, en virtud del principio de la supremacía constitucional, de que trata el artículo 4 de la Constitución. De conformidad con el artículo 230 de la Constitución, el sentido de la palabra “ley” es amplio, pues en ella debe incluirse la Constitución —que es la norma de normas—. Es por este motivo que los fallos de la Corte Constitucional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional cuando se produzcan en ejercicio del control jurisdiccional.

Cumplidos como están los trámites previstos en la Constitución y en el Decreto 2067 de 1.991, procede la Corte a decidir el asunto por medio de esta sentencia.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, por las siguientes razones:

Primero, el artículo 3 de la Constitución establece que todos los poderes constituídos derivan sus competencias de la Carta. Ello es la expresión propia de un Estado social de derecho —artículo 1 CP—, en el que las competencias son regladas con el fin de evitar la arbitrariedad y permitir el control de los actos de los gobernantes.

Ahora bien, el artículo 23 transitorio de la Constitución facultó al Presidente de la República para que “dicte, mediante decreto, el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.

En virtud de tal autorización justamente se expidió el Decreto con fuerza de ley 2067 de 1991, objeto de la demanda que originó este proceso.

Por tanto es claro que algún tipo de control debe tener el Decreto 2067 de 1991.

Segundo, el artículo 241 de la carta dice que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, la cual es norma de normas —artículo 4 CP—, de donde se desprende que sería inconcebible que un acto de un poder constituido pudiese contrariar la Constitución y no obstante carecer de control.

Y tercero, la norma objeto de estudio es una norma con fuerza de ley expedida por la denominada Comisión Especial Legislativa y, como lo ha establecido ya esta Corporación, en tales casos la Corte Constitucional es competente para ejercer el control de constitucionalidad.

2.2. Constitucionalidad del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991

Para la Corte Constitucional son conforme con la Carta los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, por las siguientes consideraciones.

2.2.1. Los derechos políticos

Colombia es un Estado participativo y democrático, según lo afirma el preámbulo y los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución.

Los ciudadanos participan en la conformación y ejercicio del poder justamente a través de sus derechos políticos, consagrados en el artículo 40 de la Carta.

Luego los derechos políticos son como la otra cara del carácter democrático participativo del Estado: aquellos permiten que éste se realice.

Ahora bien, entre los derechos políticos se destaca, para efectos del negocio de la referencia, el derecho consagrado en el numeral 6 del artículo 40 de la Carta, que dice:

Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

Se observa que se trata de un derecho que tiene las siguientes características:

El titular del derecho es el ciudadano y no toda persona. En otras palabras, se excluye de este derecho a las personas jurídicas y a las personas naturales que no son ciudadanas: extranjeros, menores de 18 años, y los condenados a penas privativas de la libertad que aparejan como pena accesoria la supresión de los derechos políticos.

El objeto del derecho es la salvaguardia del principio de la supremacía constitucional —artículo 4 CP—, mediante la presentación de una acción pública de inexequibilidad —artículo 241 CP—.

La *ratio juris* de estos contornos de los derechos políticos y la acción pública de inexequibilidad ya los ha establecido la Corte Constitucional.¹

2.2.2. La efectividad de los derechos

En Colombia el derecho —incluido el constitucional— es un medio para el logro de los fines que tienen como última *ratio* la dignidad del hombre.

1 Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia N.º C-003 de enero 14 de 1993.

Así lo dice el artículo 2 de la Carta, cuando al consagrar los fines esenciales del Estado establece el de “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

Como anota Bobbio, “para proteger los derechos humanos no basta con proclamarlos; de lo que se trata más bien es de saber cuál es el modo más seguro de garantizarlos, para impedir que a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados”².

Ahora bien, la efectividad de los derechos no impide su razonable regulación, enderezada justamente a hacerlos más viables, como se verá a continuación.

2.2.3. *La teoría del núcleo esencial de los derechos*

“Se denomina contenido esencial —afirma HÄBERLE—, al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”³.

Según la teoría del núcleo esencial de los derechos, éstos pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano; ellos pueden ser objeto de regulación pero no de desnaturalización.

Ahora bien, cuando para el ejercicio de un derecho se establezcan requisitos mínimos razonables, que apuntan a hacer más viable el derecho mismo y que no desconocen su núcleo esencial, no puede aducirse, como lo hacen los actores, que se está violando de plano tal derecho.

En realidad los requisitos son de dos naturalezas: aquellos que apuntan a viabilizar el derecho y aquellos que tienden a dificultarlo, a complicarlo y, en últimas, a impedirlo.

2.2.4. *Primera conclusión*

Para la Corte Constitucional, de conformidad con lo anteriormente dicho, el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, en los apartes atacados, es pues constitucional, porque allí se establecen unos requisitos mínimos razonables que buscan hacer más viable el derecho sin atentar en ningún momento contra su núcleo esencial.

2 BOBBIO, Norberto. “Presente y Provenir de los Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid 1981, p. 20.

3 HÄBERLE, Peter. *El contenido esencial como garantía de los derechos fundamentales*. Grundgesetz 3 Auflage. Heidelberg, 1983

En efecto, la obligación de los actores de cumplir los siguientes requisitos reúne tales consideraciones, así:

- *El Señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas:* se le exige al actor que precise el artículo constitucional que estima violado con el fin de racionalizar el ejercicio de los derechos por parte tanto del ciudadano como de la Corte Constitucional. Ello no es óbice, sin embargo, para que la Corte de oficio confronte además la norma acusada con la integridad de la Constitución. Ahora bien, para cumplir con esta exigencia no es necesario ser experto en derecho constitucional ni mucho menos abogado. Es deber de toda persona “cumplir con la Constitución”, según el artículo 95 de la Carta. Además el estudio de la Constitución es obligatorio, al tenor del artículo 41 de la Carta. En consecuencia, si todo ciudadano debe conocer —y practicar— la Constitución, cuyos valores y principios humanistas son el fundamento de la convivencia, es natural que el Decreto 2067 de 1991 exija que se indiquen las normas que el demandante en acción pública de inconstitucionalidad estima infringidas.
- *Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados:* si un ciudadano demanda una norma debe ser por algo. Ese “algo” debe ser expresado. El ataque indeterminado y sin motivos no es razonable y se opone a la inteligencia que debe caracterizar al hombre.
- *Cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado:* este requisito es sólo eventual, ya que no opera sino por ataques de forma. Si el actor estima que se ha desconocido un procedimiento es porque conoce el procedimiento regular, ya que de otra manera no habría podido arribar a tal juicio. Luego si el demandante conoce el procedimiento regular que la norma atacada supuestamente no cumplió, se le pide simplemente que diga cuál es tal procedimiento. Se trata de nuevo de una exigencia razonable.
- *La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda:* por último, sólo ciertos actos son susceptibles de control por parte de la Corte Constitucional: los señalados en “los estrictos y precisos términos” del artículo 241 superior. Luego si la competencia de la Corte es taxativa, es razonable que se le exija al demandante en acción pública de inconstitucionalidad que explique porqué recurre a la Corte.

La Corte estima necesario realizar una consideración adicional sobre este tema: el procedimiento constitucional establece que las demandas incorrectamente presentadas serán *inadmitidas*, siendo obligación del magistrado sustanciador, en ejercicio de la dirección y control del proce-

so, señalarle claramente al actor el trámite correcto y las enmiendas que es necesario introducir, antes de rechazar dicha demanda. Tal previsión permite que el actor corrija su demanda y el proceso constitucional se desenvuelva normalmente. Luego en todo momento queda salvaguardado el derecho político del ciudadano demandante.

Es por ello también que la norma acusada no riñe con la Constitución.

2.3. Constitucionalidad del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991

Para la Corte Constitucional es también conforme con la Carta el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, por las siguientes consideraciones.

2.3.1. Características del ordenamiento jurídico

El artículo 4 de la Carta establece que *la Constitución es norma de normas*. Se consagra pues allí el conocido principio de la supremacía constitucional, que tiene las siguientes implicaciones:

No todas las normas jurídicas de un ordenamiento tienen la misma jerarquía. Existe entre ellas una estratificación, de suerte que las normas descendentes deben sujetarse en su fondo y en su forma a las normas superiores. La no conformidad de una norma con sus superiores jerárquicas la convierten en derecho positivo susceptible de ser retirado del ordenamiento, que tiene la virtud incluso de hacer desaparecer del mundo jurídico la norma así imperfectamente expedida mediante los controles pertinentes.

Ahora bien, la Constitución es la primera de las normas. Es por ello que cualquiera otra norma jurídica, así sea expedida por el operador jurídico más modesto de la República, debe sujetarse en primer lugar a la Constitución.

Por ejemplo una autoridad municipal de policía al momento de dirimir un asunto no debe consultar primero las orientaciones del alcalde ni las previsiones de los acuerdos municipales ni las disposiciones departamentales ni las reglas de los códigos nacionales. En primer lugar dicho funcionario debe consultar la Constitución —que es *norma normarum*. Después —y sólo después—, se debe ciertamente consultar el resto del ordenamiento.

2.3.2. Las fuentes del derecho

Las fuentes del derecho pueden ser formales o materiales. Las primeras son los cauces por los que se expresa el derecho. Las segundas son los hechos sociales que suministran el contenido del derecho. Ejemplo de las primeras son la ley, los contratos y la costumbre. Ejemplo de las segundas son la economía, la realidad social y política. En el caso que ahora ocupa a la Corte se trata de las fuentes formales del derecho.

Dice así el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia:

Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Las fuentes están pues constitucionalmente clasificadas en dos grupos que tienen diferente jerarquía:

- Fuente obligatoria: el “imperio de la ley” (inciso 1).
- Fuentes auxiliares: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (inciso 2).

Ahora bien, por la expresión “imperio de la ley” debe entenderse ley en sentido material —norma vinculante de manera general— y no la ley en sentido formal —la expedida por el órgano legislativo—. Ello por cuanto, según se vio, la primera de las normas es la Constitución —artículo 4 CP—.

2.3.3. *La cosa juzgada constitucional*

El artículo 243 de la Carta dispone lo siguiente:

Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

El antecedente de esta norma se encuentra en el Informe presentado en la Asamblea Nacional Constituyente por el Delegatario José María Velasco Guerrero, en el cual se lee lo siguiente:

Y ya desde entonces los fallos que el plenario de la Corte emite en ejercicio del control jurisdiccional, producen efectos universales, *erga omnes* y hacen tránsito a la (sic) juzgada constitucional. Por ello el gobierno ni el congreso pueden reproducir el contenido material jurídico del acto declarado inexecutable en el fondo, mientras subsistan en la Carta las mismas normas que sirvieron para confrontar la norma ordinaria en el texto superior. Si así no fuere, la Corte, por virtud de los imperativos universales que emanan de sus fallos de inexecutableidad, se convertiría en una pequeña asamblea nacional constituyente, en función permanente⁴.

En el artículo 243 de la Carta se consagra la denominada “cosa juzgada constitucional”, en virtud de la cual las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional presentan las siguientes características:

4 Cfr. *Gaceta Constitucional* N.º 36, de abril 4 de 1991, p. 26.

- Tienen efecto *erga omnes* y no simplemente *inter partes*.
- Por regla general obligan para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto.
- Como todas las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada, no se puede juzgar nuevamente por los mismos motivos sino que el fallo tiene certeza y seguridad jurídica. Sin embargo, a diferencia del resto de los fallos, la cosa juzgada constitucional tiene expreso y directo fundamento constitucional —artículo 243 CP—.
- Las sentencias de la Corte sobre temas de fondo o materiales, tanto de exequibilidad como de inexequibilidad, tienen una característica especial: no pueden ser nuevamente objeto de controversia. Ello porque la Corte debe confrontar de oficio la norma acusada con toda la Constitución, de conformidad con el artículo 241 superior, el cual le asigna la función de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Carta. Mientras que los fallos por ejemplo del contencioso administrativo que no anulen una norma la dejan vigente pero ella puede ser objeto de futuras nuevas acciones por otros motivos, porque el juez administrativo sólo examina la norma acusada a la luz de los textos invocados en la demanda, sin que le esté dado examinar de oficio otras posibles violaciones, de conformidad con el artículo 175 del código contencioso administrativo (cosa juzgada con la *causa petendi*).
- Todos los operadores jurídicos de la República quedan obligados por el efecto de la cosa juzgada material de las sentencias de la Corte Constitucional.

Esta Corporación, en sentencia N.º 104 de 1993, dijo⁵:

Se observa que entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el resto de jurisprudencia de los demás jueces y tribunales del país —en la que se encuentra la del Consejo de Estado—, existen semejanzas y diferencias.

Las semejanzas consisten en que se trata de un pronunciamiento jurisdiccional con fuerza de cosa juzgada. Las providencias tanto de la Corte Constitucional —artículo 21 del Decreto 2067 de 1991—, como del Consejo de Estado que declaren o nieguen una nulidad —artículo 175 del código contencioso administrativo— tienen efectos *erga omnes*, mientras que en general las sentencias judiciales sólo tienen efectos *inter partes*.

Las diferencias estriban en el hecho de que mientras la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio⁶, salvo lo establecido en el artículo 158 del código contencioso administrativo (re-

5 Vid. Corte Constitucional. Sala Sentencia N.º 104 de marzo 11 de 1993.

6 El precedente obligatorio es denominado *stare decisis* en el sistema anglosajón.

producción del acto suspendido). Tales providencias sólo tienen un carácter de criterio auxiliar —artículo 230 CP—, para los futuros casos similares, la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional —artículo 243 CP—, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior.

Así lo había establecido la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuando afirmó lo siguiente:

No hay duda de que en el proceso constitucional que se sigue ante la Corte Suprema de Justicia, rige y existe la institución de la COSA JUZGADA que le da firmeza a las decisiones que adopte...

Pero en el proceso constitucional dicho instituto no está rigurosamente asentado en la triple identidad que lo caracteriza en el proceso civil, ya que la índole propia que lo distingue de los demás procesos establece matices o modalidades a dichos ingredientes, o los excluye como presupuestos de dicha institución.

Con respecto a la IDENTIDAD DE PARTES, requisito fundamental de la cosa juzgada en el proceso civil, en el constitucional no se da pues en él no se presenta enfrentamiento entre litigantes con intereses contrapuestos, y ni siquiera el Estado autor de la norma general que se acusa, asume esta posición por conducto del Procurador General de la Nación ya que la intervención de éste en dicho proceso, se impone en guarda y prevalencia del ordenamiento constitucional. Por ello en la revisión oficiosa de constitucionalidad de los decretos legislativos que el Presidente de la República dicta con fundamento en las facultades de los artículos 121 y 122 de la Constitución, y en la de los proyectos de ley objetados de inconstitucionalidad por el gobierno, el proceso nace y se adelanta sin que medie demanda o solicitud de parte.

En cuanto a la identidad de la causa petendi (*eadem causa petendi*) debe tenerse en cuenta que el juez de la constitucionalidad no está limitado a examinar la norma acusada que (sic) sólo a través de los motivos que haya aducido el demandante, ya que la Corte debe confrontar el acto acusado con la norma fundamental no solo por las razones que presente el actor, sino a la luz de todos los textos constitucionales y por todas las posibles causas de inconstitucionalidad que exista, a fin de que la decisión final produzca efectos absolutos y *erga omnes* respecto de los textos acusados...⁷

Ahora con ocasión del examen específico del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, es pertinente realizar las siguientes consideraciones:

1. ¿Hacen tránsito a cosa juzgada formal y material las sentencias de la Corte Constitucional?

⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia N.º 16 de febrero 13 de 1990. Expediente 1891. Magistrado Ponente Jairo E. Duque Pérez.

Para responder a esta pregunta es necesario establecer si cuando una autoridad “reproduce el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo” —artículo 243 CP—, viola un criterio obligatorio —artículo 230 inciso 1 CP— o un criterio auxiliar —artículo 230 inciso 2—.

En otras palabras, ¿la sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria o es fuente auxiliar?

Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1 del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice:

Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y *son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares* (cursivas fuera de texto).

Este texto es idéntico al artículo 243 de la Carta, salvo la parte en negrilla, que es una adición novedosa del Decreto 2067.

Es de anotar que tal norma fue declarada executable por la Corte Constitucional, cuando afirmó:

El inciso primero se limita a copiar parcialmente el inciso primero del artículo 243 de la Carta, para concluir, refiriéndose a las sentencias que profiera la Corte Constitucional, que “son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”. Declaración que, en rigor no quita ni pone rey, por ser redundante. Pues el hacer *tránsito a cosa juzgada*, o el tener “el valor de la cosa juzgada constitucional”, no es en rigor un efecto de la sentencia: no, más bien es una cualidad propia de ella, en general⁸.

Piénsese que aún en los casos en que la Corte declara executable una norma acusada por vicios de forma en su creación, la sentencia hace tránsito a cosa juzgada, pues en lo sucesivo será imposible pedir la declaración de inexecutable por tales vicios.

Y la sentencia en firme, sobra decirlo, es de obligatorio cumplimiento. Además, las que recaigan en las acciones públicas de inconstitucionalidad, tienen efecto *erga omnes*, por la naturaleza misma de la acción y por su finalidad.

El inciso primero del artículo 21 no presenta, en consecuencia, disparidad o contrariedad en relación con norma alguna de la Constitución (negrillas no originales)⁹.

2. ¿Hace tránsito a la cosa juzgada toda la sentencia de la Corte Constitucional o solamente una parte de ella?

8 Sentencia N.º C-113/93 precitada.

9 Sentencia N.º C-113/93 precitada.

La Corte responde este nuevo interrogante en el sentido de afirmar que únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada.

3. ¿Que parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada?

La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita.

Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar —no obligatorio—, esto es, ella se considera *obiter dicta*.

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.

La *ratio iuris* de esta afirmación se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política, en virtud de la guarda de la integridad y supremacía que señala el artículo 241 de la Carta. Tal confrontación con toda la preceptiva constitucional no es discrecional sino obligatoria. Al realizar tal confrontación la Corte puede arribar a una de estas dos conclusiones: si la norma es declarada inexecutable, ella desaparece del mundo jurídico, con fuerza de cosa juzgada constitucional, como lo señala el artículo 243 superior, y con efecto *erga omnes*, sin importar si los textos que sirvieron de base para tal declaratoria fueron rogados o invocados de oficio por la Corporación, porque en ambos casos el resultado es el mismo y con el mismo valor. Si la norma es declarada executable, ello resulta de un exhaustivo examen del texto estudiado a la luz de todas y cada una de las normas de la Constitución, examen que lógicamente se realiza en la parte motiva de la sentencia y que se traduce desde luego en el dispositivo.

Son pues dos los fundamentos de la cosa juzgada implícita: primero, el artículo 241 de la Carta le ordena a la Corte Constitucional velar por

la guarda y supremacía de la Constitución, que es *norma normarum*, de conformidad con el artículo 4 ídem. En ejercicio de tal función, la Corte expide fallos con fuerza de cosa juzgada constitucional, al tenor del artículo 243 superior. Segundo, dichos fallos son *erga omnes*, según se desprende del propio artículo 243 constitucional.

Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutoria tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la Corporación —guardiana de la integridad y supremacía de la Carta—, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución. Ello de paso atentaría contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4 superior.

Ahora en respaldo de esta posición se encuentra la tradición jurídica del país, que la Corte Constitucional recoge.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia afirmó en 1916 lo siguiente:

La cosa juzgada ha de hallarse en lo general en la parte definitiva de la sentencia, pero los motivos de ésta carecen de fuerza de fallo, porque son simples elementos de la convicción del juez, que pudiendo ser idóneos en ocasiones, no afectan sin embargo la decisión misma. Empero tiene una excepción este principio, también aceptada generalmente en teoría y en jurisprudencia, y es que cuando los motivos son, no ya simples móviles de la determinación del juez sino que se liga (sic) internamente al dispositivo y son como “el alma y nervio de la sentencia” constituye entonces un todo con la parte dispositiva y participa entonces de la fuerza que ésta tenga. Numerosos son los casos en que sin conexionar los motivos determinantes de un fallo, ella sería incompatible e inejecutable¹⁰.

La misma doctrina fue reiterada por aquella Corporación en 1928¹¹ y en 1967.¹²

El Consejo de Estado, en providencia de 1981 sostuvo la misma tesis de la cosa juzgada implícita, así:

Considera esta Sala que el pronunciamiento sobre competencia que hizo la Corte en relación con las materias del Decreto autónomo 2617 de 1973 constituye cosa juzgada implícita que, conforme a doctrina reiterada de esta

10 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20 de octubre de 1916. Magistrado Ponente Juan Méndez. Gaceta Judicial N.º 25 p. 250.

11 Ídem. Sentencia de julio 9 de 1928. Gaceta Judicial N.º 35, p. 550.

12 Ídem. Septiembre 17 de 1967. Gaceta Judicial N.º 86, pp. 42 y 43.

Corporación, debe acatarse, así se compartan o no los fundamentos mismos del citado fallo...

Sobre lo que es la cosa juzgada implícita dijo esta Sala en fallo dictado el 20 de junio de 1979 lo siguiente:

“En un fallo de inexequibilidad, como en cualquiera otra sentencia, hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, vale decir, lo expresado en la parte resolutive, sino también lo implícito en ella. A este respecto dice Carnelutti:

Ello no significa que la cosa juzgada se limite a las cuestiones que encuentre en la decisión una solución expresa: no se olvide que la decisión es una declaración como las demás, en la que muchas cosas se sobreentienden lógicamente sin necesidad de decirlas. Especialmente cuando la solución de una cuestión supone como ‘Prius’ lógico la solución de otra, esta otra se halla también implícitamente contenida en la decisión (al llamado ‘Judicatio’ implícito). Se halla implícitamente consultadas todas las cuestiones cuya solución sean lógicamente necesarias para llegar a la solución expresadas en la decisión. Si, por ejemplo, el juez se pronuncia sobre la resolución de un contrato, afirma implícitamente su validez (Sistema de Derecho Procesal Civil Utena-Argentina 1944 T.I. N.º 92)...

“Si la decisión implícita, tal y como se ha delimitado no hiciera tránsito a cosa juzgada, sería factible entonces que la Corte Suprema de Justicia pudiera reexaminar de nuevo la competencia constitucional en la materia ya dicha, con la posibilidad de un cambio de criterio que, a su vez, implicara la conclusión de que la competencia no fuera del Congreso sino del Gobierno. De ser ello posible la Corte asumiría, prácticamente, un poder que se habilitaría para variar las competencias constitucionales de los poderes públicos al vaivén de los cambios jurisprudenciales, equiparándose al poder constituyente y convirtiéndose, de guardián que es de la integridad, en órgano con capacidad para modificarla, lo cual sería manifiestamente absurdo.

“Obviamente la cosa juzgada implícita no comprende las elaboraciones puramente doctrinales, o sea, aquellas que dentro del desarrollo lógico del razonamiento, constituyan el sustento de una conclusión fundamental, pues tales elaboraciones apenas pueden tener el valor y el alcance de la jurisprudencia como fuente de derecho y como tales, participan de su movilidad o de su versatilidad”.¹³

4. ¿Quién determina los efectos obligatorios de una sentencia de la Corte Constitucional?

Como ya lo ha establecido esta Corporación, sólo la Corte Constitucional, ciñéndose a la preceptiva superior, puede fijar los alcances de sus sentencias.

13 Vid. Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de septiembre 9 de 1981. Consejero Ponente Jacobo Pérez Escobar.

Se trata pues de un problema de competencia: en rigor la norma acusada no podía regular sin violar la Constitución los efectos de los fallos de esta Corte, sobre cuya determinación la única entidad competente es la Corte Constitucional (C.P. artículo 241).

Así lo estableció esta Corporación cuando dijo:

A lo anterior, cabría agregar que la declaración de inexecutable de este inciso, no obsta para que la Corte, *en ejercicio de sus funciones propias*, señale en la sentencia que los efectos de la cosa juzgada se aplican sólo respecto de las disposiciones constitucionales consideradas en la sentencia. Al fin y al cabo, *sólo a la Corte compete determinar el contenido de sus sentencias*¹⁴.

Para mayor abundamiento la Corte ha sostenido en la sentencia precitada que “en síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando esta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel”.

Por los motivos expuestos, la palabra “obligatorio” del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 se opone a los artículos 241 y 230 de la Constitución.

III. DECISIÓN

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar EXEQUIBLES los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991.

SEGUNDO: Declarar INEQUIBIBLE la expresión “obligatorio” del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Cumplase, comuníquese, publíquese y archívese.

VLADIMIRO NARANJO MEJIA
Presidente (E)

JORGE ARANGO MEJIA
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

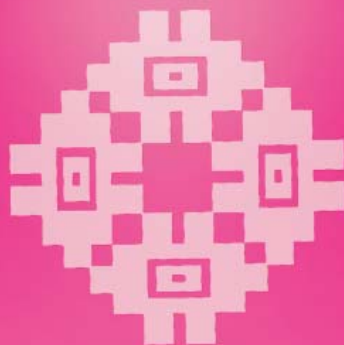
14 Sentencia N.º C-113/93 precitada.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General





JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año III, N.º 5, enero - junio, Lima, 2007

Entrevista

- Entrevista al Profesor Manuel Atienza Rodríguez

Entrevista al profesor Manuel Atienza Rodríguez

Profesor César Landa: Buenas tardes Profesor Manuel Atienza. La primera pregunta que le quisiera formular está vinculada con el auge de las actuales teorías de la argumentación. ¿Qué entiende usted por Constitución? ¿A qué se debe el auge de la argumentación jurídica?

Profesor Manuel Atienza: Existen varias nociones de Constitución. Diría algunos más débiles, en el sentido de ser menos exigentes; y otras más exigentes. Cuando uno habla de Estado constitucional estamos pensando en una Constitución exigente, en el sentido de que implica no sólo una norma que organiza la distribución de los poderes, sino también, y de manera muy importante, incluye una declaración de derechos. Además hay una cierta rigidez y un sistema de protección de los mismos a través de un sistema constitucional del tipo que sea: tipo Estados Unidos o de tipo europeo. Entonces diríamos que el Estado constitucional sería el Estado de Derecho más desarrollado que los modelos que conocemos a partir de la segunda guerra mundial. Por ejemplo, el concepto de Constitución de Kelsen es claramente más exigente. También me preguntaba si cuanto más se desarrolla el modelo constitucional más protagonismo tendrán las decisiones judiciales. Yo creo que esto es un hecho en el desarrollo contemporáneo de todos nuestros sistemas jurídicos. El papel de los Tribunales particularmente el de los Tribunales Constitucionales tiende a aumentar. Esto algunos lo han visto como un peligro, como una amenaza al principio de separación de poderes. Creo que lo que ocurre es que este mayor poder de los jueces es ineliminable por diversas razones. Una de ellas es que si aceptamos, como parece inevitable, la conveniencia de tener Constituciones del tipo contemporáneo y que consisten en una buena medida en principios, la aplicación de los principios no puede ser igual al que el de las reglas. Supone necesariamente conceder a los jueces un mayor poder de los que tendrían en el sistema del paradigma más legalista. Entonces el debate debe centrarse en la necesidad del desarrollo de los sistemas jurídicos y este aumento del poder de la judicatura. En términos generales lo que tenemos que plantearnos es cuáles son los mecanismos que debemos introducir o desarrollar para controlar también el poder de los jueces, como ocurre con todos los demás poderes. Pues debe ser un poder controlado y el instrumento que tenemos para ello es la obligación de motivar las decisiones judiciales. Por eso creo que tendemos a circuns-

cribir este desarrollo de los sistemas jurídicos con el desarrollo también de la argumentación.

Profesor César Landa: Lo cierto es que el modelo de Estado constitucional en la actualidad se presenta como una superación del tradicional Estado de Derecho, según ha dicho Gustavo Zagrebelsky, haciendo alusión a un verdadero cambio genético respecto del modelo del Estado basado en la ley. ¿Cuál es su opinión sobre el actual desarrollo de la teoría del Derecho en el marco del constitucionalismo contemporáneo? ¿Debería construirse una argumentación jurídica constitucional que responda a la naturaleza contemporánea de la Constitución basada en una *ratio* y una *emotio*?

Profesor Manuel Atienza: Frente al nuevo paradigma del constitucionalismo podemos distinguir una serie posiciones. Unas son las que no prestan mayor atención al fenómeno y entonces siguen haciendo teoría del Derecho como si, efectivamente, no hubiese ocurrido este cambio tan importante. Otras sí son consientes de los cambios, pero piensan que puede teorizarse dichos cambios con las concepciones tradicionales del positivismo de tipo metodológico, introduciendo quizás algunas precisiones pero que no hacen, diríamos, a las cuestiones de fondo. La escuela genovesa, hablamos de Ricardo Guastini o Paolo Comanducci, de manera muy característica, defienden esta posición y critican por cierto a autores como Zagrebelsky, porque ellos ven en lo que denominan neoconstitucionalismo, muchos peligros desde el punto de vista ideológico, de imprecisión conceptual. Una tercera posición sería la que aquellos que, como Luigi Ferrajoli, piensan que se necesita una nueva teoría, pero una nueva teoría que tenga cambios sustanciales con respecto a la anterior. Pero enfatizan en que esa nueva teoría debe seguir siendo positivista. Para él, el constitucionalismo es el desarrollo completo del positivismo jurídico. Entonces traza una distinción entre el paleopositivismo –esa idea de positivismo legalista– y el positivismo crítico. La cuarta posición es la de quienes piensan que se necesita una nueva teoría, pero que esta teoría ya no puede desarrollar bajo los paradigmas del positivismo jurídico. Se trata de ir más allá del positivismo jurídico; por eso se habla del postpositivismo o directamente del constitucionalismo. Precisamente escribí con Ruiz Manero un artículo que titulamos “dejemos atrás el positivismo jurídico”. Este “dejar atrás” no quiere decir que lo que han producido los positivistas carezca de valor; pero haciendo un símil con Gonzalo Vicente (que fue un profesor de Derecho español de la época franquista seguramente el único realmente interesante) podría decirse que el constitucionalismo contemporáneo

ha crucificado al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución. Entonces ya no se puede ser positivista jurídico y no tanto porque el positivismo sea una teoría por decirlo equivocada, sino porque es una teoría que no es fructífera, no permite guiar el comportamiento de los operadores jurídicos. Luego me preguntabas sobre la *ratio* y la *emotio*. Cuando uno se plantea el problema de cuáles son las cualidades que debe tener un buen juez, el modelo del buen juez obviamente es que conozca los contenidos del Derecho que tenga que aplicar; tiene que tener capacidad intelectual, básicamente una capacidad argumentativa. Tiene que tener buenas actitudes, diríamos las emociones adecuadas, tradicionalmente llamadas virtudes, rasgos de carácter que hacen que aumenten las probabilidades de dictar resoluciones adecuadas.

Profesor César Landa: Ciertamente que la argumentación jurídica, por ejemplo en el modelo presentado por Robert Alexy, es en muchos tramos, una teoría “descriptiva” de lo que ha desarrollado el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en algunas de sus decisiones. ¿Ello implica que los Tribunales Constitucionales, en tanto supremos intérpretes de la Constitución, se encuentren obligados a formular una teoría propia de argumentación jurídica a través de sus decisiones o es la dogmática la que deberá proveer ella?

Profesor Manuel Atienza: Las dos teorías más importantes de los últimos tiempos sería la de Robert Alexy y la de Neil McCormick. Tienen la misma característica: son descriptivas, pero al mismo tiempo tienen la pretensión de ir un poco más allá, es decir, hacer una reconstrucción más allá de lo que hacen los Tribunales. Pero los teóricos del Derecho deben ser modestos porque aquí no tiene sentido pensar que uno vaya a desarrollar una teoría original en el sentido estricto de la expresión. Es imposible una buena teoría del Derecho en ese sentido. Ahora, el problema que se plantea es un poco el de la división del trabajo. Los *teóricos* hacen un cosa y los *prácticos*, los jueces, otra. Pero yo creo que esta división es muy relativa y depende del contexto, depende de las diversas culturas jurídicas. Por ejemplo, en el caso del pensamiento jurídico de los Estados Unidos muchos de los principales pensadores han sido también jueces, y muchas de sus reflexiones a veces es difícil separarla. Yo diría que un juez no debe plantearse en sus sentencias el desarrollar una teoría del Derecho, una dogmática. Aunque sí debe usarla y a lo mejor implícitamente la está creando. Las fronteras pueden ser muy fluidas, por ejemplo el caso del profesor Holmes puede servir. Tenemos al Holmes autor de sentencias, o más bien al de los votos disidentes y al Holmes autor de obras propia-

mente teóricas. Aunque es verdad, qué duda cabe, que toda su experiencia como juez la aprovechó a la hora de construir la teoría. Probablemente, los jueces constitucionales adquieren una experiencia muy importante que luego se vuelca a la doctrina.

Profesor César Landa: Si bien la argumentación, por ejemplo aquella de los Tribunales Constitucionales, se encuentra dirigida a justificar decisiones, es decir, a mostrar las razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable, ¿basta sólo con lograr la aceptabilidad de la decisión?, ¿basta sólo con persuadir? O es que ¿existe un componente ético del cual no pueden desligarse los jueces constitucionales?

Profesor Manuel Atienza: Los jueces deben esforzarse por conseguir aceptación o la máxima aceptación posible. Digamos es una cuestión naturalmente gradual, su función principal es dictar resoluciones justas y a veces una resolución justa, por los motivos que sean, sabemos que puede ser una decisión que va a ser mal acogida. También diría aquí mal acogida de manera inmediata, pero también hay sorpresas; yo diría que la racionalidad y el éxito se obtienen a mediano o largo plazo. El ejemplo de Holmes es muy significativo. Holmes fue famoso por sus votos disidentes. Se convirtieron luego en opiniones generalizadas al cabo de un cierto tiempo. En ese sentido a mí no me cabe ninguna duda de que un buen juez debe ser capaz de tomar decisiones procurando lograr la mayor aceptabilidad posible, pero decisiones que él considere justas y que asuman el riesgo de no ser aceptadas.

Profesor César Landa: Y este extremo de si existe un componente ético que vincule al juez a resolver causas dramáticas o difíciles?

Profesor Manuel Atienza: Sí, sin duda yo precisamente he sido uno de los dos redactores del Código Modelo de Ética Judicial Iberoamericano. Allí hemos desarrollado el aspecto normativo de los principios, poníamos una definición de cómo entender esto de la independencia judicial, la razón de motivar, alguna indicación de las virtudes adecuadas. Me parece que es un elemento muy importante. De hecho en los últimos tiempos en nuestros países se están redactando códigos deontológicos. Pero tendría por cierto que difundirse más a propósito de los profesores de la Universidad; a veces creemos que no necesitamos códigos deontológicos, pero las cosas no son así.

Profesor César Landa: Actualmente, en muchos sistemas del *Civil law* existe también preocupación por incorporar “formalmente” el derecho de precedentes en un intento por proporcionar predictibilidad y seguridad jurídica a los sistemas jurídicos. ¿Qué elementos deberían tomarse en cuenta a la hora de incorporar la técnica del precedente en los sistemas de tradición jurídica romano-germánica?

Profesor Manuel Atienza: Respecto del precedente lo que me parece probablemente más importante es una obviedad, pero es una obviedad que lo dice Taruffo y pienso que tiene razón: para que puedan funcionar los precedentes tienen que ser muy pocos, porque si no sería imposible de poder manejarlo. Por eso le hacen la crítica a la situación italiana; la Corte de Casación, que ve miles y miles de casos, sencillamente no puede funcionar. En ese sentido conocer el manejo de los precedentes en el ámbito anglosajón debería ser parte también de nuestra educación jurídica, porque como sabemos, efectivamente, ya se ha incorporado en los sistemas de fuentes y en nuestro funcionamiento del Derecho. Eso tiene que ver con la teoría de la argumentación jurídica. Yo creo que un sistema que da más importancia al precedente implica también un sistema en donde la argumentación es más importante, porque en los sistemas de *Common law* la motivación de las sentencias comienza antes que en los sistemas de Derecho legislado. No es una razón de tipo político sino que es una exigencia interna del sistema; solamente si se conocen bien, si se identifican con facilidad, los casos pueden funcionar como precedentes.



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año III, N.º 5, enero - junio, Lima, 2007

Documentos Constitucionales

- ☐ Código Iberoamericano de Ética Judicial

Código Iberoamericano de Ética Judicial

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. LA ACTUALIDAD DE LA ÉTICA JUDICIAL EN IBEROAMÉRICA

En nuestro espacio geográfico y cultural se asiste en los últimos años a la sanción de Códigos de Ética Judicial o reglamentaciones particulares análogas (hasta la fecha se han establecido en 15 países) con contenidos y diseños institucionales diversos. La misma Cumbre Judicial Iberoamericana ha avalado esa alternativa incluyendo en el *Estatuto del Juez Iberoamericano*, aprobado en Canarias en el año 2001, un capítulo dedicado específicamente a la “Ética Judicial”. En sintonía con esos antecedentes, en la *Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano* (Cancún, 2002), se reconoció “un derecho fundamental de la población a tener acceso a una justicia independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, eficaz y equitativa”. Esa realidad motivó que en la Declaración Copán-San Salvador, 2004, los Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia y de Consejos de la Judicatura pertenecientes a los países que integran Iberoamérica aprobaron la siguiente declaración:

Primera: Reiterar como principios éticos básicos para los juzgadores iberoamericanos los ya establecidos en la Segunda Cumbre Iberoamericana de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia, que tiene su reflejo en el Estatuto del Juez Iberoamericano y en la Carta de Derechos del Ciudadano frente a la justicia.

Segunda: Realizar todos los esfuerzos necesarios para que se aprueben e implanten dichos principios en la normativa de todos los países de Iberoamérica, en particular en aquellos donde todavía no existe un Código de Ética, promoviendo su creación.

Tercera: Revisar el texto de los Códigos de Ética que ya existen, a efecto de promover que las normas que rigen la ética de los jueces se acoplen al principio de independencia respecto a cualquier otra autoridad y respecto de cualquiera de las partes involucradas en los procesos judiciales concretos, y a los principios derivados de aquél.

Cuarta: Dar a conocer en su respectiva judicatura los principios de ética que se consagran en cada uno de sus Códigos de Ética Judicial e integrarlos a los programas de capacitación existentes en cada país.

Quinta: Difundir entre los justiciables, a través de distintos medios informativos, sus Códigos de Ética con el propósito de incrementar la confianza y la autoridad moral de los juzgadores.

Sexta: Impulsar la elaboración de un Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial.

II. EL CÓDIGO MODELO COMO FRUTO DEL DESARROLLO REGIONAL DE LA ÉTICA JUDICIAL

La identidad de Iberoamérica cuenta con rasgos visibles y explicaciones históricas extendidas pero, sobre todo, Iberoamérica aparece en el mundo globalizado del presente como un espacio que interactúa con otras culturas, sin perder por ello sus propias características que la tornan peculiar. En ese marco, los Poderes Judiciales Iberoamericanos han ido construyendo —trabajosa, pero exitosamente— una realidad que, por encima de las particularidades nacionales, exhibe rasgos comunes desde los cuales es posible ir delineando políticas de beneficio mutuo. En la configuración de la ética judicial Iberoamericana hay rasgos comunes con otras experiencias análogas que ofrecen distintos espacios culturales, pero también algunas características distintivas que expresan aquella identidad. La realización de un *Código Modelo Iberoamericano* supone un nuevo tramo de ese camino que ya se ha ido recorriendo y posibilita que la región se presente al mundo desde una cierta tradición, pero también como un proyecto inacabado, que sin suprimir las individualidades nacionales, descubre y ofrece una riqueza común.

III. EL CÓDIGO MODELO COMO COMPROMISO INSTITUCIONAL CON LA EXCELENCIA Y COMO INSTRUMENTO PARA FORTALECER LA LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL

A pesar de aquella decisión de la Cumbre Judicial Iberoamericana y del contexto señalado que la respalda, dado que persisten voces judiciales escépticas o desconfiadas, se hace necesario justificar este empeño en la aprobación de un *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial*. En último término, se trata de, a partir de las exigencias que el propio Derecho plantea a la actividad judicial, profundizar en las mismas y añadir otras, de cara a alcanzar lo que podría llamarse el “mejor” juez posible para nuestras sociedades. La ética judicial incluye los deberes jurídicos que se refieren a las conductas más significativas para la vida social, pero pretende que su cumplimiento responda a una aceptación de los mismos por su valor intrínseco, esto es, basada en razones morales; además, completa esos deberes con otros que pueden parecer menos perentorios, pero que contribuyen a definir la excelencia judicial. De lo cual se sigue que la ética judicial supone rechazar tanto los estándares de conducta propios

de un “mal” juez, como los de un juez simplemente “mediocre” que se conforma con el mínimo jurídicamente exigido. A este respecto, corresponde advertir que la realidad actual de la autoridad política en general, y de la judicial en particular, exhibe una visible crisis de la legitimidad que conlleva en los que la ejercen el deber de procurar que la ciudadanía recupere la confianza en aquellas instituciones. La adopción de un Código de Ética implica un mensaje que los mismos Poderes Judiciales envían a la sociedad reconociendo la inquietud que provoca esa débil legitimidad y el empeño en asumir voluntariamente un compromiso fuerte por la excelencia en la prestación del servicio de justicia. Resulta oportuno señalar que no obstante el recurso a una terminología muy extendida en el mundo del Derecho, tal como “código”, “tribunal”, “responsabilidad”, “sanción”, “deber” etc., ella es asumida no con aquella carga, sino como términos que permiten ser utilizados en el campo ético con las particularidades que esta materia implica.

IV. LA ÉTICA JUDICIAL Y LA NECESIDAD DE ARMONIZAR LOS VALORES PRESENTES EN LA FUNCIÓN JUDICIAL

Cabe recordar que en el Estado de Derecho al juez se le exige que se esfuerce por encontrar la solución justa y conforme al Derecho para el caso jurídico que está bajo su competencia, y que ese poder e *imperium* que ejerce procede de la misma sociedad que, a través de los mecanismos constitucionales establecidos, lo escoge para tan trascendente y necesaria función social, con base en haber acreditado ciertas idoneidades específicas. El poder que se confiere a cada juez trae consigo determinadas exigencias que serían inapropiadas para el ciudadano común que ejerce poderes privados; la aceptación de la función judicial lleva consigo beneficios y ventajas, pero también cargas y desventajas. Desde esa perspectiva de una sociedad mandante se comprende que el juez no sólo debe preocuparse por “ser”, según la dignidad propia del poder conferido, sino también por “parecer”, de manera de no suscitar legítimas dudas en la sociedad acerca del modo en el que se cumple el servicio judicial. El Derecho ha de orientarse al bien o al interés general, pero en el ámbito de la función judicial adquieren una especial importancia ciertos bienes e intereses de los justiciables, de los abogados y de los demás auxiliares y servidores de la justicia, que necesariamente han de tenerse en consideración. La ética judicial debe proponerse y aplicarse desde una lógica ponderativa que busca un punto razonable de equilibrio entre unos y otros valores: si se quiere, entre los valores del juez en cuanto ciudadano y en cuanto titular de un poder, cuyo ejercicio repercute en los bienes e intereses de individuos concretos y de la sociedad en general.

V. LA ÉTICA JUDICIAL COMO APELACIÓN AL COMPROMISO ÍNTIMO DEL JUEZ CON LA EXCELENCIA Y CON EL RECHAZO A LA MEDIOCRIDAD

El Derecho puede ser visto como una regulación de la conducta por parte de autoridades legitimadas para ello, que cabe usar para juzgar formalmente *ex post facto* aquellos comportamientos que la violan. Las normas éticas pueden ser usadas también con esa función, pero en el “enjuiciamiento” ético no hay ninguna razón que pueda esgrimir el denunciado por una falta contra la ética que quede fuera de la deliberación; dicho de otra manera, un Tribunal de Ética puede aceptar razones que serían inaceptables si actuara como un tribunal jurídico. Mientras que en el Derecho las formas generales mediante las que se determina la responsabilidad son indisponibles y esencialmente orientadas hacia el pasado, en la ética se tornan flexibles, puesto que lo primordial es modificar el futuro comportamiento del juez y lograr la excelencia. Para la ética profesional, podría llegar a afirmarse que más importante que descubrir faltas a sus deberes es obtener una firme e íntima adhesión a los mismos para lograr que el servicio se preste con excelencia. Si existiera una conciencia ética firme e integral por parte del profesional, sin duda se tornarían irrelevantes buena parte de los deberes jurídicos.

VI. EL CÓDIGO MODELO COMO EXPLICITACIÓN DE LA IDONEIDAD JUDICIAL Y COMPLEMENTO DE LAS EXIGENCIAS JURÍDICAS EN EL SERVICIO DE JUSTICIA

En las tradiciones de las antiguas profesiones, al señalar quiénes estaban autorizados para ejercerlas y cómo debían prestarse los servicios correspondientes, se filtraban reclamos a la conciencia ética profesional, por lo que las violaciones respectivas incluían la pérdida de la posibilidad de seguir prestándolo. De ahí que en la tarea judicial se tuviera en cuenta originalmente cierta idoneidad ética y se previeran mecanismos de destitución cuando se incurría en mal desempeño. El ejercicio de la función judicial no debe, obviamente, ser arbitrario, pero en ocasiones es inevitable que el juez ejerza un poder discrecional. Esa discrecionalidad judicial implica innegables riesgos que no pueden solventarse simplemente con regulaciones jurídicas, sino que requieren el concurso de la ética.

Parece así adecuado que, a la hora de plantearse el nombramiento o la promoción de los jueces, o de enjuiciar su conducta en cuanto jueces, se tengan en cuenta aquellas cualidades o hábitos de conducta que caracterizan a la excelencia profesional y que van mas allá del mero cumplimiento de las normas jurídicas. Las constituciones contemporáneas contienen un marco general de aquella dimensión ética implicada en el servicio judi-

cial, especialmente cuando indican quiénes pueden ser jueces o cuándo procede su destitución. De ese modo, la ética judicial encuentra asidero constitucional, en cuanto supone una explicitación de aquellos enunciados constitucionales.

VII. EL *CÓDIGO MODELO* COMO INSTRUMENTO ESCLARECEDOR DE LAS CONDUCTAS ÉTICAS JUDICIALES

La formulación de un Código de Ética Judicial puede ser una fuente muy importante de clarificación de conductas. Obviamente, porque un Código de Ética Judicial, como cualquier ordenamiento, supone una división de la conducta que pretende regular en lícita e ilícita y, de esta manera, sirve de guía para sus destinatarios. Pero también porque, en ocasiones, dentro de las conductas éticamente admisibles, los Códigos optan, por razones de oportunidad y de coordinación, por un determinado curso de acción, de entre varios posibles; por ejemplo, a pesar de que en principio podría haber diversas opciones para establecer el modo en que es éticamente autorizado que el juez se reúna con los abogados de las partes, el hecho de que un Código escoja una de ellas despeja las dudas que legítimamente pueden suscitarse entre sus destinatarios.

VIII. EL *CÓDIGO MODELO* COMO RESPALDO DE LA CAPACITACIÓN PERMANENTE DEL JUEZ Y COMO TÍTULO PARA RECLAMAR LOS MEDIOS PARA SU CUMPLIMIENTO

Al mismo tiempo que un Código clarifica conductas, las facilita en tanto se le provee al juez de un respaldo para la realización de las mismas, evitando el riesgo de quejas por parte de eventuales perjudicados. No sólo el juez sabe a qué atenerse, sino también aquellos vinculados a su servicio. Pero dado que la ética no puede exigir conductas imposibles, el Código simultáneamente se constituye en una fuente de razones a las que puede apelar el juez en el cumplimiento de sus exigencias. De ese modo, si un Código reclama capacitación, es necesario que se le brinde a sus destinatarios los medios para acceder a la misma: si éstos no existieran, sería difícil exigir responsabilidad por eventuales incumplimientos.

IX. EL *CÓDIGO MODELO* COMO ESTÍMULO PARA FORTALECER LA VOLUNTAD DEL JUZGADOR Y COMO PAUTA OBJETIVA DE CALIDAD ÉTICA EN EL SERVICIO DE JUSTICIA

El Código puede también ser visto como un instrumento para fortalecer la voluntad del juez, en tanto determina conductas y consagra eventuales responsabilidades éticas ante su infracción. Asimismo, al proveer criterios y medidas determinadas con las que juzga la calidad ética

del servicio, el Código dota de cierta objetividad al concepto de “excelencia judicial”. Ello vale no sólo para los propios jueces, sino también para la sociedad que ha conferido el poder y que puede, a partir del Código, evaluar éticamente a los jueces tanto para reprocharles su conducta como para reconocer su excelencia.

X. DEL CÓDIGO MODELO DE ÉTICA JUDICIAL A LA ÉTICA DE LAS OTRAS PROFESIONES JURÍDICAS

Un Poder Judicial que cuenta con un Código de Ética está más legitimado para exigir de las otras profesiones vinculadas a su servicio una respuesta equivalente para sus integrantes. Es obvio que, más allá de la centralidad del juez en el servicio de justicia, la excelencia ética en el mismo también depende de otras profesiones, por lo que resulta coherente y conveniente extender esa preocupación más allá del ámbito estrictamente judicial. La falta de ética judicial remite en ocasiones a otras deficiencias profesionales, especialmente la de abogados, fiscales, procuradores e, incluso, docentes jurídicos; un reclamo integral de excelencia debe incorporar a esos otros espacios profesionales, y el Código de Ética Judicial habilita para que el mismo Poder Judicial lo impulse.

XI. UN CÓDIGO MODELO COMO FRUTO DE UN DIÁLOGO RACIONAL Y PLURALISTA

El Código de Ética Judicial que se propone busca la adhesión voluntaria de los distintos jueces iberoamericanos atentos a la conciencia profesional que exigen los tiempos actuales y trata por ello de presentarse como el fruto de un “diálogo racional” en el que se ha otorgado un considerable peso a las razones procedentes de los códigos ya existentes. Sería inadecuado que el presente Código surgiera como un emprendimiento desarraigado en el tiempo y en el espacio o como un mero acto de voluntad de la autoridad con competencia para ello. Por el contrario, su fortaleza y eficacia dependerán de la prudente fuerza racional que logre traducir en su articulado y de que, consiguientemente, sea capaz de movilizar íntimas adhesiones en función de los bienes e intereses comprometidos en el quehacer judicial. El Código debe ser una permanente y dinámica interpelación a la conciencia de sus destinatarios para que, desde el compromiso de la excelencia, logre encarnarse históricamente en aquellos que han aceptado prestar un servicio demandado por la sociedad.

XII. LOS PRINCIPIOS ÉTICOS COMO NÚCLEOS CONCENTRADOS DE ÉTICA JUDICIAL

Desde la lectura comparada de los Códigos de Ética Judicial vigentes es posible identificar ciertas exigencias centrales que muestran una importan-

te concentración del modo en que se pretende la prestación del servicio de justicia de manera excelente o completa. Esos núcleos concentradores de la ética judicial reciben distintos nombres, pero parece aconsejable insistir —de conformidad con los documentos iberoamericanos ya aprobados— en la denominación de “principios”, dado que ellos reclaman cierto perfil intrínseco valioso cuya concreción histórica queda sujeta a posibilidades y circunstancias de tiempo y lugar. Los “principios éticos” configuran el repertorio de las exigencias nucleares de la excelencia judicial, pero como tales pueden justificar diferentes normas en donde se especifiquen distintas conductas en relación a determinadas circunstancias. Así, por ejemplo, la independencia es inequívocamente uno de esos “principios”, y desde ella es posible delinear normas que, de manera más concreta, modalicen conductas exigibles. Esos principios, al procurar modelar el ideal del mejor juez posible, no sólo reclaman ciertas conductas sino que alientan que, tras la reiteración de las mismas, se arraiguen en hábitos beneficiosos, facilitadores de los respectivos comportamientos y fuente de una más sólida confianza ciudadana.

XIII. LAS PROYECCIONES DE LOS PRINCIPIOS EN NORMAS O REGLAS ÉTICAS

El *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial* ofrece así un catálogo de principios que en buena medida ya han sido receptados en Códigos vigentes en Iberoamérica.

Estos principios ordenan genérica y concentradamente la excelencia judicial, y posibilitan que otras normas vayan concretando ese ideal, a tenor de cambiantes y variadas circunstancias de tiempo y lugar. Cabe advertir que estos principios pueden ser reconstruidos con el lenguaje propio de las virtudes —como se hace en algunos Códigos Iberoamericanos—, en tanto la habitualidad de las conductas pertinentes consolida disposiciones para la excelencia en el servicio judicial.

XIV. LA EXPERIENCIA IBEROAMERICANA EN MATERIA DE FALTAS ÉTICAS Y ASESORAMIENTO ÉTICO JUDICIAL

Con independencia de que se estime conveniente alentar y procurar que las exigencias de los Códigos Éticos no queden libradas a la sola voluntad de los destinatarios, una lectura comparativa de los distintos sistemas vigentes en Iberoamérica en materia de ética judicial permite constatar la existencia de un tratamiento muy diversificado. Así, existen países que han optado por establecer Tribunales de Ética Judicial *ad hoc* que juzgan de manera particular las faltas a sus respectivos Códigos de Ética, mientras que en otros los Tribunales de Ética se limitan a declarar la existencia de una falta ética, pero dejan a los órganos disciplinarios habituales la decisión final que eventualmente pueda adoptarse.

Además, hay países en que las faltas éticas se encuentran incluidas dentro del régimen jurídico disciplinario que aplican los órganos administrativos o judiciales competentes. Y, finalmente, otros que confían la eficacia del Código a la voluntad individual de sus destinatarios. Por otro lado, además de Tribunales de Ética, algunos Códigos han previsto la existencia de Comisiones de Consultas Éticas a las que se pueden remitir dudas o cuestiones con el propósito de recabar una opinión que puede o no ser reservada; de esta manera, al mismo tiempo que se presta un servicio de asesoramiento, se van enriqueciendo y concretando las exigencias éticas generales establecidas por los principios.

XV. COMISIÓN IBEROAMERICANA DE ÉTICA JUDICIAL

Partiendo de esta diversificada experiencia institucional, el *Código Modelo* propone la creación de una Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. Sus funciones principales son las de asesorar a los diferentes Poderes Judiciales cuando éstos lo requieran y la de crear un espacio de discusión, difusión y desarrollo de la ética judicial en el ámbito iberoamericano. La Comisión estará integrada por nueve miembros que habrán de estar vinculados directa o indirectamente al quehacer judicial.

PARTE I

PRINCIPIOS DE LA ÉTICA JUDICIAL IBEROAMERICANA

CAPÍTULO I

Independencia

Art. 1.— Las instituciones que, en el marco del Estado constitucional, garantizan la independencia judicial no están dirigidas a situar al juez en una posición de privilegio. Su razón de ser es la de garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales.

Art. 2.— El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo.

Art. 3.— El juez, con sus actitudes y comportamientos, debe poner de manifiesto que no recibe influencias —directas o indirectas— de ningún otro poder público o privado, bien sea externo o interno al orden judicial.

Art. 4.— La independencia judicial implica que al juez le está éticamente vedado participar de cualquier manera en actividad política partidaria.

Art. 5.— El juez podrá reclamar que se le reconozcan los derechos y se le suministren los medios que posibiliten o faciliten su independencia.

Art. 6.— El juez tiene el derecho y el deber de denunciar cualquier intento de perturbación de su independencia.

Art. 7.— Al juez no sólo se le exige éticamente que sea independiente sino también que no interfiera en la independencia de otros colegas.

Art. 8.— El juez debe ejercer con moderación y prudencia el poder que acompaña al ejercicio de la función jurisdiccional.

CAPÍTULO II

Imparcialidad

Art. 9.— La imparcialidad judicial tiene su fundamento en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional.

Art. 10.— El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio.

Art. 11.— El juez está obligado a abstenerse de intervenir en aquellas causas en las que se vea comprometida su imparcialidad o en las que un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así.

Art. 12.— El juez debe procurar evitar las situaciones que directa o indirectamente justifiquen apartarse de la causa.

Art. 13.— El juez debe evitar toda apariencia de trato preferencial o especial con los abogados y con los justiciables, proveniente de su propia conducta o de la de los otros integrantes de la oficina judicial.

Art. 14.— Al juez y a los otros miembros de la oficina judicial les está prohibido recibir regalos o beneficios de toda índole que resulten injustificados desde la perspectiva de un observador razonable.

Art. 15.— El juez debe procurar no mantener reuniones con una de las partes o sus abogados (en su despacho o, con mayor razón, fuera del mismo) que las contrapartes y sus abogados puedan razonablemente considerar injustificadas.

Art. 16.— El juez debe respetar el derecho de las partes a afirmar y contradecir, en el marco del debido proceso.

Art. 17.— La imparcialidad de juicio obliga al juez a generar hábitos rigurosos de honestidad intelectual y de autocrítica.

CAPÍTULO III *Motivación*

Art. 18.— La obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales.

Art. 19.— Motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión.

Art. 20.— Una decisión carente de motivación es, en principio, una decisión arbitraria, sólo tolerable en la medida en que una expresa disposición jurídica justificada lo permita.

Art. 21.— El deber de motivar adquiere una intensidad máxima en relación con decisiones privativas o restrictivas de derechos, o cuando el juez ejerza un poder discrecional.

Art. 22.— El juez debe motivar sus decisiones tanto en materia de hechos como de Derecho.

Art. 23.— En materia de hechos, el juez debe proceder con rigor analítico en el tratamiento del cuadro probatorio. Debe mostrar en concreto lo que aporta cada medio de prueba, para luego efectuar una apreciación en su conjunto.

Art. 24.— La motivación en materia de Derecho no puede limitarse a invocar las normas aplicables, especialmente en las resoluciones sobre el fondo de los asuntos.

Art. 25.— La motivación debe extenderse a todas las alegaciones de las partes, o a las razones producidas por los jueces que hayan conocido antes del asunto, siempre que sean relevantes para la decisión.

Art. 26.— En los tribunales colegiados, la deliberación debe tener lugar y la motivación expresarse en términos respetuosos y dentro de los márgenes de la buena fe. El derecho de cada juez a disentir de la opinión mayoritaria debe ejercerse con moderación.

Art. 27.— Las motivaciones deben estar expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas.

CAPÍTULO IV

Conocimiento y Capacitación

Art. 28.— La exigencia de conocimiento y de capacitación permanente de los jueces tiene como fundamento el derecho de los justiciables y de la sociedad en general a obtener un servicio de calidad en la administración de justicia.

Art. 29.— El juez bien formado es el que conoce el Derecho vigente y ha desarrollado las capacidades técnicas y las actitudes éticas adecuadas para aplicarlo correctamente.

Art. 30.— La obligación de formación continuada de los jueces se extiende tanto a las materias específicamente jurídicas como a los saberes y técnicas que puedan favorecer el mejor cumplimiento de las funciones judiciales.

Art. 31.— El conocimiento y la capacitación de los jueces adquiere una especial intensidad en relación con las materias, las técnicas y las actitudes que conduzcan a la máxima protección de los derechos humanos y al desarrollo de los valores constitucionales.

Art. 32.— El juez debe facilitar y promover en la medida de lo posible la formación de los otros miembros de la oficina judicial.

Art. 33.— El juez debe mantener una actitud de activa colaboración en todas las actividades conducentes a la formación judicial.

Art. 34.— El juez debe esforzarse por contribuir, con sus conocimientos teóricos y prácticos, al mejor desarrollo del Derecho y de la administración de justicia.

CAPÍTULO V

Justicia y Equidad

Art. 35.— El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho.

Art. 36.— La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes.

Art. 37.— El juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes.

Art. 38.— En las esferas de discrecionalidad que le ofrece el Derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y de equidad.

Art. 39.— En todos los procesos, el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley.

Art. 40.— El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan.

CAPÍTULO VI

Responsabilidad institucional

Art. 41.— El buen funcionamiento del conjunto de las instituciones judiciales es condición necesaria para que cada juez pueda desempeñar adecuadamente su función.

Art. 42.— El juez institucionalmente responsable es el que, además de cumplir con sus obligaciones específicas de carácter individual, asume un compromiso activo en el buen funcionamiento de todo el sistema judicial.

Art. 43.— El juez tiene el deber de promover en la sociedad una actitud, racionalmente fundada, de respeto y confianza hacia la administración de justicia.

Art. 44.— El juez debe estar dispuesto a responder voluntariamente por sus acciones y omisiones.

Art. 45.— El juez debe denunciar ante quien corresponda los incumplimientos graves en los que puedan incurrir sus colegas.

Art. 46.— El juez debe evitar favorecer promociones o ascensos irregulares o injustificados de otros miembros del servicio de justicia.

Art. 47.— El juez debe estar dispuesto a promover y colaborar en todo lo que signifique un mejor funcionamiento de la administración de justicia.

CAPÍTULO VII

Cortesía

Art. 48.— Los deberes de cortesía tienen su fundamento en la moral y su cumplimiento contribuye a un mejor funcionamiento de la administración de justicia.

Art. 49.— La cortesía es la forma de exteriorizar el respeto y consideración que los jueces deben a sus colegas, a los otros miembros de la

oficina judicial, a los abogados, a los testigos, a los justiciables y, en general, a todos cuantos se relacionan con la administración de justicia.

Art. 50.— El juez debe brindar las explicaciones y aclaraciones que le sean pedidas, en la medida en que sean procedentes y oportunas y no supongan la vulneración de alguna norma jurídica.

Art. 51.— En el ámbito de su tribunal, el juez debe relacionarse con los funcionarios, auxiliares y empleados sin incurrir —o aparentar hacerlo— en favoritismo o cualquier tipo de conducta arbitraria.

Art. 52.— El juez debe mostrar una actitud tolerante y respetuosa hacia las críticas dirigidas a sus decisiones y comportamientos.

CAPÍTULO VIII

Integridad

Art. 53.— La integridad de la conducta del juez fuera del ámbito estricto de la actividad jurisdiccional contribuye a una fundada confianza de los ciudadanos en la judicatura.

Art. 54.— El juez íntegro no debe comportarse de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función.

Art. 55.— El juez debe ser consciente de que el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de los ciudadanos.

CAPÍTULO IX

Transparencia

Art. 56.— La transparencia de las actuaciones del juez es una garantía de la justicia de sus decisiones.

Art. 57.— El juez ha de procurar ofrecer, sin infringir el Derecho vigente, información útil, pertinente, comprensible y fiable.

Art. 58.— Aunque la ley no lo exija, el juez debe documentar, en la medida de lo posible, todos los actos de su gestión y permitir su publicidad.

Art. 59.— El juez debe comportarse, en relación con los medios de comunicación social, de manera equitativa y prudente, y cuidar especialmente de que no resulten perjudicados los derechos e intereses legítimos de las partes y de los abogados.

Art. 60.— El juez debe evitar comportamientos o actitudes que puedan entenderse como búsqueda injustificada o desmesurada de reconocimiento social.

CAPÍTULO X ***Secreto profesional***

Art. 61.— El secreto profesional tiene como fundamento salvaguardar los derechos de las partes y de sus allegados frente al uso indebido de informaciones obtenidas por el juez en el desempeño de sus funciones.

Art. 62.— Los jueces tienen obligación de guardar absoluta reserva y secreto profesional en relación con las causas en trámite y con los hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta.

Art. 63.— Los jueces pertenecientes a órganos colegiados han de garantizar el secreto de las deliberaciones del tribunal, salvo las excepciones previstas en las normas jurídicas vigentes.

Art. 64.— Los jueces habrán de servirse tan solo de los medios legítimos que el ordenamiento pone a su alcance en la persecución de la verdad de los hechos en los actos de que conozcan.

Art. 65.— El juez debe procurar que los funcionarios, auxiliares o empleados de la oficina judicial cumplan con el secreto profesional en torno a la información vinculada con las causas bajo su jurisdicción.

Art. 66.— El deber de reserva y secreto profesional que pesa sobre el juez se extiende no sólo a los medios de información institucionalizados, sino también al ámbito estrictamente privado.

Art. 67.— El deber de reserva y secreto profesional corresponde tanto al procedimiento de las causas como a las decisiones adoptadas en las mismas.

CAPÍTULO XI ***Prudencia***

Art. 68.— La prudencia está orientada al autocontrol del poder de decisión de los jueces y al cabal cumplimiento de la función jurisdiccional.

Art. 69.— El juez prudente es el que procura que sus comportamientos, actitudes y decisiones sean el resultado de un juicio justificado racionalmente, luego de haber meditado y valorado argumentos y contraargumentos disponibles, en el marco del Derecho aplicable.

Art. 70.— El juez debe mantener una actitud abierta y paciente para escuchar o reconocer nuevos argumentos o críticas en orden a confirmar o rectificar criterios o puntos de vista asumidos.

Art. 71.— Al adoptar una decisión, el juez debe analizar las distintas alternativas que ofrece el Derecho y valorar las diferentes consecuencias que traerán aparejadas cada una de ellas.

Art. 72.— El juicio prudente exige al juez capacidad de comprensión y esfuerzo por ser objetivo.

CAPÍTULO XII

Diligencia

Art. 73.— La exigencia de diligencia está encaminada a evitar la injusticia que comporta una decisión tardía.

Art. 74.— El juez debe procurar que los procesos a su cargo se resuelvan en un plazo razonable.

Art. 75.— El juez debe evitar o, en todo caso, sancionar las actividades dilatorias o de otro modo contrarias a la buena fe procesal de las partes.

Art. 76.— El juez debe procurar que los actos procesales se celebren con la máxima puntualidad.

Art. 77.— El juez no debe contraer obligaciones que perturben o impidan el cumplimiento apropiado de sus funciones específicas.

Art. 78.— El juez debe tener una actitud positiva hacia los sistemas de evaluación de su desempeño.

CAPÍTULO XIII

Honestidad profesional

Art. 79.— La honestidad de la conducta del juez es necesaria para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la justicia y contribuye al prestigio de la misma.

Art. 80.— El juez tiene prohibido recibir beneficios al margen de los que por Derecho le correspondan y utilizar abusivamente o apropiarse de los medios que se le confían para el cumplimiento de su función.

Art. 81.— El juez debe comportarse de manera que ningún observador razonable pueda entender que se aprovecha de manera ilegítima, irregular o incorrecta del trabajo de los demás integrantes de la oficina judicial.

Art. 82.— El juez debe adoptar las medidas necesarias para evitar que pueda surgir cualquier duda razonable sobre la legitimidad de sus ingresos y de su situación patrimonial.

PARTE II

COMISIÓN IBEROAMERICANA DE ÉTICA JUDICIAL

Art. 83.— La Comisión Iberoamericana de Ética Judicial tiene por objeto:

- a) Asesorar a los diferentes Poderes Judiciales y Consejos de la Judicatura Iberoamericanos o a la propia Cumbre Judicial cuando lo soliciten sus representantes.
- b) Facilitar la discusión, difusión y desarrollo de la ética judicial a través de publicaciones o de la realización de cursos, seminarios, diplomados y demás encuentros académicos.
- c) Fortalecer la conciencia ética judicial de los impartidores de justicia iberoamericanos.

Art. 84.— La Comisión estará integrada por nueve miembros y un secretario ejecutivo, elegidos por un período de cuatro años con posibilidad de reelección. Los cargos serán honoríficos.

Art. 85.— Cada órgano integrante de la Cumbre Judicial Iberoamericana podrá proponer a un candidato por cada vacante de la Comisión, debiendo acompañar el respectivo *curriculum vitae*.

Art. 86.— Los candidatos deberán estar vinculados directa o indirectamente con el quehacer judicial, contar con una amplia trayectoria profesional y gozar de reconocido prestigio. Podrán provenir de la magistratura, la abogacía o la actividad académica y estar en activo o jubilados.

Art. 87.— Integrarán la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial aquellos candidatos que obtengan el consenso en la Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial, y de no ser posible, el mayor número de votos de los miembros presentes.

Art. 88.— La Secretaría Permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana propondrá a la Asamblea Plenaria el candidato a ocupar la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, debiendo obtener el consenso o la mayoría de votos a que se refiere el artículo anterior.

Art. 89.— El candidato a la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial podrá ser de cualquier nacionalidad de los

países iberoamericanos y deberá cumplir con los mismos requisitos que los miembros de la Comisión.

Art. 90.— El Secretario Ejecutivo de la Comisión tendrá las siguientes funciones:

- a) Propiciar y convocar a las sesiones ordinarias y extraordinarias de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.
- b) Recibir, tramitar y archivar las solicitudes de asesoría, consultas o cualquier otro documento.
- c) Levantar actas de las sesiones de la Comisión.
- d) Rendir cuentas a los miembros de la Comisión y a la Cumbre Judicial Iberoamericana cada año y en cada oportunidad que se le solicite.
- e) Coordinarse con las Secretarías Permanente y *Pro-Tempore*.
- f) Ejecutar y notificar las decisiones de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.
- g) Participar en las deliberaciones de la Comisión Iberoamericana con voz, pero sin voto.

Art. 91.— El domicilio de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial será el de la Secretaría Ejecutiva.

Art. 92.— Las solicitudes de asesoría o cualquier otra petición de los órganos integrantes de la Cumbre Judicial Iberoamericana o los de la propia Cumbre Judicial deberán dirigirse a la Secretaría Ejecutiva.

Art. 93.— Una vez recibida una solicitud o petición, la Secretaría Ejecutiva, en el plazo de 72 horas, deberá ponerla en conocimiento de los integrantes de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.

Art. 94.— La Comisión Iberoamericana deberá pronunciarse en el plazo de 90 días naturales o corridos, contados a partir de la recepción de la solicitud o petición.

Art. 95.— Los dictámenes, las recomendaciones, las asesorías o cualquier pronunciamiento de la Comisión Iberoamericana en ningún caso tendrán fuerza vinculante para los Poderes Judiciales o Consejos de la Judicatura ni para la propia Cumbre Judicial.



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año III, N.º 5, enero - junio, Lima, 2007

Revista de Revistas

- ☐ A. América:
Cuestiones Constitucionales
- ☐ B. Europa:
Revista Española de Derecho Constitucional
Teoría y Realidad Constitucional

A. AMÉRICA

CUESTIONES CONSTITUCIONALES

N.º 16, enero-junio, 2007

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Las leyes, la política y la alta política educativa. *Andere M., Eduardo*
- El proceso electoral de 2006 y las reformas electorales necesarias. *Cárdenas, Jaime*
- Las encuestas electorales y los derechos fundamentales. Una primera reflexión. *Corzo Sosa, Edgar*
- Las partes en las controversias constitucionales. *Cossío Díaz, José Ramón*
- Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación in vitro). *Escobar Fornos, Iván*
- La Constitución mexicana y el arbitraje comercial. *Fernández Rozas, José Carlos*
- La defensa de los derechos humanos en México. Respuesta a John Ackerman. *García López-Guerrero, Luis*
- A originalidade e as principais características da Constituição portuguesa. *Miranda, Jorge*
- Mandado de segurança colectivo e sua impetração por partido político. *Pereira Nobre Júnior, Edilson*

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

- Crónica jurisprudencial 2005. *Corzo Sosa, Edgar*
- Conjeturas acerca de la limitación a la libertad de expresión, por respeto a los símbolos patrios (caso del poeta maldito). *Díaz Aldret, Octavio*
- Tribunal constitucional y Unión Europea. El caso español a propósito de la sentencia 58/2004 y de la fase actual de la integración constitucional de Europa. *Herrera García, Alfonso*
- El caso Sergio Witz: ¿un conflicto de derechos? *López Salas, Rafaela*
- La sentencia del caso Meor Atiquiram Bin Ishak de la Corte Federal de Malasia. Un importante precedente sobre límites de libertad religiosa. *Paredes Montiel, Marat*

- Contradicción de tesis jurisprudenciales (contradicción de tesis 2/2006-PL). *Sánchez Álvarez, Diana Elena*

COMENTARIOS LEGISLATIVOS

- Las nuevas disposiciones electorales para los partidos nuevos y las agrupaciones políticas nacionales en México. *Flores Andrade, Anselmo*
- Comentario a la reforma al artículo 6o. De la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. *Martí Capitanachi, Luz del Carmen*

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARBONELL, Miguel, Una historia de los derechos fundamentales. *Cruz Barney, Óscar*
- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, Proyectos constitucionales en España (1786-1824). *Martínez Martínez, Faustino*
- Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1808-2006. *Molina Suárez, César de Jesús, Cárdenas Gutiérrez, Salvador*

B. EUROPA

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL N.º 79, enero-abril, 2007

ESTUDIOS

- La organización institucional de las comunidades autónomas. *Manuel Aragón*
- Sí, pueden (declaraciones de derechos y estatutos de autonomía). *Francisco Caamaño*
- La representación territorial y el senado. En torno a la propuesta del Consejo de Estado. *Fernando Santaolalla López*
- Las lenguas oficiales entre Constitución y comunidades autónomas: ¿desarrollo o transformación del modelo constitucional? *Alberto López Basaguren*
- Las conferencias sectoriales. *Juan Carlos Duque Villanueva*

NOTAS

- Crónica política y legislativa del año 2006. *Miguel Azpitarte Sánchez*
- Sobre la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral general: Un programa de mejoras técnicas. *Manuel Carrasco Durán*

- Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley en las materias que se delegan

JURISPRUDENCIA

- Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid. Actividad del Tribunal Constitucional: Relación de sentencias dictadas durante el tercer cuatrimestre de 2006
- Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2006. *Juan Luis Requejo Pagés*

ESTUDIOS CRÍTICOS

- Espantá torera y amparo constitucional. *Miguel Ángel Montañés Pardo*
- La discriminación racial en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Fernando Rey Martínez*
- Incidencia en la Jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH. *Santiago Ripol Carulla*

CRÍTICA DE LIBROS

- Nacionalidades históricas y regiones sin historia. *Javier Corcuera Aienza*

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

- Noticias de libros

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 80, mayo-agosto, 2007

ESTUDIOS

- La evolución democrática de la defensa nacional. *Fernando López Ramón*
- Los derechos, Un contenido constitucional de los estatutos de autonomía. *Marc Carrillo*
- La incidencia de la reforma de los estatutos de autonomía en la financiación autonómica. *Emilia Girón Reguera*
- La creación de un estado europeo jurisdiccional en los proyectos de paz perpetua. *María Valvidares*

NOTAS

- Constitución y multiculturalismo una valoración del artículo 27 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. *Eduardo Ruiz Vieytes*
- Naturaleza y alcance de las declaraciones estatutarias de Derechos en España e Italia. *Alberto Anguita Susi*

JURISPRUDENCIA

- Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid. Actividad del Tribunal Constitucional: Relación de sentencias dictadas durante el primer cuatrimestre de 2007
- Juan Carlos Duque Villanueva, Ignacio Torres Muro, Enric Fossas Espadaler. Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2007. *Juan Luis Requejo Pagés*

ESTUDIOS CRÍTICOS

- Contratación laboral de los profesores de religión católica por la administración pública. *Dionisio Llamazares Fernández*
- El control del ejercicio por el gobierno de la facultad de veto presupuestario. *Ángel Marrero García-Rojo*
- ANV: Crónica de una impugnación anunciada. *Miguel Pérez-Moneo Agapito*

CRÍTICA DE LIBROS

- Proceso penal y doctrina del Tribunal Constitucional. *Pedro Tenorio*
- Principios de competencia y prevalencia en la resolución de los conflictos competenciales. *Antonio Arroyo Gillos*

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

- Noticias de Libros

TEORÍA Y REALIDAD CONSTITUCIONAL

Primer semestre, Año 2007, N.º 19

ENCUESTA

- Control Parlamentario. Encuestados: Manuel Alba Navarro, Luis María Cazorla Prieto, Luis María Díez-Picazo Giménez, Javier García Fernández, Antonio López Pina, Antonio Porras Nadales, José Antonio Portero Molina

ESTUDIOS

- Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges (1789-1958). *Francisco Fernández Segado*
- La renovación de la función parlamentaria de control. *José Tudela Aranda*
- Transformaciones en los instrumentos de control parlamentario. *Elviro Aranda Alvarez*
- Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario. *Rafael Bustos Gisbert*
- Los instrumentos de control parlamentario de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. *Ana I. Melado Lirola*

NOTAS

- El Tratado Constitucional Europeo y el constitucionalismo del Estado Social. *Carlos de Cabo Martín*
- Nota sobre la frustrada reforma constitucional italiana de 2006. *Marc Carrillo López*
- El concepto de lo básico en la jurisprudencia constitucional sobre paquetes nacionales. *Gerardo Ruíz-Rico Ruíz*
- Justicia y construcción europea. *Juan Fernando López Aguilar*
- Sujeto y decisión constituyentes. *Landelino Lavilla Alsina*
- Democracia directa en el partidista Estado Federal Alemán. *Franck Decker*
- Reforma, mutación y ... quiebra constitucional. *Santiago Sánchez González*
- El control en las asambleas autonómicas a través de los ciudadanos. *Ascensión Elvira Perales*
- La articulación del control parlamentario sobre los espacios libres de control gubernamental: Parlamento y Administraciones independientes. *Cristina Pauner Chulvi*
- Las solicitudes de información al Gobierno como forma de control parlamentario. *Montserrat Auzmendi del Solar*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- El control parlamentario en la jurisprudencia constitucional. *Esperanza Gómez Corona*
- El nuevo criterio de ¿la tutela materialmente equivalente¿ en relación con las expropiaciones legislativas (La STC 48/2005). *Fernando Rey Martínez*

Colaboraron en este número

AGUILÓ REGLA, Josep

Profesor titular de la Cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante. Forma parte del Consejo Editor de la revista *Doxa*. Es Coordinador Científico del Portal de Filosofía del Derecho “Doxa”.

DONAYRE MONTESINOS, Christian

Ha sido Profesor Titular de Derecho Constitucional de la misma universidad. Actualmente se viene desempeñando como Profesor a tiempo completo de su especialidad en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y como Profesor Asociado de la Academia de la Magistratura

LANDA, César

Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo

Postgrado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, España) y en el Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo, Francia). Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Profesor de la UPC.

MORAL SORIANO, Leonor

Licenciada en Derecho por la Universidad de Granada y Doctora en Derecho por el Instituto Universitario Europeo. Tutor en Teoría de Derecho, Universidad de Edimburgo, 1998-2000. Investigadora (Senior Research Fellow) en el Max-Planck Project Group on the Law of the Common Goods, 2000.

PINI, Joseph

Aix-Marseille III G.E.R.I.C. — Instituto Louis Favoreu (CNRS UMR 6201 — Universidad de Aix-Marseille)

*Se terminó de imprimir, en los talleres
de **Grández Gráficos** S.A.C.
el mes de abril de 2009,
por encargo de Palestra Editores S.A.C.
www.grandezgraficos.com
Teléf.:(511) 531-4658*