

Año 1 N°10

Publicación no oficial

Palestra^{del} Tribunal Constitucional



Revista mensual de Jurisprudencia

OCT 2006



PALESTRA

DIRECTORES:
EDGAR CARPIO MARCOS
PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO

PALESTRA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Año 1 N° 10

Publicación no oficial

Palestra *del* Tribunal Constitucional



Revista mensual de Jurisprudencia

PALESTRA EDITORES
LIMA - 2006

Palestra del Tribunal Constitucional

Revista mensual de Jurisprudencia

Año I, Número 10 - Octubre del 2006

DIRECTORES

Edgar Carpio Marcos
Pedro P. Grández Castro

COMITÉ ASESOR

Samuel Abad Yupanqui
Jorge Danós Ordóñez
Francisco Eguiguren Praeli
Domingo García Belaunde
Víctor García Toma
Magdiel Gonzales Ojeda

COMITÉ DE REDACCIÓN

Luis Castillo Córdova
Luis Huerta Guerrero
Betzabé Marciani Burgos
Roberto Pereira Chumbe
Roger Rodríguez Santander
Luis Sáenz Dávalos

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Juan Manuel Sosa Sacio

ÍNDICES

César A. Zarzosa González

© Copyright

: PALESTRA EDITORES S.A.C.
Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telf. (511) 243-6664
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:
GRANDEZ GRÁFICOS S.A.C.
Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Los Olivos

DISEÑO DE CARÁTULA Y DIAGRAMACIÓN : ANA CRIBILLERO C.
MOTIVO DE CARÁTULA : CERÁMICA PINTADA. AVE MARINA. CHANCAY.
COSTA CENTRAL. S11D.C.

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N° 2006-1614

N° de registro del Proyecto Editorial: 31501000600687

ISSN: 1991-1661

Impreso en el Perú

Printed in Peru

CONTENIDO

PRESENTACIÓN DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS DEL MES

JURISPRUDENCIA DEL MES

(Sentencias y resoluciones del mes de agosto ordenadas cronológicamente)

02 de octubre (STC 1113/2006 a STC 1120/2006)	9
03 de octubre (STC 1121/2006 a STC 1123/2006)	54
04 de octubre (STC 1124/2006 a STC 1137/2006)	61
05 de octubre (STC 1138/2006 a STC 1150/2006)	93
06 de octubre (STC 1151/2006 a STC 1155/2006)	122
10 de octubre (STC 1156/2006 a STC 1172/2006)	137
11 de octubre (STC 1173/2006 a STC 1178/2006)	166
<i>Precedente vinculante</i> STC 1173/2006	166
12 de octubre (STC 1179/2006 a STC 1184/2006)	194
13 de octubre (STC 1185/2006 a STC 1196/2006)	210
16 de octubre (STC 1197/2006 a STC 1203/2006)	250
18 de octubre (STC 1204/2006 a STC 1210/2006)	269
20 de octubre (STC 1211/2006 a STC 1214/2006)	305
23 de octubre (STC 1215/2006 a STC 1226/2005)	315
24 de octubre (STC 1227/2006 a STC 1242/2006)	359
25 de octubre	396
26 de octubre (STC 1243/2006 a STC 1244/2006)	399
27 de octubre (STC 1245/2006 a STC 1246/2006)	402
30 de octubre (STC 1247/2006)	412
31 de octubre (STC 1248/2006)	414

ESTUDIOS A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Distinciones entre precedente vinculante y jurisprudencia constitucional

(Notas a la sentencia 1173/2006, Exp. N° 3741-2004-AA/TC)

Pedro P. GRÁNDEZ CASTRO	419
-------------------------------	-----

La constitucionalidad de la franja electoral otorgada a los partidos políticos

(Comentario a la STC 1049/2006, Exp. N.º 0003-2006-PI/TC)

Carlo Magno SALCEDO CUADROS	431
-----------------------------------	-----

El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo sancionador y la jurisprudencia constitucional Giancarlo E. CRESCI VASSALLO	449
¿Garantiza la Constitución una reserva de organización y codificación castrense y policial autónomas? Roberto Carlos PEREIRA CHUMBE	459
ESTUDIOS A LA JURISPRUDENCIA COMPARADA	
Al hilo de 25 años de control de constitucionalidad de la ley en España La declinante fuerza del recurso de inconstitucionalidad Miguel REVENGA SÁNCHEZ	473
ESTUDIOS DE DOCTRINA CONSTITUCIONAL	
Las peculiaridades de los textos únicos ordenados en nuestro sistema de fuentes del Derecho ¿Facultad legislativa subrepticia del Poder Ejecutivo? Juan Carlos MORÓN URBINA	483
LISTADO DE RESOLUCIONES PUBLICADAS EN LA PÁGINA WEB DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	507
RESUMEN DE SENTENCIAS PUBLICADAS EN EL MES (Ordenadas por procesos)	525
ÍNDICES	
Índice por número de expediente	547
Índice por normas	549
Índice por temas	553
Índice de sentencias numeradas	561
FE DE ERRATAS	
Precedentes vinculantes STC1033/2006, STC1051/2006, STC1101/2006	
COLABORARON EN ESTE NÚMERO	565

DISTINCIONES ENTRE PRECEDENTE VINCULANTE Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

(Notas a la sentencia 1173/2006, Exp. N.º 3741-2004-AA/TC)*

PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO¹

Sumario: I. PRELIMINARES. II. LAS CONFUSIONES INICIALES TRAS LA PUESTA EN VIGOR DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. III. UNA PRIMERA DISTINCIÓN: PRECEDENTE VINCULANTE E INTERPRETACIONES CONSTITUCIONALMENTE VINCULANTES. IV. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y PRECEDENTE NORMATIVO. V. PRECEDENTE VINCULANTE Y VALOR DE *COSA JUZGADA* DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL. VI. CONCEPCIÓN DE JUEZ Y «MODELO» DE PRECEDENTE. VII. LÍMITES Y «LIMITACIONES» EN EL ESTABLECIMIENTO DE LA «REGLA» PRECEDENTE. VIII. CONCEPCIONES DE PRECEDENTE: IDEAS FINALES; 1. LA CONCEPCIÓN FORMAL DE PRECEDENTE; 2. LA CONCEPCIÓN MATERIAL DE PRECEDENTE.

I. Preliminares

En la STC 1173/2006, Exp. N.º 3741-2004-AA, el Tribunal Constitucional (TC) ha resuelto varias cuestiones de importancia para el fortalecimiento y desarrollo en nuestro país de algunas de las premisas básicas del Estado Constitucional. Algunas de estas cuestiones tratan, por ejemplo, de la relación entre constitucionalismo y Administración, a partir de la incorporación como precedente vinculante de la potestad («obligación», dice el Tribunal) del ejercicio del control difuso por parte de los tribunales administrativos y órganos colegiados, bajo determinados supuestos establecidos también en la sentencia. También se aborda un tema crucial para las democracias en transición, que es la relación entre los ciudadanos y la Administración al declarar inconstitucional el cobro de cualquier monto y bajo cualquier denominación, por el solo hecho de impugnar una decisión administrativa. El TC ha entendido, de este modo, que el modelo de Estado Constitucional propicia la participación ciudadana en el control del poder, sin que éste pueda condicionar este ejercicio en ningún supuesto.

Sin embargo, no serán éstas las cuestiones que intentaremos resaltar en esta nota, sino la «teoría» del precedente constitucional vinculante que el Tribunal también ha perfilado a partir de este caso² y, de modo especial, a los elementos de distinción entre precedente vinculante y jurisprudencia constitucional. Se trata de una decisión que intenta despejar algunas dudas y, al propio tiempo, establecer algunos límites a la potestad *normativa* que se le ha conferido al TC a través del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

II. Las confusiones iniciales tras la puesta en vigor del Código Procesal Constitucional.

Tras la puesta en vigor del Código Procesal Constitucional algún lector extranjero, de paso por el Perú, nos hizo la siguiente observación: «Explíquenme, por favor, ¿la jurisprudencia del

* Puede consultar la 1173/2006, Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, publicada a texto completo en este volumen de *Palestra del Tribunal Constitucional* (página 166 y ss.)

1 Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Co-director de *Palestra del Tribunal Constitucional*.

2 Si bien el TC había adelantado ya algunas de las ideas que recoge esta sentencia en el Exp. N.º 024-2003-AI/TC, se había cuestionado el hecho que esta última no tenía las características propias de un precedente vinculante en los términos exigidos por el artículo VII; esto es, «Sentencias (...) que adquieren la calidad de cosa juzgada».

Tribunal Constitucional es o no vinculante en el caso vuestro?; pues leo el artículo VI de vuestro novísimo Código Procesal Constitucional y ahí se señala que «(...) los jueces interpretan y aplican las leyes y toda norma infralegal conforme a las interpretaciones que recoja el Tribunal constitucional en sus resoluciones». Esto lo entiendo yo –decía nuestro visitante– como un efecto amplio de la jurisprudencia del TC recogida no sólo en sentencias, sino incluso en los autos de rechazo por ejemplo. Resulta, sin embargo –continuaba–, que a renglón seguido el artículo VII del mismo cuerpo normativo señala que lo que realmente resulta vinculante son «Las sentencias del tribunal Constitucional que adquieren autoridad de cosa juzgada (...)», pero además que dicho efecto debe ser declarado expresamente por el propio Tribunal «cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo».

El sentido común de nuestro visitante nos mostraba, de este modo, una aparente contradicción que no tardó en expandirse también a los tribunales. Así, en el caso Torres Méndez contra el Consejo de la Magistratura (Exp. N.º 1172-2001), la Sexta Sala Civil de la Corte de Lima, no dudó en establecer entre sus fundamentos, que si bien sobre el tema de la ratificación de magistrados se encontraba vigente la jurisprudencia del TC, emitida (entre otros) en los expedientes N.º 1941-2002-AA/TC y 2209-2002-AA/TC³, jurisprudencia que el propio ponente de la sentencia admite haber aplicado con antelación a este caso; no obstante, y en la medida que tales consideraciones no habían sido recogidas como precedente vinculante en los términos del artículo VII, no tendrían efecto vinculante y, en consecuencia, no fueron tomados en cuenta a la hora de resolver el caso⁴. De este modo, contra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en este caso el Poder Judicial anuló el acuerdo del Pleno del Consejo de la Magistratura, que resolvió no ratificar al Magistrado Miguel Torres Méndez, y ordenó su reposición en el cargo de Vocal Titular de la Corte del Callao.

Similar criterio asumió la Segunda Sala Civil de La Corte Superior de Lima, en el amparo presentado por Antonio Cerna Bazán contra el CNM, en el que ordenó la reposición del recurrente en su puesto de Fiscal Superior de la Libertad (Exp. N.º 186-2005), considerando entre sus fundamentos, en lo que aquí interesa, que «(...) respecto a la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2004 emitida por el máximo intérprete constitucional, en el expediente N.º 1855-2004-AA/TC, el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, señala en su parte pertinente 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» (fundamento sétimo). Luego y sobre esta base argumentativa señala en su fundamento octavo que la sentencia constitucional aludida, «Si bien constituye una sentencia del máximo intérprete constitucional, el criterio en

3 Debe advertirse en este punto, que el TC venía a «convalidar», de algún modo, la actividad «discrecional» del Consejo Nacional de la Magistratura, estableciendo que los jueces y fiscales de la república debían de someterse cada siete años a una suerte de ratificación de la confianza la misma que podía ocurrir, como en efecto sucedía, sin expresión de razón alguna cuando el resultado era la no ratificación. Esta tendencia en la jurisprudencia ha sido ya superada tras la expedición de la sentencia en el Exp. N.º 3361-2004-AA/TC.

4 «A la fecha, se encuentra vigente el Código Procesal Constitucional, Ley N.º 28237, norma que en su artículo VII del título Preliminar precisa: (...), no habiéndose precisado que estas sentencias (alude aquí a la jurisprudencia constitucional) tengan dicho carácter vinculante, máxime teniendo en cuenta que con posterioridad, dos de los integrantes del referido Tribunal, no comparten el criterio asumido en las sentencias antes indicadas» (Fundamento jurídico sexto, en nota al pie hacen referencia a los votos singulares de los Magistrados Revoredo Marzano (Exp. N.º 1923-2003-AA/TC) y Manuel Aguirre Roca (Exp. N.º 718-2004-AA/TC))

ella expuesto no resulta de observancia obligatoria *al no encontrarse en el supuesto antes mencionado*, máxime si en dicha sentencia existe un voto singular de la magistrado Revoredo Marsano que avala el criterio expuesto en la presente resolución» (resaltado agregado)

Si bien en ambos casos resulta interesante hacer notar la referencia a la falta de unanimidad en la votación de los magistrados del propio TC y cómo, desde la perspectiva del uso de los precedentes, debilitaría en efecto su fuerza vinculante; consideramos que lo importante aquí es que el órgano judicial está asumiendo que el efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional se desprende sólo del artículo VII del CPConst., utilizando de este modo una concepción formal del precedente que debilitaría la fuerza jurídica de las decisiones del máximo intérprete de la Constitución. En consecuencia, se hace necesario precisar algunas de sus características para aclarar estas confusiones.

III. Una primera distinción: Precedente vinculante e interpretaciones constitucionalmente vinculante

Este es el contexto en el que el Tribunal viene a precisar, en la sentencia bajo comentario, las distinciones entre precedente y jurisprudencia. Para el Tribunal se trataría de una distinción de grado, en la medida que, mientras «La jurisprudencia constituye (...) la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo»; con el precedente en cambio «el Tribunal (...) ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto».

De este modo, el propio Tribunal se ha encargado de precisar que, cuando el artículo VI del Código Procesal Constitucional, así como la Primera Disposición General de su Ley Orgánica hacen referencia a la obligación que afecta a los jueces y tribunales, de interpretar y aplicar 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, debe entenderse que tal efecto está referido, en términos generales, al efecto vinculante de las interpretaciones del Tribunal en relación con los jueces del Poder Judicial, sobre todo cuando se trata de su labor interpretativa de la Constitución⁵; mientras que, cuando el Tribunal considera que a partir de un caso concreto resulta relevante extraer una regla con carácter más general, válida no sólo para la interpretación judicial sino para todo el ordenamiento jurídico, podrá ejercer el poder normativo del precedente vinculante.

Tal como el propio Tribunal se ha encargado de precisarlo en otra de sus decisiones, «la jurisprudencia constitucional, en tanto doctrina sobre las interpretaciones de los derechos fundamentales previstas en la Constitución o en la ley, vincula a todos los jueces en los

5 En este punto, conviene recordar las discusiones que se han suscitado, también en la doctrina española, de donde proviene la redacción de este artículo del Código Procesal Constitucional, referida a los efectos vinculantes de las interpretaciones de la Ley por parte del Tribunal. Para un sector, resultaría vinculante solo las interpretaciones de los «principios y preceptos constitucionales»; mientras que cuando se trata de las interpretaciones de la Ley ningún juez del poder judicial se encontraría vinculado. En este sentido y tomando postura a favor de la vinculatoriedad de las interpretaciones también de la ley, en el marco del control de constitucional, se ha sostenido que: «Sería en cierto modo contradictorio entender que la interpretación de la Constitución es vinculante, pero no lo es la interpretación constitucional de la ley, que depende directamente de la propia interpretación constitucional», de modo que «la interpretación que a estos efectos haga de la ley el Tribunal Constitucional vincula a jueces y tribunales ordinarios»; Cfr. DÍAZ REVORIO, Javier. *Las sentencias interpretativas del tribunal Constitucional*. Madrid, 2001, p. 109, donde puede verse además referencias a las posturas contrarias a esta interpretación.

fundamentos relevantes que han incidido en la solución del conflicto de derechos (*ratio decidendi*). Mas, la identificación del ámbito de vinculación es competencia del juez que va a aplicar la jurisprudencia vinculante en los términos en que lo hace el referido artículo VI del Código Procesal Constitucional. Ello configura una institución constitucional-procesal autónoma, con características y efectos jurídicos distinguibles del precedente vinculante, con el que mantiene una diferencia de grado»⁶.

Se trata, si se quiere, de una distinción sutil pero trascendente. La incorporación del precedente supone, entonces, en una primera aproximación, la asignación de una función de depuración de la jurisprudencia constitucional en manos del propio Tribunal, a efectos de que aquellas reglas que van haciéndose de «uso aceptado» por los operadores jurídicos y que han surgido de la labor de interpretación del Tribunal, puedan, poco a poco, incorporarse en una especie de categoría especial de Derecho de reglas, convirtiendo de este modo al Tribunal en una suerte de «legislador jurisprudencial» que aporta verdadero Derecho escrito al conglomerado del orden jurídico, a través de sus interpretaciones de la Constitución o eventualmente también de la Ley.

IV. Precedente jurisprudencial y precedente normativo

Hecha esta primera aclaración, pareciera que sin embargo, a partir las distinciones hechas por el propio Tribunal entre precedente y jurisprudencia, no cabría hablar de precedente sino a partir de la vigencia del CPConst. No obstante, tal aseveración no resultaría del todo cierta, sobre todo considerando al precedente en sentido lato como «un elemento importante del método jurisprudencial para la decisión de las controversias futuras en base a decisiones previas»⁷.

Como es fácil de comprender, se trata de una institución que no es nueva en nuestro sistema jurídico, sobre todo si atendemos a su carácter general y lo identificamos con aquella regla jurisprudencial que el Tribunal utiliza como argumento central para decidir un caso futuro. Puede decirse, incluso, que el proceder del Tribunal desde sus inicios ha estado con frecuencia guiado en su accionar jurisprudencial por las reglas sentadas previamente por su propia jurisprudencia. Ejemplos de esa «vinculación» del Tribunal a sus propios precedentes son algunas instituciones conocidas hoy en el ámbito del Derecho procesal constitucional peruano, como el amparo contra normas⁸ o el propio amparo contra decisiones judiciales

6 STC Exp. N.º 6167-2005-PCH/TC, f. j. 2

7 Cfr. KAUPER, Paul G. «La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli stati uniti» En: *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale* (A cura di Giussepino Treves) Torino, 1971, p. 216

8 Sobre la jurisprudencia que se ha convertido en «precedente vinculante» en materia de amparo contra normas puede verse en ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Lima, 2004, pp. 357 y ss. La distinción conceptual entre norma autoaplicativa y heteroaplicativa, ha sido en este caso la puerta de entrada para permitir el control de normas a través del amparo contra el texto «expreso» del artículo 200.2 de la Constitución. Más recientemente el TC ha ampliado esta noción en la sentencia al Exp. N.º 4677-2004-AA, estableciendo que dicho control jurisdiccional a través del amparo podría hacerse valer incluso tratándose de amenazas ciertas e inminentes. En este sentido el Tribunal estableció: «En suma, tratándose de una disposición que establece restricciones al derecho fundamental de acceso a la justicia, como manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139º 3 de la Constitución), el impedimento para plantear una demanda de amparo contra normas, previsto en el artículo 200º 2 de la Constitución, debe ser interpretado bajo un criterio *pro actione*, de manera tal que, en ningún caso, la persona afectada o amenazada en sus derechos fundamentales por una norma autoaplicativa, se encuentre inerte e indefensa frente a ella» (f. j. 5). Sobre esta ampliación, cfr. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. «Deconstruyendo el amparo contra normas» En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Año 1 N.º 1, Lima, 2006, p. 511 y ss.

emanadas de «procedimiento irregular»⁹; ambos institutos procesales surgidos –si se quiere– de lecturas no necesariamente literales o del propio artículo 200, inciso 2¹⁰ de la Constitución.

No obstante, y tal como lo ha advertido TARUFFO¹¹, «ocuparse del precedente en lugar de la jurisprudencia implica asumir una orientación más analítica, interesada en profundizar en los mecanismos mediante los cuales, la decisión de un caso influye en la decisión de un caso sucesivo, y en indagar las razones y las justificaciones». Si bien es verdad, tal como veremos más adelante, la «fórmula» de precedente establecido en el CPConst. sugiere un modelo de precedente más bien simple y de identificación formal, no hay que perder de vista que también cuando hablamos del precedente constitucional vinculante para el caso nuestro, se trata de indagar en las razones y en la forma cómo se articula el caso y la norma constitucional que ha sido interpretada en un caso concreto.

¿Qué ha cambiado, entonces, con la puesta en vigor del Código Procesal Constitucional?, ¿qué diferencia al novísimo precedente constitucional vinculante previsto en el artículo VII del CPConst., de las reglas anteriores que –tanto el propio Tribunal como la comunidad jurídica– veníamos identificando con meridiana claridad en las sentencias del Colegiado constitucional?

De esto modo, la segunda precisión general que habría que hacer es que el precedente vinculante, al que se refiere el artículo VII del Título Preliminar del CPConst., se diferencia del precedente jurisprudencial (que también es vinculante), en que mientras el primero 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 del precedente jurisprudencial, en cambio, las reglas vinculantes quedan sujetas a la distinción entre *obiter* y *ratio* propia del precedente del *common law* y, por tanto, deben ser identificadas en cada caso por el tribunal que los debe aplicar en los casos futuros.

Aquí la distinción ya no debe centrarse en el artículo VI (referida a las interpretaciones constitucionales materialmente vinculantes) y el artículo VII (precedente normativo vinculante). Más bien, corresponde distinguir entre los efectos materialmente vinculantes que despliegan todas las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la base de su condición de supremo tribunal –no solo para el establecimiento de precedentes sino inclusive como supremo tribunal en la solución de conflictos–, y el efecto vinculante que externaliza el propio Tribunal conforme al artículo VII, imponiéndose para ello determinados límites, como veremos más adelante.

Efectivamente, solo así puede hacerse compatible la noción formal de precedente, por la que al parecer habría optado el legislador del Código Procesal Constitucional, y el valor jurídico, también vinculante, del conjunto de argumentaciones relevantes del Tribunal y que no han sido necesariamente seleccionadas como reglas en los términos del artículo VII; pese a que son reconocibles por la comunidad jurídica como precedentes jurisprudenciales, como ocurre, por ejemplo, con los casos citados, del amparo contra normas o el amparo contra resoluciones judiciales.

9 Una autorizada síntesis de la jurisprudencia constitucional sobre el tema, que incluye por cierto el llamado «amparo contra amparo» también como precedente jurisprudencial, puede verse en: CARPIO MARCOS, Edgar. «El amparo contra el amparo» En: *El amparo contra el amparo. Dos versiones sobre un mismo tema*, Lima, 2004.

10 El inciso 2 del artículo 200 de la Constitución establece, en efecto, que «La acción de amparo (...) No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular»

V. Precedente vinculante y valor de cosa juzgada de la sentencia constitucional.

Tratándose de una figura tan vinculada al ámbito del *common law*¹², otra de las observaciones generales que habría que hacer, siguiendo en este punto a Pizzorusso, es que el precedente vinculante (tanto el regulado en el artículo VII, como también los precedentes que se puedan extraer y que son «materialmente» vinculantes) no hay confundirlos con el efecto de cosa juzgada que se suele atribuir en forma unánime a las sentencias del Tribunal Constitucional¹³.

En este sentido, con frecuencia suele confundirse los planos y se pretende dar efecto de cosa juzgada solo a lo que alcanza a tener efecto de precedente persuasivo y, por el contrario, se agotan esfuerzos argumentativos en presentar una máxima o precedente, en donde no hay más que efecto de cosa juzgada en la decisión del Tribunal¹⁴.

Se trataría, desde esta perspectiva, de distinguir entre el efecto jurídico que el ordenamiento confiere a la decisión del Tribunal contenida en el fallo y el efecto que el mismo ordenamiento otorga a las razones que sustentan dicho fallo. Como el propio Tribunal lo ha precisado, «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»¹⁵. Tal decisión adquiere poder jurídico para surtir efectos prácticos por el sólo hecho de tratarse de una decisión del Máximo tribunal jurisdiccional, de modo que, si bien la decisión puede ser abiertamente errónea en su fundamentación, sin embargo, por el efecto de cosa juzgada, tal decisión deba siempre cumplirse; ello no ocurriría para el caso del precedente, cuya aplicación depende –por lo general, como veremos– de cierta corrección en el razonamiento de la Corte o Tribunal¹⁶.

11 TARUFFO, Michele. «Dimensiones del precedente judicial» En: *Cinco lecciones mexicanas: memoria del taller de Derecho Procesal*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2003, pg. 193

12 Es importante hacer notar sin embargo, que también en el *common law* (al menos en el norteamericano), sí es posible una distinción entre *res judicata* y precedente. En este sentido, resulta interesante la anotación que hace el profesor Sagües remitiéndonos al caso *Burnet vs. Coronado Oil & Gas Co.*, en el que un voto disidente del famoso Juez Brandeis, advirtió que la doctrina del *stare decisis* no podía equipararse a la regla *res judicata*, en la medida que ésta tiene una «autoridad universal inexorable», mientras que el precedente, como es sabido, siempre permite interpretaciones y es posible de no ser seguido incluso. El argumento con frecuencia, sirve también, para hacer notar que por esa fuerza «universal» de la cosa juzgada las decisiones de la Corte deben ser cumplidas incluso cuando ellas sean manifiestamente erróneas, mientras que cuando ella ocurra en una decisión, es bastante probable que ningún juez siga dicha decisión como precedente. Cfr. Néstor Pedro SAGÜES, «La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte en EE. UU y Argentina» En: *Estudios Constitucionales*. Año 4, N.º 1, Universidad de Talca, 2006, p. 23.

13 Para el caso peruano, el artículo 204 de la Constitución, establece que «la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto» (...) Como se observa tal efecto sólo se refiere al proceso de inconstitucionalidad, el efecto de cosa juzgada de las sentencias del TC en materia de protección de derechos fundamentales no tendrá norma Constitucional Directa, aunque se encuentra prevista en el artículo 6 del CPConst. que otorga dicho efecto sólo a las sentencias estimatorias.

14 Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro. «Stare decisis e Corte Costituzionale» En: *La doctrina.... Op. cit.*, p. 35

15 STC Exp. N.º 024-2003-AI/TC

16 En el caso *Lawrence vs. Texas* (2003), la Corte Suprema estadounidense, decidió apartarse de un precedente aplicable a la sodomía, que en muchos estados se penalizaba –Caso *Bowers vs. Hardwick* (1986)– El argumento central para apartarse de dicho precedente que a todas luces resultaba aplicable también en este caso, fue que la argumentación del Tribunal en el año 86 era erróneo: La Corte Consideró que en el caso *Bowers* «Tras malinterpretar el contenido del recurso, ciñéndose a determinar si existe o no un derecho constitucional a practicar la sodomía con mutuo consentimiento, *Bowers* señaló que «la prohibición de esta conducta tiene orígenes muy remotos». La Corte Suprema consideró que tal

En otros términos, también para el caso peruano, cuando de identificar al precedente se trata, hay que indagar en las razones o argumentos que sirven de fundamento a la decisión, aun cuando con frecuencia el precedente pueda ubicarse, para una mayor precisión y certeza en el fallo mismo¹⁷; no obstante, cuando ello ocurra, de todos modos parece razonable pensar que se trata de las mejores razones o de las razones «núcleo» de la decisión.

De este modo, para el caso peruano y siempre en el marco de la actual regulación del precedente vinculante, habría que afirmar que cuando el Tribunal 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 —y peor aun, sin una conexión relevante con el caso desarrollado—, a tal mandato no puede atribuírsele la condición de precedente, a pesar que no quepan dudas sobre el efecto de cosa juzgada que lo respalde como a toda decisión jurisdiccional.

VI. Concepción de juez y «modelo» de precedente

Cuando uno indaga sobre el precedente en su escenario original, la primera característica —que, por natural, a veces no suele destacarse— es que la regla del precedente no es una máxima que se pueda ubicar en algún párrafo específico de la sentencia, ni que la propia Corte (que establece el precedente) ayuda a ubicarlo señalándolo expresamente. Como bien lo ha señalado MAGALONI KERPEL, «Una de las características más importantes del *case law* es que el ámbito normativo y el significado de un precedente no se pueden conocer *a priori* a sus futuras aplicaciones; las reglas que integran el *case law* se determinan a través de la interpretación que existe entre el tribunal que las crea y el que las aplica»¹⁸. De este modo, el modelo de Derecho en base a precedentes es el resultado de un diálogo permanente entre el tribunal habilitado a crear las reglas precedentes y el tribunal o los jueces que aplican dichas reglas. En buena cuenta, del éxito de dicho diálogo entre cortes depende la eficacia práctica de los precedentes.

Tal como ha sido presentado hasta aquí, el precedente peruano se ha apartado, de manera radical, de esta tradición del *common law*. Aquí el precedente viene estatuido en el propio fallo y como regla precisa que no admite confusiones. Quizá la explicación a esto haya que buscarla en la permanente falta de confianza hacia la capacidad de juicio de los jueces del Poder Judicial. Pero también no habría que descartar la concepción de juez de los propios autores del Código, una concepción de judicatura a la que sólo se le puede confiar la aplicación silogística de reglas sencillas y no así el análisis razonado que requeriría la incorporación del precedente en su dimensión más completa. De este modo el «modelo» de precedente

afirmación «que resultó esencial» para el fallo no era correcta, tal como lo demuestra en los argumentos de la sentencia. En este sentido concluye que «En sí misma la sentencia *Bowers* genera incertidumbre, por que la jurisprudencia tanto anterior como posterior contradice lo que allí se dice». De este modo, en el razonamiento de la Corte Norteamericana, el error hace que el precedente pierda su efecto vinculante, mientras que la decisión permanecerá inmutable con relación al caso decidido, es decir, mantiene su carácter de cosa juzgada. Cfr. Sentencia en el caso *Lawrence vs. Texas* (2003) En: *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Traducción y selección de Miguel Beltrán y Julio Gonzáles, CEC, Madrid, 2005, pgs. 641 y ss.

17 En este punto resulta interesante hacer notar que la técnica de establecimiento del precedente no ha sido todavía del todo coherente en nuestro caso. Así por ejemplo hay casos en que la regla precedente ha sido ubicada de manera expresa en el fallo (Es el caso de la sentencia que venimos comentando por ejemplo), mientras que en otros casos, los precedentes han sido sólo señalados en el lugar donde se ubica el fundamento, sin haberlos reiterado en el fallo (Ejm. de esto lo constituye la STC Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC).

18 MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. McGraw Hill, Madrid, 2001, p. 62

peruano nos presenta al mismo tiempo una concepción de juez del Poder Judicial al que era mejor darle redactada y con negritas la regla del precedente.

Como ha sido destacado por el profesor MONROY, no es casual que en el *common law*, se haya optado, desde siempre, por concederle al juez del caso futuro la interpretación de las reglas vinculantes sin coactarlo ni circunscribirlo a determinado criterio. «Precisamente, ser refractarios a una rígida fórmula escrita, le concede al sistema y a sus operadores la ventaja de imaginar creativamente ámbitos de aplicación que los condicionantes temporales e históricos –propuestos a velocidad espeluznante por una sociedad tecnológica y fugaz– le pueden exigir al juez con cierta regularidad»¹⁹.

Las consecuencias de esta concepción sin embargo podrían poner en riesgo la propia legitimidad y bondad del precedente. Una primera consecuencia práctica en efecto, apunta a la posibilidad de que el modelo pueda generar un precedente autoritario sin ninguna conexión entre regla y caso; en segundo lugar, parece fácil suponer que un «modelo» tal de precedente, auspicia una judicatura poco interesada en seguir las razones reales de las decisiones del máximo Tribunal, contrayéndose a ver sólo las sumillas o sumarios de las decisiones; en tercer lugar, y quizá esto sea lo más pernicioso en perspectiva, el modelo que se propugna fortalece el formalismo de modo que puede decirse que del juez «boca de la ley» se estaría pasando sin ninguna diferencia cualitativa a un juez «boca del Tribunal Constitucional».

En el plano teórico, se despliega asimismo una importante consecuencia: si la regla vinculante debe ser precisada por el propio Tribunal, poca o ninguna importancia tendrían entonces la distinción entre *obiter* y *ratio*. Por esta misma razón, tampoco tendrían valor alguno las teorías que se han desarrollado en el *common law*, precisamente para descifrar o identificar la *ratio decidendi* o *holding* de las sentencias

Si bien un diagnóstico de los riesgos que se corre al haber otorgado un poder tal al Máximo tribunal debiera merecer mayores indagaciones, puede establecerse, *prima facie*, la necesidad de construir una teoría del precedente peruano que lo haga compatible no sólo con la tradición jurídica de la que somos tributarios, sino que –y sin debilitar más todavía las débiles estructuras del sistema judicial a donde finalmente apunta el precedente constitucional– ayude al propio tiempo, para aquello que, por antonomasia, sirve la incorporación de la técnica del precedente, esto es, darle mayor predictibilidad a la actividad de los jueces. Desde luego, este no es el lugar para siquiera adelantar los trazos de una tal «teoría», no obstante, quisiera cerrar este comentario destacando algunas notas que aparecen a simple vista como peculiaridades del «modelo» de precedente que ha sido anunciado por el legislador y que empieza a ser precisado por la jurisprudencia constitucional.

VII. Límites y «limitaciones» en el establecimiento de la «regla» precedente.

Ya se ha adelantado que, mediante el precedente –más allá de las razones prácticas que podrían argüirse a favor de su implementación²⁰– lo que en definitiva se busca es de dotar de

19 MONROY GÁLVEZ, Juan. «Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el *civil law*» (Separata), p. 14.

20 Wróblewski ha sugerido en este punto, por lo menos las siguientes 3 razones: en primer lugar una razón que él llama, «praxeológica» y que consistiría en «usufructuar» un esfuerzo anterior. ¿por qué buscar algo nuevo cuando se tiene un argumento ya elaborado con anterioridad para solucionar el caso?; en segundo lugar, una razón pragmática, la cuestión aquí tiene que ver con el Juez superior. Se debe usar el precedente pues de lo contrario la decisión emitida sin seguir el precedente será revocada cuando sea impugnada; finalmente, cuando redispone precedentes que contienen razones no sólo de autoridad en sentido formal

la mayor predictibilidad posible a la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución²¹. Para que dicha actividad no suponga un sacrificio en la legitimidad con que debe actuar el Tribunal, éste se ha impuesto algunos límites en la sentencia bajo comentario.

Tales límites apuntan, básicamente a la necesidad de vincular la regla del precedente con el caso decidido por Tribunal²². Según ha sostenido el Tribunal, ello es así debido a que «(...) 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» (fundamento 45)

En segundo lugar, el Tribunal también ha precisado que la regla precedente no debe confundirse con las interpretaciones que realice de cara a la labor central que le corresponde como máximo intérprete de la Constitución. Se trataría, en este caso, de que la técnica del precedente no invite al Tribunal a imponer determinado sentido interpretativo de las cláusulas constitucionales como vinculante, sobre todo si la mismas admiten más de un sentido o significado interpretativo. En este sentido ha precisado que «El precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico», estableciendo que, si tal fuera el caso, «debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos»²³.

Además, en la medida que las interpretaciones de una ley constituyen también, en esencia, una *question of law* —y en ese sentido «cuando se traduce en la *ratio decidendi* de un caso, asume la eficacia vinculante del precedente»²⁴—, no debe olvidarse que en el ámbito de la interpretación de la ley el Tribunal constitucional no es único actor, de modo que el precedente no puede constituirse en un medio para imponer determinada interpretación de la ley a los jueces del Poder Judicial o a los demás órganos del Estado, a menos, claro está, que se trate de determinadas interpretaciones que resultan incompatibles con la Constitución²⁵.

De este modo, el precedente, como ocurre también en su escenario originario, viene a constituir una técnica para incorporar al Derecho de precedentes aquellas concepciones o prácticas que ya han recibido un consenso mínimo en la sociedad donde pretende asentarse.

Sin embargo, para que la incorporación del precedente resulte eficaz en el sistema jurídico no es suficiente con que el Tribunal sea prudente en el ejercicio de estas atribuciones. Se requiere también una adecuada organización jurisdiccional que permita que el máximo órgano

sino que son buenas razones, usar el precedente constituye entonces un ejemplo autoritativo en la argumentación constitucional. Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy. «Il precedente nei sistemi di «civil law» En: *La giurisprudenza per maxime e il valore del precedente*. CEDAM, Padova, 1988, p. 30.

21 Esta parece también entre las razones que impulsaron a los autores del Código Procesal Constitucional para su incorporación en los términos en que ha sido recogido. En sustancia se trataría, según los autores del Código, de que la identificación del precedente no se pierda «la certeza, que es el objetivo principal del instituto». Cfr. AA.VV. *Código Procesal Constitucional*. Palestra, Lima, 2004, p. 42.

22 Cfr. fundamentos jurídicos 45 y 46 de la sentencia.

23 Cfr. fundamento jurídico 46

24 ANZON, Adele. *Il valore del precedente nell'giudizio sulle leggi*. Giuffrè, Milano, 1995, p. 43

25 Cfr. CARPIO MARCOS y GRÁNDEZ, Pedro. «El Valor jurídico y político de la jurisprudencia constitucional», en la presentación al volumen n.º 1 de *Palestra del Tribunal Constitucional*. Año 1, Lima, enero de 2006.

pueda controlar su efectivo cumplimiento, ya sea a partir de una adecuada regulación de los recursos procesales o también a partir de un mecanismo efectivo de comunicación y publicidad de las decisiones, de modo que sean conocidos por los demás operadores.

El Tribunal ha hecho notar alguna de estas deficiencias, al establecer como uno de los supuestos en que se encuentra habilitado para emitir un precedente vinculante, la posibilidad de que en un juicio concreto (amparo, habeas data, habeas corpus) el Tribunal identifique que una determinada ley o norma con rango legal, resulte incompatible con la Constitución en términos generales y, al propio tiempo, su aplicación resulte indispensable para la solución del caso bajo análisis²⁶. De este modo, a partir de la sentencia que motiva este trabajo, se ha creado por vía del precedente una suerte de control popular de la constitucionalidad de las leyes vía amparo, al establecer que, con ayuda del precedente vinculante, el Tribunal pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley con efectos generales a partir de su inaplicación a un caso concreto. Se trata, visto así, de una limitación a favor de que las interpretaciones del Tribunal tengan efecto vinculante también cuando se trata de enjuiciar una disposición legal, pero en el marco de la tutela de los derechos fundamentales; de modo que sus decisiones puedan extender sus beneficios a otros supuestos similares.

Otra limitación, que aquí sólo ha de quedar perfilada, se refiere a la posibilidad real de que las instancias judiciales resuelvan desconociendo el precedente y tales decisiones no puedan ser de conocimiento del Tribunal. Esta posibilidad se presenta en los procesos de tutela de derechos que son resueltas en segunda instancia y que estiman la demanda. En este caso, el artículo 202 de la Constitución ha previsto, el hoy llamado recurso de agravio, sólo para el caso de las «resoluciones denegatorias»; de este modo, las decisiones «estimatorias» no tienen ningún tipo de control por parte del Tribunal Constitucional. Esto es especialmente delicado si se tiene en cuenta, además, que en los últimos años un buen porcentaje de litigios en materia de derechos fundamentales, está relacionado con la denominada dimensión horizontal de los derechos fundamentales, esto es, la posibilidad de que los derechos fundamentales puedan también ser reclamados frente a particulares. Al menos en este supuesto podría reclamarse la afectación al principio de igualdad en el uso de los recursos, puesto que al Tribunal sólo podría llegar quien interpone el amparo y pierde en segunda instancia, más no así el demandado, quien ha de ver agotada la jurisdicción interna sin la actuación del Tribunal Constitucional.

En un esquema de recursos organizado en función del contenido del fallo, se afecta no sólo el principio de igualdad –y, eventualmente, el derecho de defensa–, sino que también se pone en riesgo la eficacia del precedente, puesto que resulta bastante probable que los jueces de segunda instancia no vean mayor incentivo de seguir los precedentes si saben de antemano que su decisión, si es estimatoria, no podrá ser controlada por el Tribunal Constitucional.

VIII. Concepciones de precedente: Ideas finales

Antes de cerrar este breve comentario, quisiera remarcar una idea que creo constituye el hilo ideológico de la sentencia bajo comentario. Frente a la idea de un precedente en sentido formal

26 El Tribunal lo ha planteado en estos términos: «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» (fundamento jurídico 41)

propuesto por el legislador del Código Procesal Constitucional, el Tribunal ha antepuesto una concepción material de precedente que creo puede ayudar a construir precedentes con mayor legitimidad y que pueden crear predictibilidad basada en el consenso que puedan generar sus argumentos. La distinción entre la concepción formal y la concepción material de precedente permite poner en evidencia, por otra parte, que también en nuestro sistema, pese a las distancias que ya han sido anotadas respecto del modelo del *common law*, no obstante puede ser de mucha utilidad la teoría del precedente elaborada en dichos contextos.

1. La concepción formal de precedente

La concepción formal de precedente puede ser formulada en el siguiente sentido: precedente es lo que el Tribunal lo establece como tal. No importa aquí la relación entre caso y regla, ni tampoco las cuestiones relativas a la legitimidad del tribunal a la hora de establecer el precedente, tienen cabida en esta concepción. A la concepción formal le interesa, en cualquier caso, que la regla sea identificable por el juez que debe aplicar el precedente sin que éste se interese por la forma como ha sido formulada tal regla.

La concepción formal no requiere que existan reglas o condiciones para el establecimiento del precedente, en la medida que el Tribunal tiene establecida su competencia para fijar el precedente con la única condición, en todo caso, que la sentencia haya resuelto sobre el fondo, de modo que pueda hablarse de un efecto de cosa juzgada en la misma. (artículo 6 del CPCConst.)

2. La concepción material de precedente

La concepción material, a diferencia de la concepción formal, entiende que el precedente es una técnica que debe ser utilizada por el Tribunal con la debida prudencia y sujeta a determinados límites. En consecuencia su ejercicio está supeditado no sólo a la mera autoridad del Tribunal a la hora de establecerlo, sino que resulta relevante lo que en esencia viene establecido como precedente. Es decir, aquí sí importa que la regla vinculante haya sido elaborada de cara al caso y, en consecuencia, que el tribunal tenga la potestad de extraer la regla y hacerla conocer de manera explícita, no es más que un mecanismo para permitir su mejor conocimiento a sus destinatarios. Ello no supone, en ningún caso, que tales reglas no se correspondan con el núcleo de la argumentación que ha servido para la decisión del caso. De modo que, si así sucediera, ya sea por descuido del Tribunal o por un error de apreciación, en la práctica el precedente así establecido por el Tribunal tendría poca posibilidad de ser seguido por los demás operadores.

El Tribunal en el presente caso parece haber descartado de plano la concepción formal de precedente, al incorporar un límite que es propio de la concepción material de precedente, esto es, la vinculación entre la *regla precedente* y el *caso resuelto*. A partir de aquí, varias son las consecuencias que se desprenden: en primer lugar, sí tiene pleno sentido, también en nuestro entorno, el saber diferenciar entre el *obiter* y la *ratio* en una decisión, de modo que lo que a todas luces es un *obiter*, no puede constituir la regla vinculante que el Tribunal anuncie; en segundo lugar, todas las técnicas tanto para la aplicación, como también las distinciones pueden ser deducidas a partir de la relación entre caso y regla precedente, de modo que cuando no hay relación entre caso y precedente, los operadores pueden válidamente no sentirse vinculados por el precedente, pese a que esté formalmente anunciado. De este modo puede hablarse de precedentes que formalmente se anuncian pero que materialmente no vinculan y puede a la larga, constituir un control permanente para el propio Tribunal a la hora de hacerse seguir como el máximo tribunal del país.