

Estudios al precedente constitucional



Estudios al precedente constitucional

*...y así a guisa, más del 70% como los hombres
... como esta la pa
... y el cambio
... una p
... no
... como al sol
... toda vía
... la p
... a
... que
...
...
...*

EDGAR CARPIO MARCOS
PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO
(Coordinadores)



ESTUDIOS AL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Pedro P. Grández Castro, Edgar Carpio Marcos (Coordinadores)

Primera edición: febrero 2007

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de sus autores.

© Copyright : PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO
EDGAR CARPIO MARCOS
© Copyright 2007 : 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:
GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.
Mz. E. Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima – Los Olivos

Diagramación : JOSÉ LUIS HUARCAYA CAMARGO

Diseño de cubierta : ANA ELIZABETH CRIBILLERO

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2007-02131

ISBN: 978-9972-224-42-3

Nº de registro del Proyecto Editorial: 31501220700051

Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú

Printed in Peru

PRESENTACIÓN

La entrada en vigor del primer Código Procesal Constitucional, en diciembre de 2004, ha traído consigo el planteamiento de algunos temas postergados, como es el caso de los precedentes judiciales, el valor de la jurisprudencia y las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, entre otros. Efectivamente, entre los aportes más importantes del Código Procesal Constitucional, contamos sin duda a la potestad que el artículo VII del Título Preliminar atribuye al Tribunal Constitucional, para establecer precedentes normativos.

Sin duda, todo potencial que trae consigo la incorporación del artículo VII del Código no se ha puesto de manifiesto en la todavía breve existencia del Tribunal. No obstante, es de prever que en los próximos años la técnica del precedente no sólo constituirá el método de decantamiento de la jurisprudencia constitucional para seleccionar sus mejores reglas, sino también el punto de encuentro de nuevos debates sobre las competencias y límites de la jurisdicción constitucional.

El precedente constitucional, visto así, abre una oportunidad para fortalecer el quehacer de la justicia constitucional, pero también constituye un límite que debe ser utilizado responsablemente. Mayor es todavía la responsabilidad en torno a su ejercicio si tenemos en cuenta que el Tribunal, debido a su especial naturaleza, viene aumentando su presencia en la vida jurídica, social, política y económica del país.

En términos generales, y sin entrar en mayores análisis, la instauración de la técnica del precedente constitucional puede tener una serie de ventajas. En principio, está íntimamente vinculado a la predictibilidad y la seguridad jurídica. En la medida en que presupone la labor del juez como ordenador y racionalizador del sistema jurídico y persigue la consecución de reglas interpretativas para resolver casos futuros, el precedente: a) coadyuva a imponer de manera más eficaz el deber de motivación y, por tanto, a desterrar la arbitrariedad; b) otorga mayor credibilidad y confianza en los tribunales; c) disminuye

la carga de trabajo, en la medida en que simplifica la resolución de casos futuros «rentabilizando» el esfuerzo argumentativo de casos pasados; d) puede ayudar a prevenir los actos de corrupción, en la medida que dicta parámetros previos a los jueces; e) contribuye a la defensa del principio de igualdad en la aplicación de la ley. Finalmente, y en el ámbito propio del precedente constitucional; f) contribuye a fortalecer la presencia del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, generando mecanismos objetivos para las relaciones institucionales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en la tutela de los derechos fundamentales.

Vista las ventajas que presenta, sorprende, sin embargo, la poca o nula atención que a la fecha ha merecido tras dos años de su incorporación en el ordenamiento peruano. La dogmática constitucional local es muchas veces prolífica en los lugares comunes, pero poco creativa para afrontar y, sobre todo, para cuestionar las «modas» que se imponen legislativamente. El marasmo al que sucumbe la academia, frecuentemente motivada por acomodos cuando no por oportunismos conscientes, merece ser sacudido. Los temas constitucionales requieren del debate abierto, en la medida que se trata de la parte vital del Derecho.

En ese contexto, *Estudios al precedente constitucional* pretende abrir la discusión que merece ser extensa y esperamos continúe en el tiempo, respecto al precedente y sus reales dimensiones a partir de su recepción en nuestro ordenamiento. Así, la presente obra recoge trabajos nacionales en torno al precedente, muchos de ellos críticos con la propia forma en que se recoge en la regulación peruana; además de estudios sobre la técnica del precedente en aquellos países de la región que cuentan con una justicia constitucional con una actividad destacable, atendiendo al necesario diálogo que se impone con realidades similares y cercanas.

Con ello, respecto a la figura del precedente en sede nacional, Roger Rodríguez hace un repaso sobre la construcción histórica de esta noción, destacando su incorporación en el ordenamiento nacional y las vicisitudes conceptuales y prácticas para ello; Pedro Grández, por su parte, analiza las particularidades del precedente local, en un intento por hacer teoría del precedente peruano; finalmente, Javier Adrián destaca las siempre complicadas relaciones entre la justicia constitucional y la ordinaria, explicando a tales efectos la especial posición del Tribunal frente a los demás jueces, a propósito del reconocimiento de la técnica del precedente.

En cuanto a los comentarios de los profesores extranjeros, Néstor Pedro Sagüés parte de estudiar la experiencia estadounidense y analiza la implementación del precedente por la Corte Suprema argentina; José Antonio Rivera Santiváñez, desde una

perspectiva amplia, analiza diversos aspectos de las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional boliviano, refiriéndose también de manera específica a la jurisprudencia constitucional; el profesor Carlos Bernal Pulido nos presenta algunas pistas acerca de cómo imprimir el carácter de precedente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana; finalmente, Eduardo Meier García problematiza el asunto de la obligatoriedad del precedente constitucional en Venezuela, abordando además la relación de la jurisprudencia con el derecho internacional de los derechos humanos.

Esperamos que esta obra, en la misma lógica de difusión y estudio crítico de la jurisprudencia constitucional instaurada por *Palestra del Tribunal Constitucional*, coadyuve al conocimiento de los precedentes constitucionales por parte de los operadores del Derecho y contribuya a la apertura del debate acerca de esta importante institución.

Lima, febrero de 2007

Edgar Carpio Marcos
Pedro Grández Castro
Coordinadores

LAS «PECULIARIDADES» DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

Pedro P. Grández Castro¹

«La ley que marca la vida buena de las constituciones es el desarrollo en la continuidad. El instrumento normal es la jurisprudencia; la enmienda es un instrumento excepcional»

G. Zagrebelsky²

SUMARIO: I. Premisa metodológica: La obra de los jueces en el Estado Constitucional. II. La resistencia al precedente y la apertura del debate; 1. La invocación de la independencia judicial. III. La «identidad» del precedente constitucional peruano; 1. Las confusiones iniciales tras la puesta en vigor del Código Procesal Constitucional; 2. Una primera distinción: Precedente vinculante e interpretaciones constitucionalmente vinculantes; 3. Doctrina jurisprudencial y precedente normativo; 4. Precedente vinculante y valor de cosa juzgada de la sentencia constitucional. IV. Concepción de juez y «modelo» de precedente. V. Límites y «limitaciones» en el establecimiento de la «regla» precedente; 1. Límites; 2. Limitaciones; VI. Concepciones de precedente: Ideas finales; 1. La concepción formal de precedente; 2. La concepción material de precedente

I. Premisa metodológica: La obra de los jueces en el Estado Constitucional

Así como el Estado de Derecho legislativo enarboló a su máximo nivel la obra del legislador, el Estado Constitucional ha sido definido como Estado de la jurisdicción³. El Derecho así, ya no es un fenómeno de arriba

1 Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Codirector de *Palestra del Tribunal Constitucional*. *Revista mensual de jurisprudencia*. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

2 Cfr. «Discurso por los 50 años de la Corte Constitucional Italiana» En: *Justicia Constitucional*. *Revista de jurisprudencia y doctrina*. N.º 3, Palestra, Lima, 2006, p. 391 y ss.

3 Otto Bachof da cuenta que ya en el año 1957, se podía encontrar un título tan sugestivo como el siguiente: *Del Estado de Derecho al Estado Judicial*. *El Derecho como medida del Poder*, del jurista austriaco René MARCIC, quien aseguraba que la libertad, la democracia y el Derecho solamente estaban asegurados en tal «Estado de Justicia» (BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Cuadernos Taurus, Madrid, 1963 p. 15). Más recientemente, al referirse al alcance mundial de la

hacia abajo, monolítico y puramente estatal, sino que se ha vuelto en algún sentido un diálogo horizontal, una forma de comprensión⁴ de la realidad y del Estado.

De este modo, los problemas centrales de la actividad jurídica ya no se reducen, hoy en día, a la técnica legislativa, sino a la racionalidad de su aplicación práctica. El centro de gravedad del Derecho se traslada así del texto a su valoración, del enunciado a la norma concretizada por el intérprete. En síntesis, y para decirlo con las palabras de BOBBIO, el problema central del Derecho actual es el problema de su interpretación⁵.

Las consecuencias de estas mutaciones son diversas. Aquí sólo ha de interesar, en todo caso, la que se refiere al papel central que tiene hoy en día la jurisprudencia de los jueces y en especial, la jurisprudencia constitucional, como expresión de esa difuminación de la estatalidad del Derecho como fenómeno normativo y, al mismo tiempo, como expresión de la apertura del sistema jurídico a nuevas fuentes y nuevos contactos con la propia realidad.

Aquí es donde cobra pleno sentido la afirmación de ZAGREBELSKY, quien entiende que la actividad interpretativa debe concebirse hoy en día como «Actividad intermedia o mediadora, (...) que podemos situar entre el caso real y la norma que debe regularlo. Actividad intermedia que se sitúa en una línea de tensión que vincula la realidad con el Derecho, lo que representa el enésimo replanteamiento de la lucha, jamás resuelta y acaso irrenunciable, entre la *ratio* del caso y la *voluntas* de la ley»⁶.

Es esta posición de intermediario entre voluntad y razón, entre decisionismo de las mayorías y racionalidad argumentativa defendida en el caso, la que ha llevado a los jueces del Estado Constitucional a una peculiar ubicación, a veces incluso por encima, o a pesar, de la legislación. Una ubicación que reclama ser también reivindicada en el método de los juristas a la hora de valorar en serio el material que resulta de su constante accionar en el marco del orden jurídico: esto es, la ubicación de la jurisprudencia.

Es bien sabido el papel que cumple la jurisprudencia a la hora de racionalizar el Derecho en su dinámica con los casos. La jurisprudencia

«marcha triunfal de la jurisdicción constitucional», HÄBERLE ha definido al Estado Constitucional, como Estado Jurisdiccional de Derecho. Cfr. su obra, *El Estado Constitucional*. UNAM - PUCP, Lima, 2003, en especial el capítulo IV. pp. 129 y ss.

4 «[S]e trata ahora de algo diferente, de entendimiento (*verständigung*). (...) [É]ste es el nuevo paso en el que nos encontramos: pensamos así el lenguaje como un estar de camino a lo común de unos con otros y no como una comunicación de hechos y estados de cosas a nuestra disposición» Cfr. GADAMER H-G, «La diversidad de las lenguas y la comprensión del mundo» En: *Arte y verdad de la Palabra*. Paidós, 1988, Cap. 6, p. 119.

5 Cfr. BOBBIO, Norberto. *L'eta dei diritti*. Einaudi, Torino, 1990.

6 ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Segunda edición, Trotta, Madrid, 1997, p. 133

racionaliza el Derecho en los tiempos de dispersión y tensión en la confluencia de fuentes producidas a nivel local, regional e internacional⁷; pero no se ha ido a fondo para indagar sobre los métodos y estrategias para «optimizar» el producto del razonamiento de los jueces recogido a través de sus sentencias.

La incorporación de la técnica del precedente, parece hacer justicia a este déficit en la tradición jurídica del *civil law*. Si los jueces participan hoy en día de una manera sustancial en la elaboración de las piezas centrales del Derecho de tiempos del constitucionalismo, el producto de tales aportes no es otro que su doctrina jurisprudencial, experiencia genuina extraída de la confrontación constante entre decisión política expresada a través de la ley y demandas concretas planteados por el ciudadano ante la jurisdicción.

Es esta presencia inusitada de los jueces en las sociedades contemporáneas la que debe también ser valorada cuando se trata del precedente constitucional. Es decir, se trata de una herramienta para la incorporación «de aquello sobre lo que no se vota»⁸ que es, en esencia, la actividad de los Tribunales Constitucionales en las sociedades contemporáneas. Si aquello sobre «lo que sí se vota» se concreta a través de la legislación, en cambio, los derechos y su concreción a través de las decisiones del Tribunal Constitucional, parecen reclamar nuevas formas de expresión para hacer su ingreso en el sistema fuentes del Derecho. Una aparición que, por cierto, reclama una especial ubicación: esto es, la de la dimensión de las normas con fuerza y jerarquía constitucional.

Por cierto, hablar de *precedente constitucional* en nuestro entorno puede parecer algo insólito. Hasta hace muy poco, la propia Constitución era, en la práctica, una ley ordinaria más, que cambiaba conforme cambia el régimen de turno. Una Constitución sujeta, en buena cuenta, a las fricciones de la vida política y, en consecuencia, sin el carácter de perdurabilidad, consustancial a una Constitución que quiere «extraer» de las contiendas políticas coyunturales aquello que es perdurable, como los derechos⁹.

No obstante, siendo optimistas, los últimos años han reivindicado como nunca antes en nuestra historia, la labor del juez constitucional. Los derechos parecían encontrar su recipiente, incluso en el manchado depó-

7 Sobre la actividad racionalizadora que cumple la jurisprudencia en el orden jurídico «disperso», puede verse nuestro trabajo «Orden jurídico, articulación de fuentes y función racionalizadora de la jurisprudencia (Comentario a la STC Exp. N.º 047-2004-AI/TC)» En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. N.º 5, Lima, mayo de 2006, pp. 479 y ss.

8 La frase es de ZAGREBELSKY para distinguir la legislación de la labor jurisprudencial de los jueces constitucionales: «La legislación es función de aquello sobre lo que «se vota», mientras que la justicia constitucional es función de aquello sobre lo que «no se vota», por que es *res publica*» En: «Discurso por los 50 años de la Corte Constitucional Italiana» En: *Justicia Constitucional*. Cit. p. 401.

9 Cfr. AGUILÓ REGLA, Joseph. *La Constitución del Estado Constitucional*. Palestra-Temis, Lima, Bogotá, 2004.

sito de una Constitución elaborada a tijeretazos para colmar los apuros de la dictadura¹⁰. El deseo colectivo de construir un espacio para los derechos, se ha venido realizando a través de miles de demandas que han tocado las puertas del Tribunal Constitucional en busca de tutela, y que, en muchos de los casos, han recibido una sentencia estimatoria que ha entusiasmado a la población¹¹.

En este contexto, el presente trabajo intenta presentar de modo general, las características especiales con que ha sido recogido el precedente constitucional en la versión del legislador del Código Procesal Constitucional del Perú¹². Se trata de contextualizar el debate, todavía silencioso, pero latente, en torno a las reales posibilidades de una política constitucional en base al precedente que sugiere la incorporación de esta nueva técnica en el Derecho Constitucional peruano. En la última parte se trata de llamar la atención sobre la necesidad de no caer en el esnobismo de su uso desenfrenado, que puede poner en riesgo, no sólo su propia razón de ser: esto es, generar predictibilidad y seguridad jurídica, sino que a la postre, pueda poner en entredicho la propia legitimidad del Tribunal.

II. La resistencia al precedente y la apertura del debate

Hace ya más de 50 años que se inauguró en Europa (escenario originario del *civil law*), una lucha que no ha cesado hasta ahora, por reivindicar que, en última instancia el Estado Constitucional bien puede también ser definido como Estado de la Jurisdicción: esto es, una apuesta sin reparos por los jueces y su irrenunciable labor creadora. La conferencia magistral de Otto BACHOF, con ocasión de su asunción en el cargo de Rector de la Universidad de Tübinga (Alemania) en mayo de 1959, es uno de los testimonios más claros y lúcidos sobre esta nueva etapa:

«Hoy sabemos (diría el flamante Rector), que ya en toda interpretación judicial de una norma ha existido siempre, al mismo tiempo, un desarrollo de dicha norma, que cada valoración judicial ha implicado siem-

10 Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar. «La jurisprudencia del Tribunal peruano en el 2005» En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. N.º 10, Madrid, 2006.

11 Las encuestas han mostrado un reconocimiento permanente a la labor del Tribunal Constitucional, destacándolo como una de las instituciones jurisdiccionales con mayor respaldo social. Cfr. al respecto, algunas cifras en la última edición del libro del Magistrado César LANDA, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera Edición, Palestra, Lima, 2007.

12 El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional recoge en estos términos, el precedente constitucional vinculante: «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».

pre un elemento de decisión auténtica y originaria sobre el ordenamiento jurídico. Ysay y Heck (...) han proseguido estas investigaciones, y más recientemente, sobre todo Esser y Wieacker han señalado en qué medida tan considerable la fórmula de que el juez está sometido solamente a la ley aparece como algo ficticio en la realidad social»¹³.

La extensión de la cita se justifica, pues nos exonera de dar argumentos para hacer frente algunas posturas que, todavía hoy, reivindican a través de avisos financiados con presupuesto público, el san benito de que el juez sólo está sometido a la ley y a la Constitución, pretendiendo de este modo, negarle presencia e importancia, en nuestro medio, a la labor de los jueces y, sobre todo, a la labor de los jueces constitucionales (además, de modo directo, al precedente constitucional).

Nos estamos refiriendo a un incidente que, de no ser por el contexto en que vivimos, quizá hubiera pasado desapercibido¹⁴. Se trataba de la reacción, paradójica¹⁵, del propio Consejo Ejecutivo del Poder Judicial que, mediante un comunicado publicado en varios diarios locales, intentaba responder a una resolución publicada el día anterior, en la que el órgano de Control de la Magistratura disponía, en lo que aquí interesa:

«que todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional de sus sentencias dictadas en los expedientes (...), así como en otras materias que tienen el mismo efecto normativo ya fijados o por fijarse¹⁶»

Frente a dicha resolución, la respuesta de la máxima instancia institucional del Poder Judicial no se hizo esperar y al día siguiente estableció, mediante comunicado, lo siguiente:

«Primero: Con arreglo a los artículos 138 y 139, inciso 1, de la Constitución y artículo 1 de la LOPJ, la potestad de administrar justicia se ejerce en exclusividad por el Poder Judicial a través de los órganos jerárquicos conforme a la Constitución y a las leyes

13 BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Cuadernos Taurus, Madrid, 1963, p. 12 (se ha omitido las referencias bibliográficas de los autores citados)

14 Nos referimos a la mirada pública que, de un tiempo acá, sigue a diario el quehacer judicial, con permanentes cuestionamientos desde la prensa y las distintas instancias de la propia sociedad civil, a la labor de los jueces del Poder Judicial.

15 Paradójica, porque visto en sentido institucional, se trataba de una reacción que trataba de quitar protagonismo a la propia jurisdicción (no hay que olvidar que la jurisdicción constitucional es por excelencia función jurisdiccional) para reivindicar más bien el papel del legislador y apelando para ello a una cierta concepción de regla, de la propia Constitución, como si el juez en la ley o la Constitución encontraría piezas exactas para ser ensambladas conforme el caso lo requiera sin agregar ni siquiera el pegamento a sus construcciones.

16 Resolución N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el diario oficial «El Peruano» el día 4 de abril de 2006

Segundo: Los magistrados judiciales sólo están sometidos a la Constitución y a la Ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en el inciso 1 del artículo 146 de la Carta Fundamental y en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁷

Se presentaba, así, una excelente oportunidad para abrir un debate sobre las posibilidades, ya no sólo del precedente, que era el problema específica al que hacía referencia la resolución de la OCMA, sino de la propia jurisprudencia constitucional. El textualismo constitucional del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, llegaba al extremo de negarle participación a cualquier otro órgano, que no sea el Poder Judicial, en la desoladora función de «administrar justicia». Así mismo, la jacobina reivindicación de la independencia judicial, como un anquilosado ornamento de reminiscencia del juez *voix de la loi*, nos ponía frente a un rico manjar a ser devorado por la crítica de los juristas post-positivistas que, a juzgar por sus discursos, al parecer están de moda. Pero nada relevante ha ocurrido; nadie se ha dado por notificado y tampoco la OCMA ha dado cuenta de algún «hallazgo» sobre algún disidente y, desde las altitudes del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, tan poco ha aparecido algún nuevo anuncio crucificando a algún juez-kamikaze que haya osado desviarse de los caminos «siempre claros» de la ley.

Creemos que no se trata de ver en la OCMA algún nuevo «aliado del Tribunal Constitucional»¹⁸, ni tampoco de que los precedentes, como las letras de antaño, «con sangre entran». Se trata en todo caso, de asumir una posición clara sobre el lugar que corresponde, en el Estado Constitucional de Derecho, al Tribunal Constitucional y, en particular, a su labor, tanto en defensa del orden constitucional, como en la tutela de los derechos fundamentales.

La cuestión central que debe asumir la crítica seria, debe circunscribirse a determinar el valor jurídico del precedente constitucional en el sistema de fuentes de nuestro país. En este contexto, se sitúa la postura asumida por la profesora Eugenia ARIANO DEHO, para quien los precedentes constitucionales no pueden insertarse en el catálogo de fuentes (se entienden formales) del orden jurídico peruano. Esto sería así, «porque los jueces, incluso los constitucionales, no están puestos en nuestro sistema constitucional para «crear» normas, sino para resolver controversias concretas con base a derecho». Ello sería «más evidente» aún en el ámbito de la justicia ordinaria, donde conforme nos recuerda, «los jueces están sometidos «sólo» a la Constitución y a la Ley –que es a su vez *garantía y límite* de su independencia»–, lo que importaría en buena cuenta «motivar por escrito sus resoluciones con mención expresa de la ley aplicable» conforme se desprende del artículo 139.5 de la Constitución.

17 Aviso publicado el día 5 de abril de 2006.

18 Estos han sido los términos usados por Eugenia ARIANO en su trabajo «Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional» En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N.º 96, setiembre de 2006, p. 75 y ss.

Esta postura de la profesora ARIANO es del todo coherente, además, con su concepción de *interpretación* la misma que expone en el mismo trabajo. Según afirma, la labor «resolutiva» de conflictos (aplicadora de normas se entiende) y no creadora, que realizan los jueces en general (incluido el juez constitucional), no supone bajo ningún punto de vista «que «el medio» pueda convertirse en «el fin» y que el producto de ese «medio» (la interpretación) pueda imponerse verticalmente a los demás»¹⁹

Queda claro que una postura tal resulta muy cercana a la que se puede desprender del aviso del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. De ahí que, con el ánimo de avivar un debate sobre estos temas cruciales para el desarrollo del Estado Constitucional y sus reales posibilidades en nuestro país, conviene detenernos a agregar algunos argumentos a los ya establecidos por BACHOF a finales de la década del 50.

En primer término y, al margen de que existe cierta ambigüedad en el juego de palabras entre «medio» y «fin»²⁰ en el proceso de interpretación del Derecho que sugiere la profesora ARIANO, es un lugar común en la teoría del Derecho el asumir que el objeto de la interpretación no son las «normas» sino las grafías, textos o disposiciones que «propone» el legislador o el constituyente, para el caso del texto constitucional. En tanto que, el resultado de la interpretación son las normas. Así, se suele distinguir entre *disposición* y *norma*²¹, o entre enunciado normativo y norma interpretada, o como lo propone también HESSE²², en el ámbito de la interpretación constitucional, entre «programa normativo y norma concretizada».

En consecuencia, no se trata de que el «medio» esté siendo impuesto «verticalmente» a los demás órganos del Estado, incluidos por cierto los particulares, sino, en todo caso, las normas constitucionales concretizadas

19 Op. cit. p. 86

20 El «medio» podría ser la disposición normativa, «medio» también podría ser el propio Tribunal para el caso de la interpretación constitucional. De modo que, pensar que el «medio» es la interpretación esconde en el fondo una concepción de la interpretación como una mera actividad de «descubrimiento» de lo que ya dijo el legislador. Una actividad cognitiva que sólo la ha podido reivindicar en tales términos el positivismo más ortodoxo.

21 Así, Riccardo Guastini ha sostenido: «La disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa y la norma, su resultado. La disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y todavía por interpretar. La norma es una disposición interpretada y, de ese modo, reformulada por el intérprete: es un enunciado del lenguaje de éstos», en: GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. UNAM, México, 1999, p. 11. Del mismo autor, véase también «Disposizione vs. Norma» En: *Giurisprudenza costituzionale*. Parte seconda, año XXXIV, 1989, p. 3 y ss. La referencia inicial a esta distinción nos lleva, para el caso italiano, a los trabajos de V. CRISAFULLI. «Disposizione (e norma)» En: *Enciclopedia del diritto*. XIII, Milano, 1964.

22 HESSE, K. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón, Segunda edición, CEC, Madrid, 1992, p. 43

por el Tribunal Constitucional como tribunal al que le confiere tal competencia la propia Constitución.

Es precisamente a partir de esta distinción entre disposición y norma que se ha afianzado, en los últimos años, la labor creadora de los tribunales y cortes constitucionales. En el caso peruano, el Tribunal, siguiendo esta misma concepción²³, ha venido también a reivindicar su actividad creadora, al afirmar de modo categórico que: «Las sentencias constitucionales son, de este modo, piezas del orden jurídico y de los derechos, que, a partir de los casos concretos, permiten el desarrollo de los derechos frente a situaciones muchas veces no previstas en el propio ordenamiento constitucional»²⁴.

La interpretación, si es que es concebida como «medio», sirve, en todo caso, para «intermediar» entre caso y regla de Derecho²⁵, permitiendo incorporar otros elementos de la vida pública del Estado Constitucional, a través de la jurisprudencia²⁶. La judicatura del Estado Constitucional no puede asumir, por ello, una concepción del Derecho que tenga como único referente la ley o la Constitución escrita, pues ello significaría, no sólo desatender la textura abierta y muchas veces indeterminada de la propia Constitución, sino además, supondría renunciar a que ésta sea expresión del pluralismo que se concreta en la vida diaria vía interpretación.

Como ha escrito SPADARO²⁷, «quien interpreta crea» y, más aún tratándose del Máximo tribunal jurisdiccional de un país, «(...) quien está en posibilidades de establecer qué cosa significa la Constitución del Estado es, a todas luces, el órgano-sujeto que tiene el (mayor y más auténtico) poder en el Estado». Esto es, en buena cuenta, el órgano institucionalizado para pronunciarse como *viva vox constitutionis* y que como tal, dispone de «la misma autoridad de aquella reconocida a la propia Constitución»²⁸.

Podríamos estar o no de acuerdo con el hecho de que los jueces y, en particular, el Tribunal Constitucional adquieran, por esta vía, demasiado poder en el Estado Constitucional²⁹. No obstante, ello no nos pone al

23 Así por ejemplo de manera expresa en la sentencia Exp. N.º 010-2002-AI/TC.

24 STC Exp. N.º 4119-2005-AA/TC, f. j. 41.

25 Cfr. ZAGREBELSKY. *La giustizia costituzionale*. Segunda edición, Il Mulino, 1988, p. 39 y ss. Cfr. especialmente su capítulo 2: «Natura e limiti dell'uso giudiziario della costituzione»

26 Así en la concepción de Peter HÄBERLE, sobre la apertura en la interpretación constitucional. Cfr. *El Estado constitucional*. Op. cit., p. 157 y ss.

27 SPADARO, Antonino. «Las motivaciones de las sentencias de la Corte como técnica de creación de normas constitucionales». En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. N.º 4, Palestra, Lima, abril de 2006, p. 545 y ss.

28 SAITTA, Antonio. *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni de la Corte Costituzionale*. Giuffrè, Milano, 1996, p. 165.

29 Aunque la pregunta en este punto habría que plantearla al propio constituyente, como lo hiciera a finales del 50 BACHOF al analizar la Ley Fundamental

margen de la realidad, una realidad que ha constitucionalizado esta máxima fuerza de la labor creativa del Tribunal, expresada ahora a través del Precedente. Pero veamos en seguida otro argumento que se suele oponer a la idea de que los jueces «gobiernen» el Estado Constitucional a través de precedentes.

1. La invocación de la independencia judicial

El aviso del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, ha puesto también sobre la mesa, el argumento más usado cuando de oponerse a la jurisprudencia como «fuente» de Derecho se trata. Se trata, a primera vista, de un argumento constitucional irrefutable, en la medida que alude a la independencia de los jueces (arts. 138 y 139.2 de la Constitución).

En su versión más simple, el argumento puede resumirse así: los jueces, a la hora de decidir, sólo pueden obedecer a la ley y a la Constitución, cualquier otro elemento extraño a estas dos «fuentes» debe entenderse como una amenaza a la independencia de los jueces.

Se trata de una concepción de independencia judicial tributaria de un modelo de organización jurisdiccional burocrática y sometida al «imperio de la ley» que simplemente ha incorporado un nuevo elemento en el cliché: la Constitución. No obstante, una simple invocación de la Constitución o la ley no resuelve el problema central de la actividad judicial en el Estado Constitucional.

Al margen de los problemas que supone la presencia de una Constitución como norma jurídica impregnada de valores y que adopta la fórmula más de principios que de reglas³⁰, resulta innegable, a estas alturas, que los jueces en su actividad diaria no resuelven el problema de su imparcialidad (fin último al que sirve la propia independencia judicial), invocando sólo la ley o la Constitución. Como ha precisado el propio Tribunal Constitucional, «los jueces no son más independientes por que se autogobiernen o porque decidan «soberanamente» desde su interioridad subjetiva las causas que la sociedad les plantea». En consecuencia, la simple invocación de la ley o la Constitución, al parecer no resulta suficiente para «demostrar» o garantizar la independencia e imparcialidad judicial. En todo caso, «Es la labor en los casos diarios lo que permite constatar si

de Bonn, ¿han hecho bien la Constitución dejando tanto poder en manos de los jueces? La repuesta de BACHOF en su famosa conferencia es del todo clara en este punto. La opción por el modelo Constitucional de Derecho, «señala el abandono consumado del positivismo legalista en el pensamiento político y jurídico alemán, la pérdida de creencia en la omnipotencia del legislador estatal». Cfr. BACHOF. Op. cit., p. 36

30 Sobre la distinción entre principios y reglas, la bibliografía se ha vuelto demasiado amplia. Baste en todo caso remitirnos aquí al trabajo pionero de Ronald DWORKIN. *Los derechos en serio*. Traducción de M. Gustavino, Ariel, Barcelona, 1984. También, Luis PRIETO SANCHÍS. *Constitucionalismo y positivismo*. Fontamara, México, 1997

dichas garantías pueden objetivarse, otorgando de este modo legitimidad al juez en el ejercicio de sus funciones»³¹.

En un contexto tal, la incorporación de la jurisprudencia en general o, en particular, del precedente constitucional, en el razonamiento de los jueces, no puede ser vista al margen del concepto de orden jurídico. En este caso, un orden jurídico que ha sido concretizado a través de las interpretaciones del órgano funcionalmente encargado para definir los términos vagos e imprecisos de la Constitución. Se trata, en buena cuenta, de superar aquella concepción del juez aplicador mecánico de la ley, para finalmente reconocer «que la independencia radica precisamente en la existencia de una decisión judicial basada no en una sola interpretación, sino en una posible dentro de las varias posibles que tendrá como marco necesario, además del texto de la norma, los propios valores constitucionales que lo informan»³². En consecuencia, la independencia no existe *ex ante*, sino que se reivindica en cada caso. El juez gana su independencia argumentando y expresando las razones por la que opta por una determinada comprensión del caso y de la propia ley.

En el ámbito de la interpretación constitucional sin embargo, el propio sistema jurídico ha autorizado una interpretación no sólo final³³, sino también autorizada de la Norma fundamental. En el primer caso (tratándose de las interpretaciones de la ley) se habla del valor persuasivo de las interpretaciones del Tribunal, en la medida, claro está, que admita otras posibles interpretaciones desde la Constitución. En el segundo caso (las interpretaciones de la Constitución) estamos ante la presencia de un precedente vinculante, cuando así lo exprese el Tribunal, o en todo caso, de la doctrina constitucional del Tribunal que debe ser acatada como tal por todas las instancias judiciales, como también por los demás poderes del Estado.

Invocar la independencia judicial para desacatar la jurisprudencia constitucional o el propio precedente, solo puede significar una comprensión del orden jurídico que se cierra sin la participación del ente calificado como órgano que concreta las normas constitucionales. En este sentido, se ha hablado de «coherencia interna del ordenamiento jurídico»³⁴ o también del principio de «unidad interpretativa»³⁵ de la Constitución que se

31 Así en el STC Exp. N.º 3361-2004-AA/TC, f. j. 16.

32 GONZALES MANTILLA, Gorki. *Poder Judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*. PUCP, Lima, 1998, p. 72.

33 Cfr. LANDA ARROYO, César. «Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional» En: *Parlamento y Constitución*. N.º 9, Toledo, 2005.

34 Así, RUBIO LLORENTE, F. «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional» En: *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*. CEC, Madrid, 1997, p. 452.

35 En este sentido, se ha argumentado que, siendo la Constitución una y siendo el propio ordenamiento uno, «no cabe que existan mecanismos dispares de

verían burlados de no acatarse las interpretaciones vinculantes del Tribunal Constitucional.

Sea como fuere, el orden jurídico del Estado Constitucional resulta incompleto sin la participación del Tribunal Constitucional, como órgano calificado para la tarea de la interpretación de la norma con mayor grado de indeterminación y que, sin embargo, contiene los valores y principios sobre los que asienta la misma estructura del Estado Democrático³⁶ (art. 1 de la Constitución). Por ello es que tampoco resulta aceptable la tesis según la cual, el uso de los precedentes constituye límite o excepción al principio de independencia³⁷, en la medida que la independencia de los jueces no puede construirse al margen del orden jurídico constitucional, y menos aún puede servir de argumento para dejar fuera del razonamiento judicial las precisiones autorizadas de la norma suprema del Estado.

III. La «identidad» del precedente constitucional peruano

La apertura del debate en torno al precedente, se muestra todavía incipiente, de modo que, aunque es claro que existen posturas que no admiten la incorporación de la jurisprudencia constitucional como «nueva» fuente de Derecho, no se podría hablar todavía en nuestro entorno de un debate entre una tesis escéptica y otra optimista como ha delimitado Carlos BERNAL en el caso colombiano³⁸. Podría decirse así que el debate, en el caso nuestro, no ha despertado aún. De hecho, las pocas muestras de interés de los propios especialistas en materia constitucional pudiera darnos la imagen de que se trata de un asunto fuera de debate³⁹. Tal afirmación sin embargo esconde la verdadera dimensión del problema. La propia identidad del precedente es discutible, en la medida que, como

interpretación constitucional independientes» Cfr. PÉREZ TREMPES, Pablo. *Escritos sobre justicia constitucional*. Editorial Porrúa, México, 2005, p. 59

36 Cfr. DÍAZ REVORIO, Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. CEC, Madrid, 1997.

37 Así Javier ADRIÁN, cuando sostiene: «(...) la existencia de una regla que constituya precedente vinculante en casos sustancialmente iguales constituye un límite a la garantía institucional de la independencia judicial, es decir, la capacidad autodeterminativa que tiene el juez para resolver un caso conforme a la Constitución y a la ley expedida conforme a ésta, se verá limitada por la obligación de resolver conforme al precedente judicial vinculante que exista, la misma que se deriva, conforme se ha mencionado reiteradamente, de los principios constitucionales de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica, además del artículo VII del Título Preliminar del CPCons». Cfr. «Relaciones entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial. El valor de la jurisprudencia vinculante» En: *Gaceta del Tribunal Constitucional*. N.º 2, Lima, 2006 (versión electrónica: <http://gaceta.tc.gob.pe/cec02.shtml>).

38 BERNAL PULIDO, Carlos. «La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano» En: *Foro Precedente 2003*. Universidad Icesi de Cali.

39 Los trabajos que se pueden citar son contados y si bien se ha expresado alguna crítica a la forma como se viene aplicando el artículo VII por parte del

veremos, se aparta de la tradición establecida en su escenario original: el *common law*. Pero, además de ello, el precedente es también un buen pretexto para indagar sobre los límites del Tribunal a la hora de extender su poder normativa a través de sus decisiones. Veamos a continuación algunos de estos aspectos del problema.

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

Tras la puesta en vigor del Código Procesal Constitucional (CPConst.) algún lector extranjero, de paso por el Perú, nos preguntaba: «Explíquenme por favor, ¿la jurisprudencia del 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 –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, se señala que lo que realmente resulta vinculante son «Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren autoridad de cosa juzgada», pero además 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. 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/TC⁴⁰, 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 recogidos como precedente vinculante

Tribunal (ESPINOSA-SALDAÑA), está pendiente el debate en torno a las posibilidades del precedente como herramienta para establecer la política jurisdiccional de parte del máximo intérprete de la Constitución. Cfr. ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, «El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarle en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana» En: *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, N.º. 1, 2006, p. 67 y ss.

40 Debe advertirse en este punto, que el TC venía ha «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.

en los términos del artículo VII, no tendrían efecto vinculante y, en consecuencia, no fue tomado en cuenta a la hora de resolver el caso⁴¹. De este modo, contra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Poder Judicial anuló en este caso 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 y, 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 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, lo que también desde la perspectiva del uso de los precedentes, debilitaría en efecto su fuerza vinculante⁴². Lo importante aquí es que el órgano judicial está asumiendo que el efecto vinculante de las sentencias del

41 «A la fecha, se encuentra vigente el Código Procesal Constitucional, Ley 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 Marsano (Exp. N.º 1923-2003-AA/TC) y Manuel Aguirre Roca (Exp. N.º 718-2004-AA/TC))

42 La distinción que suele hacerse en este punto es entre *ratio* y *opinions*. A primera vista, si bien las opiniones de los jueces disidentes o concurrentes respecto del fallo, no vinculan, sus efectos colaterales son diversos. En lo aquí importa sin embargo, una decisión que contiene varios votos disidentes (opiniones) reduce su fuerza vinculante y muchas veces, hacia el futuro, resulta más atrayente una opinión disidente que la propia decisión de la mayoría. Cfr. MORETIL, Francesca. «El precedente en el sistema inglés» En: *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Franceso GALGANO (coordinador) Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, p. 41.

Tribunal Constitucional se desprende sólo del artículo VII del CPConst. asumiendo 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.

2. Una primera distinción: Precedente vinculante e interpretaciones constitucionalmente vinculantes.

Este es el contexto en el que el Tribunal vino a precisar en el caso Salazar Yarlenque vs. Municipalidad de Surquillo (Exp. 3741-2004-AA/TC) 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».

El propio Tribunal se ha encargado, de este modo, de precisar que cuando el artículo VI del Código Procesal Constitucional, como también 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 con relación a los jueces del Poder Judicial, sobre todo cuando se trata de su labor de máximo intérprete de la Constitución⁴³; 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 su poder normativo a través de la técnica del precedente vinculante.

43 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, con relación a los efectos vinculantes de las interpretaciones de la Ley por parte del Tribunal. Para un sector lo que resultaría vinculante sería sólo 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 las referencias a las posturas contrarias a esta interpretación.

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 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»⁴⁴.

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 «usos aceptados» 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.

3. Doctrina jurisprudencial y precedente normativo

Hecha esta primera aclaración, pareciera sin embargo que de las distinciones hechas por el propio Tribunal, entre precedente y jurisprudencia, no cabría hablar de precedente sino a partir de la vigencia del CPConst. Tal aseveración, sin embargo, no resultaría del todo cierta, sobre todo si consideramos al precedente en sentido lato como «un elemento importante del método jurisprudencial para la decisión de las controversias futuras en base a decisiones previas»⁴⁵.

Como es fácil 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 tomado en cuenta sus propias reglas, sentadas previamente a través de su jurisprudencia. Ejemplos de esa «autovinculación» del Tribunal a sus propios precedentes son algunas instituciones conocidas hoy en el ámbito del Derecho procesal constitucional peruano, como el amparo contra nor-

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

45 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 Giuseppe Treves, Torino, 1971, p. 216

mas⁴⁶, o el propio amparo contra decisiones judiciales emanadas de «procedimiento irregular»⁴⁷. Ambos institutos procesales surgidos, si se quiere, de lecturas no necesariamente literales o del propio artículo 200, inciso 2⁴⁸ de la Constitución.

En este sentido, cabe hacer una precisión adicional. El precedente normativo, o mejor aún, las normas que el Tribunal puede establecer a partir de su potestad de establecer precedentes, no constituyen un reemplazo del valor vinculante que también posee la doctrina jurisprudencial del Tribunal⁴⁹, identificable en las tendencias de su propia jurisprudencia.

La doctrina constitucional sentada por el Tribunal a través de sus argumentaciones, en los distintos procesos constitucionales, constituyen un conglomerado disperso, pero que debe ser comprendido como un conjunto unitario de preceptos orientados a precisar o concretar las disposiciones constitucionales en su confrontación con los casos planteados ante la

46 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*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 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/TC, donde estableció que dicho control jurisdiccional a través del amparo incluso podría hacerse valer tratándose de amenaza cierta e inminente. 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 139 3 de la Constitución), el impedimento para plantear una demanda de amparo contra normas, previsto en el artículo 200 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 inermes 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*. N.º 1, Lima, enero de 2006, p. 511 y ss.

47 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.

48 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».

49 Doctrina jurisprudencial que hace referencia a cierta continuidad de un razonamiento expresado por el tribunal y sobre todo si se trata de llenar los vacíos del ordenamiento vía interpretación del propio Tribunal. Se hace referencia así por ejemplo a la llamada doctrina constitucional integradora. Cfr. BERNAL PULIDO. «El precedente constitucional», capítulo V de su libro *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 164.

jurisdicción constitucional. Constituyen, para decirlo en palabras de ALEXY, las «condiciones de precedencia»⁵⁰ a través de las cuales se definen los conflictos entre derechos fundamentales. Son las «condiciones» que hacen que un determinado derecho fundamental prime o sea optimizado en su confrontación con otro bien o derecho constitucional.

No obstante, tal como lo ha advertido TARUFFO⁵¹, «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. En este sentido 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 precedentes que, tanto el propio Tribunal como la comunidad jurídica, mal que bien, veníamos identificando con meridiana claridad a través de sus sentencias?

De esto modo, la segunda precisión general que habría que hacer en este punto es que el precedente vinculante a que se refiere el artículo VII del Título Preliminar del CPConst., se diferencia de la doctrina 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 de la doctrina 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 ámbito de vinculación o irradiación del precedente constitucional, sino más bien en la forma en

50 ALEXY, Robert, se refiere a las «relaciones de precedencia condicionada» como situaciones fácticas que inciden en la definición de las causas constitucionales. Cfr. del autor su *Teoría de los derechos fundamentales*. CEC, Madrid, tercera reimpresión, 2002, especialmente, su explicación sobre la «ley de colisión», donde escribe: «La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente» (p. 92). Se trata en consecuencia de verdaderas reglas interpretativas del caso en contraposición a las disposiciones de la Constitución.

51 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 DF, 2003, p. 193

cómo se concreta dicha vinculación y la amplitud que alcanza. Esto es, mientras el artículo VI, irradia el ámbito de vinculación del precedente hacia la judicatura del poder judicial, el precedente vinculante normativo, lo hace con alcance general y con el máximo nivel jerárquico, esto es, a nivel de las «normas constitucionales»⁵².

Se trata de una verdadera potestad creadora de normas de nivel constitucional, que tiene además las siguientes consecuencias: a) el precedente no puede ser descatado por la legislación ordinaria. Cualquier cambio a las reglas establecidas a través de un precedente requiere el mismo quórum establecido para una reforma constitucional; b) tratándose de precedentes que establecen criterios de interpretación constitucional frente a supuestos normativos provenientes de la ley y que han confirmado la constitucionalidad de la misma, no sólo no pueden ser revisados en sede judicial, sino que tienen la virtud de anular la potestad de un eventual control judicial difuso por parte del juez ordinario; c) sólo el Tribunal puede variar el contenido normativo de un precedente normativo, aportando razones para ello; d) las limitaciones a su uso solo pueden provenir del propio Tribunal (*self restraint*), puesto que la imposición de límites terminaría por anular la propia esencia y la autonomía institucional irremplazable en un Tribunal Constitucional⁵³.

La distinción entre doctrina jurisprudencial y precedente normativo, nos da cuenta, por otro lado, de las dos funciones básicas que corresponde hoy en día a los Tribunales Constitucionales. Esto es, señalar la política constitucional a través de pautas de concreción de la constitución abierta, propia de una sociedad plural, y asumir, como máximo Tribunal, la defensa de los derechos fundamentales en su permanente conflicto, con otros derechos o con la legislación del Estado. A la primera función ha de atenderse, de ahora en adelante, a través del precedente normativo; de la

52 Así, refiriéndose a la labor de la Corte Constitucional italiana, afirma SPADARO: «La Corte no solamente «crea» normas con rango legislativo, mediante sus reconocidas sentencias «interpretativas/legislativas», sino que también –se trata de un rasgo mucho más importante– «crea», nos guste o no, las mismas normas constitucionales (o si se prefiere, como ya se ha mencionado, extrapola estas últimas del conjunto de disposiciones constitucionales vigentes) Cfr. SPADARO, Antonino. «La motivación de las sentencias de la Corte como técnica de creación de normas constitucionales» Cit., p. 546.

53 Puede invocarse otros límites desde luego en el marco del juego democrático, aunque, como veremos, tales límites se sitúan fuera del marco habitual de decisiones del Tribunal. Así por ejemplo, Javier DÍAZ REVORIO ha precisado que tales límites pueden provenir: 1) del propio Poder Constituyente, alterando su configuración y funciones en la propia Constitución; 2) el Poder legislativo ordinario, a través de las reformas a su propia Ley Orgánica; 3) el propio Parlamento aunque esta vez a través de su potestad de designación de sus miembros y, finalmente, 5) el Tribunal también está sometido a la jurisdicción supranacional, que en el caso nuestro ha sentido su poder en más de una ocasión. Cfr. su obra *La Constitución «abierta» y su interpretación*. Colección Derechos y Garantías, N.º 11, Palestra, Lima, 204, p. 259.

segunda labor, no menos importante han de seguir surgiendo, la benéfica doctrina constitucional a favor de los derechos fundamentales.

Sólo 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 doctrina constitucional del Tribunal, como ocurre, por ejemplo, con los casos citados, del amparo contra normas o el amparo contra resoluciones judiciales.

4. Precedente vinculante y valor de *cosa juzgada* de la sentencia constitucional.

Tratándose de una figura tan vinculada al ámbito del *common law*⁵⁴, 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 Constitucional⁵⁵.

En este sentido, con frecuencia se suele confundir los planos y se pretende dar efecto de cosa juzgada a lo que sólo alcanzaría a tener efecto de precedente persuasivo, y por el contrario, se agota esfuerzos argumentativos

54 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 Sagüés remitiendonos al caso *Burnet vs. Coronado Oil & Gas Co.*, donde 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 SAGÜÉS. «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.

55 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 Tribunal Constitucional en materia de protección de derechos fundamentales no tendría norma constitucional directa, aunque se encuentra prevista en el artículo 6 del CPConst. que otorga dicho efecto sólo a las sentencias estimatorias.

en presentar una máxima o precedente, en donde no hay más que efecto de cosa juzgada en la decisión del Tribunal⁵⁶.

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»⁵⁷. 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, lo que no ocurriría para el caso del precedente, cuya aplicación depende, por lo general y como veremos, de cierta corrección en el razonamiento de la corte o tribunal⁵⁸.

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 mismo⁵⁹.

56 Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro. «Stare decisis e Corte Costituzionale» En: *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*. Op. cit., p. 35

57 STC Exp. N.º 024-2003-AI/TC.

58 En el caso *Lawrence vs. Texas* (2003), la Corte Suprema Norteamericana, 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 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 González, CEC, Madrid, 2005, p. 641 y ss.

59 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 (Entre varias, STC Exp. N.º 4635-2004-AA/TC), mientras que en otros casos, los precedentes han sido sólo señalados en el lugar donde

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, o peor aun, sin una conexión relevante con el caso desarrollado, a tal mandato no puede atribuírsele la condición de precedente, aun cuando no quepa dudas sobre el efecto de cosa juzgada que lo respalde como a toda decisión jurisdiccional. El efecto de cosa juzgada se despliega entonces al margen de los errores o imprecisiones en la argumentación, mientras que el precedente exige un mínimo de racionalidad argumentativa, de modo que en el error la judicatura inferior no está obligada a seguir el precedente⁶⁰.

IV. 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, menos aún, que sea la propia Corte que establece el precedente quien «ayude» 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»⁶¹. 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 modo radical de esta tradición del *common law*. Aquí la regla

se ubica el fundamento, sin haberlos reiterado en el fallo (ejemplo de esto lo constituye la STC 6167-2005-PHC/TC). Para mayores detalles, recomendamos revisar las sentencias incluidas en la primera parte de este libro.

60 En este sentido resulta relevante que los jueces del Poder Judicial, cuando se trata de precedentes contradictorios, por ejemplo, puedan «documentar» las contradicciones o yerros en la interpretación del Tribunal como fundamento para no verse obligados a seguir determinados precedentes. El «gobierno» del Tribunal a través de sus precedentes, no es posible a partir de su sola ubicación en la cúspide del sistema jurisdiccional, es indispensable que esté respaldada en un discurso racional argumentativo.

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

precedente viene estatuida en el propio fallo⁶² y con precisión de una regla que no admita 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 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, antes que depositar la confianza en su capacidad y juicio para interpretar las decisiones del máximo Tribunal.

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»⁶³.

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 visto 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

62 Esta regla no ha sido definida de modo uniforme por el Tribunal como veremos más adelante. Hay decisiones que señalan el precedente entre los fundamentos, sin mención en la parte dispositiva de la sentencia, las hay también aquellas que remiten a una parte de los fundamentos y finalmente, las que se concretan como reglas puntuales.

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

Si bien un diagnóstico de los riesgos que se corre al haber otorgado tal poder 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, sin debilitar más todavía las ya dañadas estructuras del sistema judicial a donde finalmente apunta el precedente constitucional, sirva 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»; en todo caso, 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.

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

1. Límites

Ya se ha adelantado que mediante el precedente, más allá de las razones prácticas que podrían argüirse a favor de su implementación⁶⁴, lo que en definitiva se busca es de dotar de la mayor predictibilidad posible a la jurisprudencia del Máximo intérprete de la Constitución⁶⁵. 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 Tribunal⁶⁶. Según ha sostenido el

64 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 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.

65 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.

66 Cfr. fundamento jurídico 45 y 46 de la sentencia.

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» (STC Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, f. j. 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 las mismas admiten más de un sentido o significado interpretativo. En esta dirección 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»⁶⁷.

Si bien 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»⁶⁸, no debe olvidarse que en el ámbito de la interpretación de la ley, el Tribunal Constitucional no es su único intérprete, 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 Constitución⁶⁹, en cuyo caso el precedente deberá establecer su invalidez jurídica imponiendo tal interpretación a todos los demás poderes del Estado incluyendo por cierto a los jueces.

De este modo, el precedente, como ocurre también en su escenario originario, viene a constituir una técnica de depuración en la creación jurisprudencial del Derecho. A través del precedente se introducen verdaderas reglas de Derecho en el orden jurídico, por lo que resulta sensato que tal potestad, al no haber pasado el debate deliberativo del Parlamento (sitio ideal para confrontar las distintas posturas de una sociedad plural), sea usada con la prudencia debida para no entronizar como «Derecho» deter-

67 Cfr. fundamento jurídico 46.

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

69 Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. «El valor jurídico y político de la jurisprudencia constitucional» Presentación al N.º 1 de *Palestra del Tribunal Constitucional*. Palestra, Lima, enero de 2006.

minadas posturas teóricas o doctrinarias que, no cuentan con un consenso mínimo de la comunidad política y social donde pretende asentarse⁷⁰.

Vale aquí la advertencia del profesor HÄBERLE, en sentido de que la jurisprudencia constitucional no puede convertirse en el claustro para la cátedra de determinados profesores desde la que aprovechando la «soberanía constitucional» de esta instancia, pretendan «validar» determinadas teorías sobre los derechos o sobre las competencias de los poderes públicos. Tampoco dejarse entusiasmar por la «fe» o el «entusiasmo» ciudadano (muchas veces coyuntural) que a veces despierta la jurisdicción constitucional, de modo que sustentándose en ella, pretenda gobernar en paralelo a las demás instancias de la democracia constitucional. En este sentido resulta pertinente, dejarse aconsejar de nuevo por el profesor de Bayreuth, cuya advertencia para Alemania resulta del todo aplicable también tratándose de una democracia en transición, como la nuestra: «La fe alemana en la jurisdicción constitucional no puede convertirse en la incredulidad de la democracia»⁷¹.

2. Limitaciones

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 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, hábeas data, hábeas 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 análisis⁷². De este modo, el

70 Es interesante destacar, en este punto, la conocida técnica del Derecho anglosajón sobre la decisión mínima; esto supone que el Tribunal cuando admite un recurso porque es indispensable su respuesta, trata de referirse de modo muy directo y limitado a aquellas cuestiones que son indispensables en la decisión. Cuando el caso no está «maduro», la Corte Suprema por lo general no admite el recurso o *certiorari*.

71 HÄBERLE, Peter. «La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional» En: *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Palestra, Lima, 2004, p. 126.

72 El Tribunal lo ha planteado en estos términos: fundamento jurídico 41; «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

Tribunal vino ha establecer vía precedente⁷³ 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, en este caso, de una limitación para 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 estimando 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 modo que las «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 particulares⁷⁴. Al menos en este supuesto, se podría reclamar 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 emplazado con la demanda, 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 también 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.

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»

73 Cfr. STC Exp. N.º 3741-2004-AA/TC.

74 Cfr. MENDOZA ESCALANTE, Mijail. «Los efectos horizontales de los derechos fundamentales en el ordenamiento Constitucional Peruano» Comunicación presentada al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, 2004.

VI. Concepciones de precedente: Ideas finales

Antes de concluir, quisiera remarcar una idea que creo constituye el hilo ideológico que está detrás de la forma cómo ha sido recogido la figura del precedente por el legislador peruano y la forma también como viene siendo entendido por el Tribunal. Frente a la idea de un precedente en sentido formal 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 en base al consenso que pueda 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*, puede no obstante, ser de mucha utilidad la teoría del precedente que se ha elaborado 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 de precedente quiere también una lectura formal por quien debe verse «vinculado».

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. (art. 6 del CPConst.)

El problema es, sin embargo, ¿cómo explicar la vinculación de las demás decisiones del Tribunal Constitucional que sin venir expresadas bajo una fórmula «formal» de precedentes, generan no obstante «interpretaciones vinculantes»?; puede decirse en este sentido, que la concepción formal de precedente, acorta las posibilidades de vinculación de las interpretaciones constitucionales y, en consecuencia, mina la propia concepción de la Constitución como norma jurídica vinculante, que en última instancia de proyecta como «norma viviente» sólo a través de las interpretaciones del Tribunal⁷⁵.

75 Conviene recordar en este punto, la concepción según la cual, la Constitución es en buena cuenta un programa normativo que sólo alcanza «concretizarse» a través de los casos, donde además, hay que precisar aún más, las distinciones entre «ámbito material, ámbito normativo y programa normativo», tal como lo ha sugerido hace ya bastante tiempo Friedrich MÜLLER. Cfr. del autor: «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas» En: *REDC* N.º 27, Madrid, 1989.

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, el 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 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 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.