



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564.

Tribunales kelsenianos y Precedente. Una tipología de las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional

Pedro Grández Castro*

Resumen: Los Tribunales Constitucionales (TC) tienen, entre sus funciones más relevantes, la interpretación de la Constitución y en especial, de los derechos fundamentales que se configuran como la fuente de mayor importancia en los Estados Constitucionales. De este modo, la interpretación constitucional es concebida como una función creadora e integradora de normas constitucionales que tienen efectos generales más allá de los casos resueltos.

Partiendo de esta premisa, el autor plantea la necesidad de construir una teoría de los precedentes propia para contextos en los que interactúan los Tribunales Constitucionales con el Poder Judicial en la protección de los derechos, como ocurre en el caso peruano. En este sentido, el artículo analiza las distintas manifestaciones de los vínculos que producen las decisiones del Tribunal Constitucional con relación a los jueces, al legislador y, a los poderes públicos en general.

Palabras clave: *Sentencias del Tribunal Constitucional. Precedente*

Constitucional. Cosa Juzgada. Doctrina constitucional. Tribunales kelsenianos.

Abstract: Some of the main functions of Constitutional Courts are to read into the Constitution and particularly, the fundamental rights which are set as the most important source in Constitutional States. Thus, constitutional interpretation is conceived as a creative and integrative function of constitutional norms that have general effects beyond solved cases.

On this basis, the author raises the need of building a theory of precedents suitable for contexts in which constitutional courts interact with the Judiciary in the protection of rights, as in the case of Peru. In this sense, the article analyzes the various manifestations of the bonds produced by the decisions of the Constitutional Court regarding the judges, the legislator and the public authorities in general.

Keywords: *Effects of Constitutional Court rulings. Constitutional Precedents, Res judicata, constitutional doctrine, kelsenian Courts.*

* Profesor Ordinario en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO: **1.** Introducción; **2.** El “gobierno” de las interpretaciones: El Tribunal Kelseniano; **3.** La doctrina constitucional frente al legislador; **4.** Interpretaciones constitucionalmente vinculantes; **5.** Decisiones con reserva de nulidad; **6.** Los vínculos desde la cosa juzgada; **7.** La doctrina constitucional frente a los jueces; **8.** *Leading case* o doctrina de la dignidad; **9.** Precedentes formalmente vinculantes; **10.** Algunas consideraciones finales

“Una constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular, las leyes inconstitucionales se mantienen válidas -sin poder anular su inconstitucionalidad- equivale mas o menos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria”

H. Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución -La justicia constitucional-* (1928)

1. Introducción

El Objeto de esta comunicación es presentar una tipología de las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional, a partir de la forma cómo actúan sus decisiones en el marco del sistema constitucional peruano. Se trata por tanto de una reconstrucción de tipo descriptiva en la mayor medida posible. Desde luego, algunas de las conclusiones a las que se puede arribar observando esta realidad, pueden servir para identificar variables comunes en otros contextos o sistemas. En el caso peruano, desde la vigencia del Código Procesal Constitucional (01.12.04), con la incorporación de un modelo canónico de precedente jurisdiccional, se ha abierto un debate sobre el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal constitucional. No obstante, ese debate ha reducido el alcance de la vinculación de las decisiones del máximo Tribunal a un grupo limitado de decisiones calificadas por el propio Tribunal como precedentes¹, dejando fuera de análisis, un importante grupo de decisiones, incluso aquellas que caracterizan a un Tribunal de tipo kelseniano, como es el caso de las decisiones que declaran la invalidez de una Ley o las decisiones interpretativas que también se emiten en este tipo de procesos.

Es probable que una imagen completa de todas las manifestaciones de vínculos con sus variadas formas e intensidades, no sea posible de captar en términos abstractos y generales. En cualquier caso, en lo que sigue quisiera llamar la atención de algunas de estas manifestaciones, asumiendo como telón de fondo, la necesidad de visualizar en el precedente formal vinculante, solo una

¹ La fórmula del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece: “Art. VII.- 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.”

de estas manifestaciones del carácter vinculante de las decisiones del TC, quizá la que con más celo habría que vigilar, en la medida que en los últimos años ha sido en este espacio donde el TC ha puesto en riesgo, en más de una ocasión, su legitimidad y prestigio.

Una reconstrucción en sentido más amplio de los vínculos que despliegan las decisiones del Tribunal, requieren sin embargo, precisar en qué sentido debemos entender el término "vinculante". Como lo ha hecho notar Schauer, aunque en una primera impresión "cuando imaginamos una regla o un límite como vinculante, pensamos que es inevitable, que no deja lugar a la elección" o que los límites impuestos por tales reglas, son "absolutos o incapaces de ser vencidos por otras consideraciones"; no obstante, "en el derecho como en la vida, las obligaciones genuinas pueden ser desplazadas por otras más fuertes, sin perder así su fuerza como obligaciones"².

En tal sentido, entendemos por vinculantes las decisiones que, en principio, generan obligaciones a sus destinatarios conforme a lo dispuesto, ya sea en el fallo o en los argumentos. Los vínculos visto en este sentido no son mandatos inexorables y pueden por tanto merecer, cuando no desplazamientos, al menos consideraciones sobre su pertinencia y relevancia antes de ser asumidos. También los destinatarios varían. A veces el Tribunal Constitucional (TC) decide en abstracto y para todos (con efectos *erga omnes*); en otros casos, sin embargo, sus decisiones tienen destinatarios individualizados o identificables.

Las decisiones también pueden ser apreciadas en sus vínculos no solo a partir de sus destinatarios, sino por la intensidad en que se expresan. Algunas decisiones pueden considerarse que generan vínculos estrictos o más intensos, otras veces en cambio, solo generan vínculos a "tener en cuenta" o que pueden resultar persuasivos en casos futuros. Finalmente, la vinculación, que siempre como se ha dicho desde el comienzo no es inexorable en cualquier sistema jurídico, puede también expresarse a partir de otro tipo de consideraciones, por ejemplo; el tipo de procesos; el tipo de relación que existe entre el Tribunal y el sistema judicial; la forma de decisión o el tipo de sentencias e, incluso, atendiendo al modelo de justicia constitucional instaurado en un determinado contexto: si un modelo concentrado, un modelo difuso, mixto, paralelo o incidental, en cada sistema las relaciones de vínculos pueden establecerse de maneras diferentes³.

² Cfr. Schauer, F. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, trad. de Tobías J. Schleider, Editorial Marcial Pons, 2013, p. 90

³ Sobre los tipos de decisiones de los Tribunales en función del modelo de justicia constitucional puede verse, Pegoraro, L. *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2004, especialmente p. 110 y ss.

2. El “gobierno” de las interpretaciones: El Tribunal Kelseniano

Antes de avanzar con la tipología que intento presentar en el contexto de un Tribunal de clara orientación kelseniana como es el caso del Tribunal peruano, conviene llamar la atención sobre algunos de los rasgos que identifican a los dos modelos que conocemos en la actualidad, aun con sus matices y desarrollos, sobre el control de constitucionalidad de la legislación: el concentrado y el difuso y sus distintas variantes.

Como es conocido, en el modelo de *revisión judicial* americano el control constitucional de la legislación se produce a través de casos concretos resueltos por los tribunales. De esto resulta que la identificación del caso y sus particularidades se convierte en el centro de discusión para la imputación de vínculos al razonamiento del Tribunal a través de sus sentencias. Al punto es esto un rasgo relevante, que hay autores que sostienen que el precedente en el sistema del *Common Law* no puede consistir en meras interpretaciones de la Ley, como tampoco puede ubicarse en las consideraciones sobre los hechos simples presentados por las partes. Lo que resulta relevante, se suele afirmar, debe ser analizado a la luz de las razones y consideraciones que el Tribunal realiza de cara a la decisión que toma y *necesariamente* vinculado a las peculiaridades del caso resuelto con antelación⁴.

En materia de interpretaciones de la legislación, la concepción según la cual, el precedente no hay que ubicarlo en las interpretaciones abstractas de la ley realizadas por el tribunal que emite el precedente, parece ser más bien una herencia de la tradición inglesa del precedente. Esta concepción aparece con claridad en una cita de Lord Denning que se recoge en el clásico manual de Rupert Cross y J.W. Harris en el que, se sugiere que, los jueces no están sometidos a las interpretaciones realizadas en abstracto, sino en todo caso, debe tomarse en cuenta las peculiaridades del caso, puesto que “al interpretar la ley, la única función del Tribunal es aplicar las palabras de la ley a una determinada situación. Una vez se ha llegado a la decisión en dicho caso concreto, señalan, la doctrina del precedente nos lleva a aplicar la ley de la misma forma en cualquier situación similar, pero no en una situación diferente. Así, cuando surja una nueva situación que no esté cubierta por las decisiones previas, el Tribunal deberá guiarse por la Ley y no por la palabra de los jueces”⁵

Cross y Harris admiten que “aunque sería ir demasiado lejos el afirmar que existe una práctica establecida según la cual las decisiones sobre la

⁴ Este es el concepto estándar de precedente para los sistemas del *Common Law* pese a sus diferencias entre el precedente inglés y norteamericano según las anotaciones de R. Cross y J. W. Harris: “En la práctica judicial inglesa, escriben, cualquiera de las afirmaciones hechas por un juez de manera implícita o explícita en relación con la regla jurídica en la que base su decisión, **necesariamente** deben interpretarse a la luz del Case Law preexistente en el momento en que dicha regla sea estudiada por el juez posterior o por cualquier otro interesado en el asunto ...” Cfr. De los autores, *El precedente el sistema inglés*, Trad. De M^a Angélica Pulido, Marcial Pons, 2012, p. 69 (negrita agregada).

⁵ Voto disidente de Lord Denning en el caso *Paisner v. Goodrich* (1955), citado por R. Cross y J.W. Harris, ob. cit. p. 209.

interpretación de una Ley solamente se consideran precedentes de autoridad para los casos posteriores en los cuales los hechos relevantes sean similares, haciendo caso omiso de cuál fue la regla de derecho que el juez consideró necesaria para dichas para dichas decisiones"⁶; no obstante concluyen estos autores, que existen razones de peso para considerar que la *ratio decidendi* de los casos relativos a la interpretación de las leyes pueden tener un efecto restringido.

Esta breve anotación con relación al valor de la interpretación de la legislación por parte de los Tribunales, sirva para destacar cuán distintas resultan los sistemas de control constitucional en este punto. Como es conocido, los Tribunales Constitucionales, desde sus orígenes, han tenido como función principal la interpretación en abstracto de la Legislación. Sus decisiones, incluso cuando estaba vigente la tesis de su mentor, que consideraba a dichos tribunales como "legislador negativo", cuando estaban referidas a la anulación de una ley por inconstitucional, resultaban siempre vinculantes y con efectos generales principalmente para el legislador. Ello, desde luego, incluye como se verá luego, no solo a la parte del fallo, sino también a los argumentos en los que se basa el fallo que, como resulta obvio, consisten precisamente en argumentos sobre la interpretación constitucional de la Ley.

Conforme ha precisado Ahumada Ruiz, con relación a la doctrina mayoritaria hoy en día en Europa, influenciado básicamente por la concepción del Tribunal Federal Alemán, los efectos de una decisión del Tribunal Constitucional, resultan vinculantes para todos los poderes públicos, lo que incluye a sus fundamentos determinantes.

"los poderes públicos no están simplemente obligados a cumplir lo que el Tribunal constitucional resuelva o, dicho de otro modo, lo que el fallo de la sentencia disponga. Los poderes públicos, además habrán de conformar en el futuro su actuación a las pautas marcadas por la doctrina del Tribunal"⁷.

El respaldo de este razonamiento, al parecer, no se encuentra en alguna teoría de la *ratio decidendi*, sino más bien en la especial ubicación de los tribunales Constitucionales que han alterado la lógica de la división de poderes como tantas veces ha sido dicho⁸.

Así, existe cierto consenso de la doctrina respecto del modelo kelseniano de justicia constitucional que suele afirmar que éste no juzga casos o hechos, en la medida que no le corresponde «aplicar» la Constitución a casos concretos; sino más bien, en la medida que tiene el "monopolio" de la interpretación

⁶ R. Cross y J. W. Harris, ob. cit. p. 211

⁷ Cfr. Ahumada Ruiz, María A. "Cómo vincula la jurisprudencia constitucional a los legisladores"; en AA. VV. *Com vinculen les sentències contitucionals el legislador?*, Generalitat de Catalunya, Barcelona 2012, p. 47.

⁸ En este sentido Landa Arroyo, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, tercera edición, Palestra, Lima 2007. En la doctrina Alemana este parece ser también la comprensión estándar. Cfr. Limbach, Jutta. "Papel y poder del Tribunal Constitucional"; en, *Teoría y realidad constitucional*, N° 4, UNED 1,999 p. 93 y ss.

constitucional, sus decisiones tienen, por ese solo hecho, valor y supremacía constitucional que afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos y que, por tanto, necesariamente es aplicable en mayor o menor medida, pero efectivamente, por todos los jueces y Tribunales⁹.

Este es un dato que no siempre se valora en toda su dimensión a la hora de analizar la forma en que vinculan las decisiones del TC o de la Corte Suprema, en uno y otro sistema jurídico que, por muy cercanos que hoy se sitúen, mantienen no obstante, algunas notas propias de la cultura y las tradiciones de donde provienen. En el caso de los Tribunales europeos, aunque a veces se haya sostenido que están más cercanos en su forma de actuación a la Corte Suprema e los EE. UU, en cuanto Tribunales Jurisdiccionales; no obstante, como lo ha destacado García de Enterría, en cuanto a la forma de sus decisiones, éstas no tienen parangón en la práctica constitucional norteamericana.

Así, una de esas notas "culturales" o de tradición se puede apreciar en el alcance general y *erga omnes* de sus decisiones en el control de constitucionalidad de las leyes, una característica que al tiempo de distinguir a los Tribunales Kelsenianos, suele presentarse como un "residuo de su concepción como decisión legislativa, pero, en realidad, único instrumento técnico para articular el monopolio jurisdiccional concentrado en un Tribunal único y su relación con la pluralidad de jueces y Tribunales que mantienen enteras sus competencias de decidir litigios singulares"¹⁰.

Sea como fuere, los pocos datos que he podido reunir de cara a esta breve introducción, espero que sean suficiente para la finalidad que aquí nos convoca: llamar la atención sobre la necesidad de construir, sobre la base de una teoría distinta a la del *common law*, la teoría de las vinculaciones de las sentencias de los tribunales constitucionales. Espero que a esta construcción sirvan las líneas que siguen, en la medida que los Tribunales constituciones de tradición kelseniana, no han necesitado hasta ahora, de una teoría de la *ratio decidendi* al estilo del *common law* para influir de manera vertical y determinante en el sistema de fuentes.

3. La doctrina constitucional frente al legislador

Ya en la la introducción ha quedado establecida que la primera forma en que se expresan los vinculos de las decisiones del TC kelseniano es en el proceso de control abstracto de la legislación. Si bien es verdad en el modelo Europeo hay un matiz que bien puede presentar al control incidental como una variante del control concreto, en la medida que son los jueces quienes instauran, a partir de un caso, el contencioso legislativo ante el Tribunal constitucional; no obstante

⁹ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cuarta edición, Civitas, 2006 p. 63

¹⁰ Cfr. García de Enterría, E. "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema Español. Posibilidades y perspectivas, en *REDC*, N° 1, Enero de 1981, p. 46

el resultado, al margen de cómo inicia el proceso de control (ya sea por una demanda directa de alguno de los entes legitimados o por un juez urgido por un caso que requiere una solución constitucional), afecta al sistema jurídico en su conjunto.

Esta tesis es indiscutible respecto de la decisión que declara la inconstitucionalidad de la Ley, mas no así, respecto de los argumentos en que se basa la decisión, especialmente cuando se trata de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Recientemente, un estudio del profesor Víctor Ferreres de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, ha planteado el debate en los términos adecuados. La tesis del profesor Ferreres señala que existe una concepción tradicional en el constitucionalismo español de los últimos años que se ha mantenido hasta la actualidad, que niega el carácter de fuente vinculante a la jurisprudencia del TC con relación a los jueces del Poder Judicial. Entre los fundamentos de esta postura estarían, básicamente, la idea de la tradición jurídica del *civil law* y, por otro lado, la independencia de los jueces del Poder Judicial. Desde esta postura, según afirma el Profesor Ferreres, tampoco debiera predicarse vínculo alguno a la jurisprudencia constitucional con relación al legislador: "Si, de acuerdo con el planteamiento tradicional, la jurisprudencia no puede ser fuente del derecho en los países que se inscriben en la cultura del *civil law*, tampoco la jurisprudencia del TC puede serlo. Y si la independencia judicial significa que el juez no está obligado a aplicar el derecho vigente de acuerdo con los criterios establecidos por el Tribunal Supremo, esa misma independencia judicial debe significar entonces que el Juez no está vinculado por la interpretación que el TC haya hecho de la Constitución"¹¹. De este modo, según la concepción tradicional, no existe forma de vinculación ni para el juez ni para el legislador.

La cuestión entonces debe resolverse cuestionando la concepción tradicional. Las razones para este cambio estarían en asumir en serio las obligaciones que despliegan los principios de seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación del Derecho. La vinculación a las interpretaciones que realiza el Tribunal que se coloca en la cúspide del sistema, vendría de este modo a aliviar los problemas de indeterminación e incerteza de los sistemas constitucionales y, al mismo tiempo, los ciudadanos no se verían frente a decisiones contradictorias que con frecuencia colocan tratamientos dispares por parte de los jueces respecto de asuntos y situaciones parecidas e incluso homologables. De este modo, concluye, "una adecuada salvaguarda de la igualdad y la seguridad exige un sometimiento directo de los jueces a la jurisprudencia". Este planteamiento general sería aplicable también para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto Tribunal Jurisdiccional respecto de las cuestiones constitucionales que le corresponde decidir¹².

¹¹ Cfr. Ferreres Comella, V. "¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional al legislador? En, *Con vinculen les sentències...*cit. p. 13

¹² Ferreres Comella, V. ob. cit p. 15.

Si los jueces están vinculados como se ha argumentado por la jurisprudencia del TC en cuanto intérprete último del sistema constitucional, el siguiente paso consiste en extender este razonamiento también con relación al legislador. Como bien advierte Ferreres Commella al abordar este asunto, la vinculación de la doctrina del TC al legislador no debe confundirse con el impacto que tiene una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley y que logra expulsarla del orden jurídico. "Que el tribunal se comporte como "legislador negativo", cuando a través de sus sentencias, expulsa las leyes que juzga inconstitucionales, no significa necesariamente que su jurisprudencia posea fuerza vinculante. Una cosa no lleva a la otra"¹³.

Esta confusión sobre los alcances de la doctrina jurisprudencial con relación al legislador, que a veces se da por descontado asumiéndola incluso como una consecuencia lógica derivada de la propia Constitución¹⁴ o de la regulación del Código Procesal Constitucional, también es frecuente entre nosotros¹⁵. No obstante, la base de la vinculación de la doctrina jurisprudencial no solo hacia el legislador, sino a los demás poderes del Estado, parece más bien provenir de la ubicación institucional del Tribunal Constitucional que viene instituido desde la Constitución como "órgano de control de la Constitución"¹⁶ y conforme a su Ley Orgánica como "órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad"¹⁷.

A estas razones autoritativas se pueden agregar otras razones de tipo institucional y funcional. La necesidad de lograr estabilidad en la construcción de la democracia y sus instituciones, requiere que los contenidos que se da a la legislación y, sobre todo a la Constitución no sean contradictorias. Si el Tribunal ha interpretado desde la Constitución el contenido de la legislación en cierto sentido, la certeza para los ciudadanos provendrá tanto de que el TC mantenga esta interpretación, cuanto que el Congreso no intervenga con una propuesta contradictoria.

En sentido práctico, como se ha destacado también en otros contextos, el diseño del Estado Constitucional ha colocado en un sitial privilegiado a los Tribunales Constitucionales. Comprender este diseño coloca al legislador en la necesidad de no proponer construcciones legislativas que ya hayan sido

¹³ Ferreres C. ob. cit- p. 18

¹⁴ **Const. Artículo 204°.-** La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

¹⁵ **CPConst: Artículo 81.- Efectos de la Sentencia fundada.-** Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación. (...)

Artículo 82.- Cosa juzgada.- Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación. (...)

¹⁶ Const. Artículo 201°.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución.(...)

¹⁷ Así el artículo 1° de la Ley Orgánica del TC

rechazadas por el TC en interpretaciones que se puedan considerar razonables o sólidas.

La deslealtad del legislador frente a la doctrina constitucional puede tener un precio caro como muestra la experiencia. La forma como suele resolverse estas disputas no hacen bien a las instituciones en las que se sustenta la democracia. Entre nosotros, un buen ejemplo lo ofrece el desacato del Parlamento al insistir con sacar del control a través del amparo a las decisiones del máximo Tribunal Electoral. Durante buen tiempo y en decisiones consistentes el TC venía sosteniendo la inevitabilidad del control constitucional de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, cuando éstas eran cuestionadas por violación a los derechos fundamentales de los electores, los candidatos o de las autoridades electas. Esta doctrina constitucional había sido reiterada y consolidada a nivel del proceso de amparo y luego fue introducida en el Código Procesal Constitucional¹⁸. Es decir, el legislador en un primer momento, recogiendo la doctrina constitucional del TC incorporó de manera expresa la posibilidad del control.

Una vez abierto el debate público¹⁹, con intervención de las dos instituciones en disputa (JNE v. TC), intervino una vez más el legislador y contraviniendo la doctrina constitucional establecida de manera consistente por el TC aprobó una reforma al Código Procesal Constitucional para dejar aparentemente zanjada la disputa. Los términos lingüísticos de la intervención del legislador en este debate dejan entrever, de una forma por demás expresiva, la necesidad casi angustiada de imponerse²⁰. No obstante, como era de esperarse, el debate terminó en las puertas del propio TC con la presentación de una demanda contra la Ley que reformaba el CPCost; la misma que como resulta fácil de vaticinar, fue declarada inconstitucional dejando incólume la doctrina constitucional del amparo electoral²¹.

Este caso muestra las consecuencias, llevado a un punto extremo, de una actuación del legislador en abierta confrontación con la doctrina del TC y, al mismo tiempo, permite avizorar, los problemas del propio sistema constitucional, que en algunos temas y circunstancias, puede dejar la imagen que finalmente haya que atenerse a un único intérprete definitivo de la Constitución. Con esto se

¹⁸ La versión original del artículo 5° del CPConst. establecía que, "No proceden los procesos constitucionales cuando: 8. Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva. (realzado agregado)

¹⁹ Una reconstrucción de este debate puede verse en, Christian Donayre Montesinos, *En defensa del amparo electora*, Lima, Palestra 2010.

²⁰ La reforma se produjo con relación al artículo 5.8 del Código Procesal Constitucional con estos términos: "No proceden los procesos constitucionales cuando. "8) *Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad.*

Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno.

La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva."

²¹ Cfr. STC recaída en el Exp. N° 00007-2007-PI-TC, publicado el 22 junio 2007.

puede concluir con Ferreres Comella que hay también razones funcionales (de funcionamiento del sistema constitucional) que sugieren la necesidad que el legislador actúe con lealtad a la doctrina del TC, en la medida que le corresponde "contribuir al buen funcionamiento del sistema, absteniéndose por regla general, de aprobar leyes que entren en colisión con la jurisprudencia constitucional"²².

4. Interpretaciones constitucionalmente vinculantes

La doctrina constitucional despliega sus vínculos a través de su identificación como argumentación razonable, consistente, pública, no contradictoria y, con una permanencia en el tiempo. Esto supone que hay doctrina en un conjunto de decisiones que se mantienen a lo largo de un conjunto de decisiones con clara vocación de orientar el comportamiento del propio Tribunal que lo emite en casos futuros.

Pero los tribunales constitucionales no solo gobiernan el derecho a través de la doctrina constitucional que se debe extraer, como se ha dicho, de los razonamientos de sus fallos. El proceso constitucional abstracto, de la mano del principio de interpretación conforme, genera una obligación en el Tribunal Constitucional, de interpretar la ley de conformidad con la Constitución y solo expulsarla del ordenamiento jurídico si es que no fuera posible una interpretación adecuada. De esta exigencia ha surgido en la tradición de los Tribunales Constitucionales europeos, especialmente por obra de la Corte Constitucional Italiana, un conjunto de decisiones que se sitúan en camino entre la mera anulación de la ley y su conformidad con la Constitución. El título amplio de esta variedad de decisiones es la *desentencias interpretativas* y su finalidad práctica consistiría en adaptar las fuentes infraconstitucionales, en especial los sentidos de la legislación, a las normas y principios de la Constitución²³. No es este el lugar para extenderme en sus múltiples manifestaciones a los que la doctrina ha dedicado amplia bibliografía en los últimos años²⁴. Lo que aquí quiero resaltar es la forma en que estos pronunciamientos generan efectos vinculantes generales, así como la fuerza con que operan.

Se trata, en primer lugar, de decisiones que por su naturaleza, no suelen repetirse. Esto hace que no sea posible su tratamiento como parte de la doctrina constitucional del Tribunal. Como quedó dicho, la doctrina requiere coherencia y permanencia en el tiempo. Dos decisiones contradictorias no hacen doctrina, como tampoco podría ser invocada como doctrina constitucional una decisión

²² Cfr. Ferreres Comella, V. op. cit. P. 21

²³ Cfr. Silvestri, G. "le sentenze normative della corte costituzionale", en *Scritti su la giustizia costituzionale in onore a Vezio Crisafulli*, Vol I, CEDAM, 1985, p. 757.

²⁴ Me remito aquí al trabajo del Profesor Javier Díaz Revorio que recoge lo más relevante de la bibliografía y los debates que ha suscitado su puesta en práctica en Europa. El volumen editado en Perú, incluye un excelente estudio introductorio del Profesor Samuel Abad, que da cuenta de la presencia de estas modalidades de decisión por parte del TC Cfr. Díaz Revorio, Javier, *La interpretación constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima Palestra 2003.

solitaria o aislada que haya emitido el TC. Las sentencias interpretativas resultan vinculantes en cuanto expresan la interpretación constitucionalmente válida de la legislación. Sus múltiples manifestaciones generan, una diversidad de intensidades en su vinculación, que pueden ir desde la simple persuasión, hasta una vinculación más estricta, cuando el Tribunal establece como única posible interpretación un determinado sentido que viene fijado en la fundamentación de la sentencia o, cuando se trata de una sentencia de acogimiento o estimación parcial en el que la norma suele quedar integrada en el fallo de la decisión²⁵.

Como ha destacado el profesor Javier Díaz Revorio²⁶, pese a que la práctica lo ha introducido entre las variantes de decisiones de los Tribunales constitucionales, con frecuencia, ello no viene acompañado de un desarrollo legislativo que lo respalde, con lo cual, a veces, queda en manos del propio Tribunal defender no solo su presencia sino su fuerza vinculante. La controversia surge a partir de que se trata de darle algún valor a las decisiones que, en principio, aparecen como sentencias desestimatorias, sin mayor relevancia (se suele afirmar) que el de la cosa juzgada con los matices que también se pueden hacer al respecto²⁷.

No obstante, hay un plano distinto para argumentar a favor del valor vinculante de estas interpretaciones que constituyen la expresión genuina de la función más relevante que está llamado a cumplir un Tribunal Constitucional. En la medida que al Tribunal Constitucional corresponde, en última instancia, fijar los límites a la legislación, la tarea de interpretar las fuentes del sistema jurídico y, en especial, la legislación de conformidad con la Constitución, resulta consustancial a esta tarea. Se trata de una actividad indiscutiblemente normativa, si se entiende por norma, la construcción de significados a las disposiciones o enunciados normativos. En este caso por lo demás, esta tarea se desarrolla en un diálogo directo entre Constitución y legislación, lo que permite que el resultado tenga especial relevancia para el sistema de fuentes.

Desde luego, como ya se adelantó, no todas las decisiones interpretativas resultan con el mismo grado de vinculación. Las exhortaciones al legislador, por ejemplo, no pueden sino solo verse como una invocación a desplegar su capacidad regulatoria o derogatoria según sea el caso, pero sin que ello imponga

²⁵ Un ejemplo en este sentido de vínculo estricto lo constituye la sentencia en el caso FONAVI, en la que el sentido de la interpretación que controla parcialmente la constitucionalidad de la norma cuestionada se traslada al fallo de la decisión: Cfr. STC 012-2014-PI/TC <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00012-2014-AI.pdf>

²⁶ Cfr. Díaz Revorio, J. "Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del TC español" en, Biblioteca Virtual de la UNAM, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/19.pdf> (consultado el 10/04/15)

²⁷ El tratamiento que se suele dar las sentencias interpretativas de rechazo y de acogimiento en la práctica jurisprudencia italiana expresa de algún modo esta problemática. Como lo hace notar Zagrebelsky, pese a los múltiples esfuerzos teóricos que se han hecho, sigue asumiéndose un valor formal solo relativo a las sentencias "di rigetto", por lo tanto no vinculante para sus destinatarios. En cambio, las sentencias de acogimiento tienen como tales valor de cosa juzgada con efectos vinculantes para todos. Cfr. Zagrebelsky, G. *Giustizia costituzionale*, segunda edición, Il Mulino, 2012, p. 384.

al legislador actuar en determinado sentido. Zagrebelsky ha desarrollado un esquema para el caso italiano que puede servirnos de ayuda.

- a. Pronunciamientos de rechazo interpretativo, adoptados para orientar la jurisprudencia del juez ordinario cuando no exista una determinada orientación interpretativa que permita hablar de un "derecho constitucional viviente". Con una sentencia interpretativa de rechazo, la Corte "propone" su interpretación estableciendo un precedente, para contribuir a la formación de interpretaciones conformes a la Constitución, cuando la labor de los jueces está en curso.
- b. Pronunciamientos de acogimiento interpretativo, que la corte adopta para completar el mecanismo del doble pronunciamiento, particularmente cuando aquella sea una norma inconstitucional que hay que eliminar para restablecer la constitucionalidad de la disposición enjuiciada (un típico caso de acogimiento parcial).
- c. Pronunciamientos de acogimiento puro y simple, las que eliminan cualquier posibilidad de incerteza, aunque a un precio elevado: la eliminación de la ley en su integridad con la creación de un vacío legislativo²⁸.

5. Decisiones con reserva de nulidad

En los procesos de control abstracto, los tribunales constitucionales han desarrollado un tipo de decisiones en las que reservan la declaración de nulidad pese a constatar la inconstitucionalidad de la Ley. Su desarrollo se debe al TFA que en forma pretoriana incorporó esta modalidad de fallos asumiendo una cierta deferencia al legislador²⁹. Generalmente estas decisiones suelen ser declarativas de la inconstitucionalidad, reservándose el pronunciamiento sobre la nulidad y generándole un plazo para que sea el propio legislador quien supere el vicio de inconstitucionalidad derogando la ley cuestionada o, en todo caso, emitiendo las correcciones que se hubieran observado para que las normas analizadas en el proceso de control recuperen su estatus de normas compatibles con la Constitución³⁰.

Es un modelo de decisión que se sustenta, generalmente, en las alteraciones graves que podría significar la intervención directa del TC declarando la nulidad inmediata, de manera que se apela a la ponderación de

²⁸ Zagrebelsky, G. *Giustizia Costituzionale*, cit. p. 385

²⁹ "El Tribunal ha creado este tipo de decisiones sin autorización legislativa, incluso aún más, contra la ley, ya que la ley relativa al T.F.A tomaba como punto de partida la existencia de un vínculo necesario entre la inconstitucionalidad y la nulidad de la norma". El reconocimiento legal habría venido luego; Cfr. Schlaich, Klaus. "El Tribunal Constitucional Alemán", en *Tribunales constitucionales europeos...* Cit. p. 192

³⁰ A este tipo de decisiones se refiere el reporte alemán escrito por Klaus Schlaich para el volumen sobre los *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, organizado por el Prof. Favoreu y publicado luego por el CEPC de Madrid, p. 133 y ss.

bienes en conflicto en el caso concreto para diferir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. El TC peruano ha sido cauto en el uso de esta modalidad de decisiones durante la transición. Un ejemplo lo constituye una de las primeras decisiones sobre la justicia militar en la que el Tribunal reservó la nulidad de la ley otorgándole un plazo perentorio al legislador para encausar la Ley de la Justicia Militar conforme a las observaciones que había realizado en su análisis de constitucionalidad³¹. Durante la época de retroceso en su jurisprudencia, el Tribunal ha extendido esta modalidad de fallos al proceso de amparo. El problema de esta extensión es, sin embargo, que la modulación del fallo o el efecto diferido, ya no viene a prevenir un grave riesgo, sino más bien, evita pronunciarse sobre las consecuencias de una violación manifiesta declarada en el ámbito de los derechos fundamentales. En buena cuenta el Tribunal renuncia a ejercer su labor de tutela de los derechos³².

El Tribunal también ha justificado la modulación de los efectos de su decisión en el tiempo, aunque esta vez con autorización legal³³, en el control de la potestad tributaria de la administración municipal. Aquí se trata, fundamentalmente, de no generar mayores estragos a la administración que haya venido cobrando un tributo que haya sido declarado inconstitucional por el Tribunal³⁴.

Los vínculos que despliega una decisión declarativa con reserva de nulidad dependerán del grado de receptabilidad del legislador y de los instrumentos con que cuente el Tribunal para implementar su "amenaza". Si la nulidad ya viene expuesta en el fallo y opera automáticamente o si debe volverse a pronunciar una vez que el Legislador ha incumplido en el plazo establecido.

³¹ STC 006-2006-PI/TC. En esta decisión el TC dispuso en la parte del fallo: "5) Disponer, respecto de las disposiciones declaradas inconstitucionales, una *vacatio sententiae* que, indefectiblemente, vencerá el 31 de diciembre de 2006 y que será computada a partir de la publicación de la presente sentencia, plazo que, una vez vencido, ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales. 6) Precisar que el plazo de *vacatio sententiae* no debe servir solamente para la expedición de las disposiciones que el Legislador, en uso de sus atribuciones constitucionales, pudiera establecer, sino para que en dicho lapso se cuente con una organización jurisdiccional especializada en materia penal militar compatible con la Constitución."

³² Cfr. Al respecto la decisión el caso AIDSESEP, Exp. N° 6316-2008-AA/TC. El hecho que se traslade una modalidad de decisión propia del proceso de control abstracto hacia el ámbito de la tutela de los derechos ya genera reservas. Sin embargo en este caso el TC, luego de constatar que una decisión administrativa del gobierno ha sido adoptada sin tomar en cuenta el contenido del derecho convencional a la consulta previa, lo que llevaría de modo inevitable a declarar la inconstitucionalidad de los actos administrativos de concesión de lotes a favor de una empresa, sin embargo el TC argumenta que estas violaciones deben ponderarse en el marco de la buena de la empresa y los contratos ley que lo ampara (Fundamentos 27 a 29 de la sentencia)

³³ Conforme al segundo párrafo del artículo 81 del CPCConst. "Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia.

³⁴ Para el ámbito tributario, aun cuando no es exactamente un caso de nulidad solo declarativa, puede citarse la sentencia en el caso de los arbitrios Municipales: Exp. N° 00053-2004-PI/TC, en la que además se formula una serie de exhortaciones al legislador.

6. Los vínculos de la cosa juzgada

El Código Procesal Constitucional se refiere a la cosa juzgada como uno de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley (art. 82). También conforme a dicho Código, solo los pronunciamientos de fondo adquieren esta calidad (art. 6). De manera que los vínculos que se despliegan a partir del efecto de cosa juzgada, se diferencian en este punto de la doctrina constitucional, no solo porque la cosa juzgada se predica del fallo, mientras la doctrina se recoge en los argumentos de la sentencia, sino además, debido a que los vínculos de la doctrina constitucional, pueden provenir sin ningún inconveniente, de todo tipo de resoluciones (también de resoluciones de rechazo por improcedencia por ejemplo); mientras que, como es sabido, el Código Procesal Constitucional, reserva los efectos de la cosa juzgada, solo para aquellas decisiones donde haya pronunciamiento sobre el fondo del asunto decidido³⁵.

Se ha discutido el efecto de la cosa juzgada en sentido material en relación a los procesos de inconstitucionalidad. Por un lado están los vínculos que despliegan desde la cosa juzgada las decisiones desestimatorias de inconstitucionalidad con relación al Juez ordinario, en la medida que conforme al artículo VI del TP del Código Procesal Constitucional, los jueces ya no pueden ejercer el control difuso en estos supuestos de leyes confirmadas en su constitucionalidad. Esta tesis ha sido modulada por la doctrina. El Ex Presidente del TC, profesor César Landa³⁶ por ejemplo, ha sostenido que ello debe asumirse solo en línea de principio, en la medida que es posible que si las condiciones han cambiado, ya sea con relación al contexto o al propio parámetro que haya servido al TC para su pronunciamiento, los jueces podrían, eventualmente, no verse vinculados por la decisión del Tribunal ejerciendo el control difuso en un caso concreto, cuando las condiciones objetivas así lo exijan, actuando con lealtad constitucional y sujetos siempre a un posible control que el TC podría realizar requerido mediante un eventual proceso de amparo³⁷.

De igual parecer es el Profesor Luis Castillo Córdova³⁸, para quien en el análisis de confirmación de la constitucionalidad de una ley resulta determinante

³⁵ Cfr. Art. 6° del CPConst. "En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo."

³⁶ Cfr. Landa Arroyo, C. "Los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional. El caso peruano", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid (2010), p. 205.

³⁷ A veces es el propio TC el que ha avalado de manera abierta esta posibilidad. Esto ha ocurrido en un caso en el que se discutía si un Impuesto a las Transacciones Bancarias resultaba en abstracto inconstitucional. El Tribunal Confirmó la Constitucionalidad del impuesto, pero dejó abierta la posibilidad de que sea inaplicable por los jueces en aquellos casos en los que se pudiera acreditar, por las propias circunstancias del caso, que la aplicación del impuesto pudiera resultar confiscatorio. El TC puso en la parte resolutive de la sentencia: "los jueces ordinarios mantienen expedita la facultad de inaplicar el ITF en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, si fuera acreditado el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados". Cfr. STC Expedientes acumulados: EXPS. N.º 0004-2004-AI/T; N.º 0011-2004-AI/TC; N.º 0012-2004-AI/TC; N.º 0013-2004-AI/TC; N.º 0014-2004-AI/TC; N.º 0015-2004-AI/TC; N.º 0016-2004-AI/TC Y; N.º 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS)

³⁸ Cfr. Castillo Córdova, Luis (coord.) *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima 2009, p. 24.

el precepto constitucional que haya sido invocado por el propio Tribunal como parámetro. Los jueces no estarían impedidos de realizar el control difuso en un caso posterior, si se les requiere a partir de argumentos en los que el análisis de inconstitucionalidad resulta a partir de utilizar otros preceptos no tomados en cuenta por el Tribunal. Esto hace que por ejemplo, que los jueces del poder judicial no estén impedidos (sino al contrario obligados) de realizar el control de convencionalidad aun cuando se trate de una ley confirmada en su constitucionalidad por el Tribunal, en la medida que se trata de dos parámetros diferentes: en un caso la Constitución, en otro la Convención o tratado internacional de derechos humanos correspondiente.

Esta posibilidad también queda abierta para el propio Tribunal, en la medida que nuevas circunstancias, ya sea provenientes de las condiciones normativas (cambio en la legislación o en la propia constitución o en las valoraciones de los derechos, etc.) o del propio contexto social y cultural, pueden justificar un nueva valoración de una ley que antes ya había sido confirmada en su constitucionalidad. El límite en estos supuestos estará determinada, en todo caso, por el tiempo que la legislación prevé para que la norma sea impugnada.

Con relación al legislador, el efecto de cosa juzgada supone en principio, que éste se abstenga de formular una nueva proposición legislativa con similares contenidos a las leyes que hayan sido rechazadas por inconstitucionales por el TC. Esta cuestión ha sido ampliamente discutida en la doctrina que ha encontrado dificultades operativas y funcionales para imponer esta obligación en sentido determinante al legislador.

De modo que, al parecer, no queda más camino que aceptar que "la aprobación de una ley idéntica a una ya declarada inconstitucional no constituye por sí misma una vulneración del efecto de cosa juzgada". En estos supuestos, a decir de Ahumada Ruiz, estaríamos ante una confrontación del legislador con la doctrina constitucional, mas no se trataría de una vulneración de la cosa juzgada³⁹.

7. La doctrina constitucional frente a los jueces

El vínculo para los jueces del Poder Judicial tiene en el Código Procesal Constitucional una fuente directa (art. VI del TP del CPConst). La llamada doctrina constitucional vinculante aparece, sin embargo, al menos de una primera lectura, limitada a la interpretación de la Ley. Dos tipos de vínculos se señalan de manera explícita: Una que proviene como ya se ha dicho del fallo, en la medida que los jueces no pueden ejercitar el poder/deber del control difuso respecto de leyes ya confirmadas en su constitucionalidad por parte del TC. Como ya quedó dicho en el acápite anterior esta vinculación es relativa y admite atenuantes. Diferentes son los vínculos respecto de las interpretaciones de los preceptos y principios

³⁹ Ahumada Ruiz M^a Angeles, " como vincula la jurisprudencia..." cit. p. 56

constitucionales, en la medida que la interpretación de tales preceptos contenidos en las resoluciones dictadas por el TC deben ser tomados como parámetros para la interpretación de la "ley y toda norma con rango de ley y también los reglamentos..."⁴⁰.

El profesor Luis Castillo ha realizado una interpretación que amplía el espectro de implicancias de esta disposición, al sostener que a partir del artículo VI del T. Preliminar del CPCConst. "todos los operadores jurídicos, señaladamente los jueces, han de resolver con base en las interpretaciones que de la Constitución haya formulado el TC, porque tales interpretaciones conforman reglas jurídicas constitucionales (normas adscriptas constitucionales)"⁴¹. Aun cuando claramente se trata de una interpretación extensiva, su propósito es sin duda, preservar el valor constitucional de las interpretaciones del TC más allá del ámbito judicial, lo que sin duda no sería coherente si solo podría vincular a los jueces. Creo de nuevo que la razón está fuera del Código, para colocarse en el propio *ethos* institucional de un Tribunal kelseniano.

También la doctrina constitucional, entendida como el conjunto de criterios interpretativos sobre los derechos o sobre las instituciones constitucionales realizadas por el TC alcanza efectos generales por la ubicación privilegiada del Tribunal en cuanto intérprete calificado que se coloca en la cúspide del sistema constitucional. Este alcance general está sin embargo sometido a algunas condiciones de relevancia práctica y funcional.

- i. La doctrina constitucional tiene que ser identificable de manera indiscutible o no controversial. Para que esto sea así, es necesario que el Tribunal haya sido coherente en el tratamiento de determinado derecho o institución constitucional.
- ii. Debe tratarse de una doctrina con clara relevancia constitucional. Las interpretaciones legales o que no alcancen relevancia constitucional carecen de autoridad para imponerse como definitivas como corresponden al máximo Tribunal.
- iii. La doctrina constitucional tiene que ser el sustento de decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional. Muchas veces el Tribunal suele realizar apreciaciones tipo *obiter* en sus consideraciones pero que no se relacionan ni con las cuestiones discutidas en el proceso en cuestión ni, peor aún, están relacionadas a la decisión. El caso Tineo Cabrera que ha servido en los últimos años de parámetro para cuestionar los

⁴⁰ Los párrafos segundo y tercero del artículo VI del CPCConst. Recogen esta regulación:

"Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

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

⁴¹ Cfr. Castillo Córdova Luis, "introducción" al libro: Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica, 2014.

procedimientos parlamentarios es un claro ejemplo de doctrina falsa del Tribunal, en la medida que se trata de consideraciones equiparables a un artículo académico no relacionadas con la decisión adoptada por el Tribunal⁴².

- iv. La doctrina constitucional se construye en un dialogo entre el Tribunal y los destinatarios de sus decisiones. En algunos casos el Tribunal ha querido instruir estableciendo de oficio lo que ha llamado "doctrina jurisprudencial" equiparándolo con la formula formal del precedente vinculante, es decir, precisando los fundamentos que constituyen la doctrina. Esta es una forma de decisión bastante autoritaria que desconoce la dinámica de la interpretación constitucional, que debiera mantenerse siempre abierta a las interpretaciones de sociedad plural. En consecuencia, aun cuando el Tribunal lo invoque como "doctrina jurisprudencial", hay que asumirlas, según sea el caso, como "decisiones interpretativas" impuestas por la autoridad del Tribunal, pero que no suponen una regla determinante⁴³.
- v. Como ocurre con todas los tipos de decisiones vinculantes del TC también la doctrina está sujeta a interpretaciones y revisiones. No hay nada inmutable en el Derecho Constitucional que es más bien el producto de constantes mutaciones. Nuevas circunstancias, mejores argumentos, pueden hacer variar los razonamientos.

8. *Leading case* o doctrina de la dignidad

Existen algunos casos cuyos razonamientos aun cuando expuestos en una única ocasión, determinan su importancia y peso en cuanto razonamiento que sientan un precedente ineludible para todos los poderes públicos. Se trata de razonamientos sobre nuestros derechos básicos o sobre la propia dignidad.

En la experiencia del constitucionalismo norteamericano se ha identificado estas decisiones como casos líderes (*leading cases*) que, aunque suelen determinar su relevancia con el paso de los años, lo cierto es que provienen de una única decisión que luego se convierten en referente ineludible

⁴² Cfr. Exp. 156-2012-PHC/TC. En este caso el Tribunal desarrolló una serie de apreciaciones sobre el Debido Proceso en sede parlamentaria. Pese a que estas consideraciones no estaban orientadas a la decisión del TC que decidió declarando improcedente la demanda, sin embargo estos *Obiter*, han sido utilizadas por algunos jueces del Poder Judicial como parámetro para evaluar la actuación de las Comisiones Parlamentarias, declarando en algunos casos de importancia, como fue el caso de la investigación al Ex Presidente Alan García, la invalidez de dichas actuaciones por no haber respetado dichos parámetros.

⁴³ Me refiero a decisiones del tipo la expuesta en el Exp. 005-2010-PA/TC en el que en la parte del fallo se coloca una formula como ésta: "Establecer como Doctrina Jurisprudencial Vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios expuestos en los fundamentos 8, 9, 10, 12, 13, 14, 23, 26, 33, 34 y 35." Al parecer se trataba de casos controvertidos en los que ni siquiera se lograba unanimidad de una Sala del Tribunal y se pretende no obstante imponer una cierta "doctrina jurisprudencial" con efectos vinculantes para todos en la que además es el propio Tribunal quien selecciona la *ratio decidendi* que se extiende a una buena parte de las consideraciones de la sentencia.

y por ello en un precedente vinculante, aun cuando el Tribunal no lo designe así en sentido formal.

Hace ya algún tiempo (el trabajo aparece fechado en diciembre de 2001), a comienzos de la última transición democrática, luego de la caída del régimen de Fujimori, el profesor García Belaunde se preguntaba si existían este tipo de casos y decisiones en la jurisprudencia peruana. La respuesta era en aquel entonces más o menos predecible: Una judicatura que se había convertido, según sus palabras, en "un huesero forense, al cual van los que no tienen otro lugar a donde ir"⁴⁴, no podría desde luego, ser capaz de liderar el Derecho desde el razonamiento de sus fallos.

En los últimos años las cosas respecto del Poder Judicial, tengo la impresión que no han cambiado sustancialmente con relación al duro diagnóstico del Profesor García Belaunde. Pero hay un hecho indudable para todos: el Tribunal Constitucional ha incursionado en la dinámica del derecho peruano de un modo como no se había visto nunca antes desde el orden jurisdiccional.

Como no podía ser de otro modo, la incursión del Tribunal ha generado debates y no hay acuerdos sobre cuales decisiones son las más relevantes durante este periodo. Algunas de sus decisiones, sin embargo, han merecido reconocimiento no solo nacional sino también fuera del país, porque han permitido al propio Tribunal encontrar su espacio como garante de los derechos y de la dignidad humana en un contexto en el que se salía de un periodo de violaciones y excesos que debían ser corregidos por la vía del Derecho. El caso en el que se pone límites a la legislación contra el terrorismo es uno de estos casos: También los procesados por terrorismo merecen un justo proceso dirá el Tribunal y por tanto deben ser tratados con respeto a su dignidad⁴⁵.

Años más tarde, una decisión de una de las Salas del Tribunal, también basándose en la dignidad humana, declaró que una interna de una prisión que estaba purgando una sentencia por delito de terrorismo no podía ser restringida en su derecho a la "visita íntima", en la medida que se trataba de un derecho irrestricto vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad⁴⁶.

No es mi propósito ubicar cada uno de aquellos casos de los que creo fluye un razonamiento inimpugnabile por su fuerza y relevancia al concretar determinados contenidos mínimos de nuestros derechos y la dignidad humana. La fuerza moral y jurídica de estos razonamientos no resulta de un conjunto de decisiones, sino de un único caso en el que se define de manera concluyente el contenido mínimo de la dignidad humana.

⁴⁴ García Belaunde, D. "¿Existe el *leading case* en el derecho peruano?, consultado en línea en: <http://www.garciabelaunde.com/articulos/ExisteELLeadingCase.pdf>

⁴⁵ STC 010-2002-AI/TC, sentencia del 03 de enero de 2003.

⁴⁶ STC N.º 01575-2007-PHC/TC, caso Marisol Venturo Ríos contra autoridades del INPE

9. Precedentes formalmente vinculantes

He dejado para el final una breve referencia a lo que los últimos años ha sido el centro de los debates cuando nos hemos referido al efecto vinculante de las sentencias del TC⁴⁷. Lo hago adrede para llamar la atención sobre lo que creo sin duda no representa a las decisiones de mayor relevancia en materia de Derecho Constitucional. Esto no solo por razones estadísticas, sino también por razones sustantivas. Conforme a las estadísticas del propio Tribunal, desde su reinstalación en el año 2000 ha emitido a la fecha cerca de 70 mil resoluciones, entre autos y sentencias, mientras que dentro de estas resoluciones, solo 43 han sido declarados precedentes formalmente vinculantes⁴⁸. Por otro lado, es fácil percatarse que en cuanto a los contenidos de dichos precedentes, en muchos casos, sobre todo analizando los primeros precedentes, ni siquiera alcanzan verdadera relevancia constitucional y responden más bien a otro tipo de criterios, como la notoriedad del caso o la búsqueda de algún protagonismo mediático a través de su emisión.

De manera que hay que atribuir a la novedad de la institución y no a su relevancia práctica, el que haya generado tanto entusiasmo en la academia, que no ha dejado de indagar sobre su naturaleza y sus alcances⁴⁹. Estos precedentes formales, que resultan de la sola voluntad del máximo Tribunal, deben su presencia en nuestro sistema jurídico, seguramente, a una cierta concepción y decepción de los jueces del sistema judicial peruano, a quienes el legislador los ha visto siempre como boca irreflexiva de las letras de la ley, lo que aplican muchas veces de forma mecánica y hasta irresponsable.

De modo que si se trata de vincular a los jueces, esta vez a las interpretaciones del Tribunal, la fórmula ha de ser la misma. Palabras "claras y precisas", cánones o cláusulas taxativas que permitan aplicaciones silogísticas sin mayores indagaciones sobre sus razones subyacentes o los valores y principios a los que sirven o en los que sustentas estas reglas. Se ha incorporado así un modelo taxativo o canónico de precedente que obliga al TC a individualizar los

⁴⁷ El primer volumen con el que se iniciaron esos debates, creo no equivocarme cuando digo que lo editamos conjuntamente con mi colega el profesor Edgar Carpio en el año 2007. Cfr. Edgar Carpio Marcos y Pedro Grández (coord.) *Estudios al precedente constitucional*, Palestra, Lima 2007.

⁴⁸ Cfr. El portal del TC: http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc_precedentes_vinc.php

⁴⁹ Sobre el Precedente Constitucional se han pronunciado los más destacados constitucionalistas del medio. Aquí algunas referencias. Landa Arroyo, C. "Los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional. El caso peruano", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid (2010); ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. "El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarlo en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana". *Revista Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, Chile, Año 4, número 1. 2006, págs. 67-96; GARCIA BELAUNDE, Domingo. "El precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional (a propósito del caso Provías Nacional)"; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "El adiós al precedente vinculante a favor del precedente". *Gaceta Constitucional*, Lima, número 17. 2009, págs. 95-109. Una respuesta al trabajo del Profesor Castillo, puede verse en: Grández Castro P. "El precedente a la deriva. Diálogo con un "crítico" del Tribunal Constitucional", en *Gaceta Constitucional*, N° 19; HAKAHNSSON, Carlos. "Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación". *Dikaion: revista de fundamentación jurídica*. Bogotá, núm. 18. 2009, págs. 55-77; Saez Dávalos, Luis, "El camino del precedente vinculante", en *Gaceta Constitucional* N° 83, Lima, 2014.

fundamentos que él cree que son los fundamentos vinculantes de su decisión, sin dejar margen al juez de una causa futura.

Este modelo de “precedente” que se aparta de la tradición del *common law* coloca al Tribunal en un riesgo permanente sobre su legitimidad⁵⁰. Primero, porque no está claro, pese a los esfuerzos del TC⁵¹, en qué supuestos se habilita su competencia para emitir precedentes, en segundo lugar, tampoco es claro cuál es la metodología que sigue el Tribunal para seleccionar los fundamentos que terminan convertidos en “precedentes vinculantes”. Aun cuando la doctrina nacional se ha esforzado por resolver estos problemas, acudiendo a las teorías de la *ratio decidendi* de los sistemas del *common law*, lo cierto es que, en la medida que todo ha quedado en manos del Tribunal, ningún esfuerzo racional en esta dirección puede tener éxito, generándose de este modo una paradoja con la introducción del modelo de precedente “a la peruana”: esta paradoja consiste en que se trata de un modelo de precedente altamente impredecible. La falta de predictibilidad no se refiere aquí a lo que se recoge en cada uno de los precedentes, sino a las circunstancias que no podemos conocer, sobre las variables o contextos que resultan gravitantes para que el Tribunal emita un precedente vinculante⁵².

Los precedentes concebidos como reglas que el propio Tribunal selecciona, como se ha dicho, sin criterios objetivos claros, violenta la lógica interna de los precedentes. Estos surgen como sabemos de una deliberación para afrontar casos futuros. No solo las consideraciones de los casos resultan relevantes en esta “lógica del precedente”, sino también las otras lecturas de fuera del tribunal: los abogados, las partes, la academia. Conforme ha advertido la doctrina más autorizada del *common law*, para refutar la posibilidad de que los precedentes surjan anteladamente y por obra del propio juez que emite una decisión: “sin un juez posee la libertad de determinar cuáles de sus observaciones son *ratio decidendi* y cuales son *obiter dictum*, ¿ello no genera acaso un grave peligro de que dicho juez influencie indebidamente la futura evolución del Derecho? El juez podría por ejemplo plantear veinte proposiciones, y bastaría con que afirmara que todas ellas son el fundamento de su decisión, para crear veinte nuevas reglas de derecho”⁵³.

Son estos los peligros no advertidos al momento de incorporarse en el Código Procesal los que han conseguido una imagen reducida de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Pero además, según me parece, a más de 10 años de vigencia del modelo de precedentes formales,

⁵⁰ En otro lugar me he referido a estos riesgos. Cfr. “Las peculiaridades del Precedente constitucional peruano, en: Edgar Carpio Marcos y Pedro Grández (coord.) *Estudios al precedente constitucional*, Palestra, Lima 2007.

⁵¹ Algunas decisiones de los primeros años, daban cuenta de estos esfuerzos. Cfr. STC 024-2003-AI/TC; STC 3741-2004-AA/TC. En estas decisiones el TC exponía algunos criterios para la emisión de un precedente.

⁵² La actual composición del TC parece haberse percatado de este hecho y solo ha emitido un precedente orientado a limitar sus propias competencias. Cfr. STC EXP. N° 00987-2014-PA/TC. Requisitos para el acceso al Tribunal a través del Recurso de Agravio.

⁵³ Cfr. Cross y J.W. Harris, ob. Cit. p. 64

hemos podido ya comprobar que se trataba de peligros ciertos y que creo desvirtúan la propia naturaleza del Derecho constitucional, abierto siempre a debates y permanentes innovaciones y que vía el precedente formal vinculante, también pretende quedar de alguna forma petrificado como interpretaciones inexorables del máximo Tribunal, incapaz de entrar en diálogo con los demás actores de la sociedad plural del Estado Constitucional.

10. Algunas consideraciones finales

No cabe duda que las decisiones de un Tribunal Constitucional que se coloca en la cúspide del sistema jurisdiccional, tiene enormes repercusiones en el orden jurídico. Se trata, muchas veces, de reelaboraciones del Derecho en sentido objetivo que repercuten en el sistema de fuentes. Las interpretaciones autorizadas de los contenidos de la Constitución a través de los procesos de control de normas o de protección de los derechos, configuran un conjunto de argumentaciones, razonamientos y decisiones que ingresan en el sistema jurídico bajo distintas manifestaciones, no siempre homologables a la imagen del precedente judicial de los sistemas del *Common Law*.

De ahí la necesidad de abrir un espacio de reflexión e investigación académica orientada a indagar sobre la necesidad de una teoría propia del precedente constitucional para contextos en los que se han instaurado y desarrollado los Tribunales de tradición kelseniana, cuyas decisiones más importantes inciden en la propia Constitución y sus contenidos. Esta pequeña contribución espero sea leída en esta dirección..

Bibliografía

AHUMADA RUIZ, M. A. "Cómo vincula la jurisprudencia constitucional a los legisladores"; en AA. VV. *Com vinculen les sentències contitucionals el legislador?*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2012.

CARPIO MARCOS, E.; GRÁNDEZ, P. (coord.) *Estudios al precedente constitucional*, Palestra, Lima 2007.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "El adiós al precedente vinculante a favor del precedente". *Gaceta Constitucional*, núm. 17, Lima (2009), pp. 95-109.

CASTILLO CÓRDOVA, L. (coord.) *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima 2009.

CROSS, R.; HARRIS, J. W. *El precedente el sistema inglés*, Trad. De M^a Angélica Pulido, Marcial Pons, Madrid, 2012.

DÍAZ REVORIO, J. "Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del TC español" en, Biblioteca Virtual de la UNAM (disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/19.pdf>).

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E. "El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarle en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana". *Revista Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*. Chile, Año 4, número 1. 2006, pp. 67-96.

FERRERES COMELLA, V. "¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional al legislador?" en AA. VV. *Com vinculen les sentències contitucionals el legislador?*, Generalitat de Catalunya, Barcelona 2012.

GARCIA BELAUNDE, D. "El precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional (a propósito del caso Provías Nacional)"

GARCÍA BELAUNDE, D. "¿Existe el "leading case" en el derecho peruano?, Ponencia proferida en Lima, el diciembre de 2001 (disponible en: <http://www.garciabelaunde.com/articulos/ExisteElLeadingCase.pdf>)

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cuarta edición, Civitas, Madrid, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema Español. Posibilidades y perspectivas, en *REDC*, Nº 1, Enero de 1981, pp. 35-131.

GRÁNDEZ CASTRO, P. "El precedente a la deriva. Diálogo con un "crítico" del Tribunal Constitucional", en *Gaceta Constitucional*, nº 19, Lima (2009), pp. 99-114.

HAKAHNSSON, C. "Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación"., en *Dikaion: revista de fundamentación jurídica*, núm. 18, Bogotá (2009), pp. 55-77.

LANDA ARROYO, C. "Los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional. El caso peruano", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid (2010), pp. 193-234.

LANDA ARROYO, C. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, tercera edición, Palestra, Lima, 2007.

LIMBACH, J. "Papel y poder del Tribunal Constitucional"; en, *Teoría y realidad constitucional*, Nº 4, UNED (1999), pp. 93-126.

PEGORARO, L. *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2004.

SAEZ DÁVALOS, Luis, "El camino del precedente vinculante", en *Gaceta Constitucional*, Nº 83, Lima (2014).

SCHAUER, F. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, trad. de Tobías J, Schleider, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013.

SCHLAICH, K. "El Tribunal Constitucional Alemán", en FAVOREU, L. *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEPC, 1984.

SILVESTRI, G. "Le sentenze normativa della corte costituzionale", en *Scritti su la giustizia costituzionale in onore a Vezio Crisafulli, Vol I*, CEDAM, 1985.

ZAGREBELSKY, G. *Giustizia costituzionale*, segunda edición, Il Mulino, Boloña, 2012..

*Artigo recebido em 14 de junho de 2015.
Artigo aprovado para publicação em 19 de agosto de 2015.*

DOI: 10.11117/1982-4564.08.01