

# LOS PRECEDENTES VINCULANTES Y EL *OVERRULING* EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Anibal Quiroga León\**

El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este Siglo (XX), por uno de los más grandes juristas europeos, Hans Kelsen. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera de todas, *lex superior*, aquélla que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema.

*Eduardo García de Enterría*

Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el tribunal federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada *certiorari*, [...] pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional, ya que la mayoría, por no decir la totalidad de los asuntos de que conoce, tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos. Por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo con el principio que se califica de *stare decisis* (obligatoriedad del precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee en la práctica efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones.

*Héctor Fix Zamudio*

## SUMARIO:

1. Introducción.— 2. Los sistemas de control constitucional de las leyes.— 3. El sistema de control concentrado de las leyes: el Tribunal Constitucional.— 4. La actividad de control constitucional del Tribunal Constitucional.— 5. Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional.— 6. Esquema básico de la sentencia del Tribunal Constitucional.— 6.1. La razón declarativa axiológica.— 6.2. *Ratio decidendi*.— 6.3. *Obiter dicta*.— 6.4. La invocación preceptiva.— 6.5. El *decisum* o fallo constitucional.— 6.6. Un caso de *overruling* en el Tribunal Constitucional.

---

\* Profesor Principal y ex Editor General de la Revista *Derecho-PUCP* de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Investigador becario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado-UNIDROIT (Roma, 2002). Ex Codirector de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Secretario Ejecutivo del Centro de Investigaciones de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEPRO). Abogado en ejercicio.

## 1. INTRODUCCIÓN

El evidente y notorio auge del Derecho Procesal Constitucional en el Perú de hoy, y su innegable desarrollo, han hecho de esta joven disciplina escindida del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal —de la que ya no se discuten sus perfiles propios tanto en lo académico, cuanto en lo doctrinario—, evoluciona vertiginosamente, a la par de la búsqueda de la consolidación del Estado democrático de Derecho, lo que ha logrado un necesario correlato en el desarrollo jurisprudencial por medio de los tribunales de justicia o del propio Tribunal Constitucional, lo cual se ha visto reflejado en los posteriores e incontrastables trabajos de investigación con el primordial objetivo de desarrollar —en un primer momento— la definición y adecuada comprensión de los diversos instrumentos que el Derecho Constitucional ofrece en la actualidad para su determinación, defensa, adecuada interpretación, control inter-órganos y desarrollo, tal como lo informa la propia Constitución, y que finalmente se ha plasmado en la entrada en vigencia de un nuevo Código Procesal Constitucional.<sup>1</sup> De allí el innegable interés que suscita el estudio, análisis y divulgación de esta jurisprudencia constitucional.

En este panorama resulta de vital importancia la función y rol encomendado al Tribunal Constitucional, entendido como el máximo órgano de control y de interpretación de la carta magna dentro de lo que se denomina el sistema de control constitucional concentrado o también llamado sistema europeo de control de la constitucionalidad.<sup>2</sup> Dicho órgano constitucional, en un principio incomprendido, inclusive por quienes fueron sus primeros miembros e integrantes, ha sufrido durante el transcurso de los años (y especialmente en la última época, luego de su recomposición) un inusual protagonismo en asuntos que involucran no sólo el escenario constitucional o jurídico, sino en el político, económico o social y que se ha reflejado de modo directo no sólo en la especial ubicación que ha logrado en el actual Estado democrático de Derecho, sino también ante el foro, ante la opinión pública —aun por encima del prestigio de la propia Corte Suprema de Justicia de la República, hay que reconocerlo— dando lugar a una importante sólida y sistemática jurisprudencia. Ello, sin embargo, no ha estado exento de algunos errores de concepto y unos cuantos notorios excesos que para nada desmerecen su trabajo integral, de los que hemos dado oportuna cuenta,<sup>3</sup> y que en alguno de sus extremos ha empezado

a ser modificado y reparado por el propio Tribunal Constitucional a partir del necesario *overruling*, actitud que, sin lugar a dudas, pondera aún más su actual labor y dinámica en aras del desarrollo y modernización de la jurisdicción constitucional en el Perú.

La explicación a ello se debe —salvo excepciones— a la inevitable raigambre política partidaria en el origen de algunos de sus miembros que han debido ser elegidos por una mayoría de dos tercios de nuestro Congreso unicameral y en el redescubrimiento de sus poderes y atribuciones, lo que en no pocas oportunidades se ha reflejado en el contenido de las resoluciones en los distintos procesos de inconstitucionalidad sometidos a su escrutinio y decisión, en los cuales el interés político claramente se ha impuesto ante la jerarquía constitucional que irradia la Constitución de nuestro país, en desmedro del desarrollo de una verdadera jurisdicción constitucional en los parámetros que la doctrina señala para el supremo órgano de control de la constitucionalidad. A ello se le podría sumar —en algún caso— la notoria deficiencia en la formación constitucional de alguno de sus integrantes, los menos a decir verdad, lo que contribuye a la determinación del panorama actual.

<sup>1</sup> Sancionado por Ley n.º 28237, con calidad de Ley Orgánica, de 31 de mayo de 2004 y vigente desde el 1 de diciembre del mismo año, en cumplimiento de lo dispuesto en el séptimo apartado del artículo 200 de la Constitución peruana de 1993.

<sup>2</sup> QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Control «difuso» y control «concentrado» en el Derecho Procesal Constitucional peruano». En *Derecho-PUCP*. Lima, 1996, n.º 50. pp. 207 y ss. También en: GUDIÑO PELAYO, José de Jesús *et al.* (coordinadores). *Controles constitucionales*. Santiago de Querétaro: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política - FUNDAP, 2005, pp. 291 y ss.

<sup>3</sup> QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Los excesos del Tribunal Constitucional*; ponencia en el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2005. Publicado en QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Derecho Procesal Constitucional y Código Procesal Constitucional*. Lima: ARA, 2005.

El objetivo primordial de este trabajo es presentar nuestra perspectiva acerca de lo que se debe considerar como el verdadero rol del Tribunal Constitucional, conforme a lo señalado y diseñado por la Constitución y la legislación de la materia (léase: Código Procesal Constitucional, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y legislación conexas), analizando la problemática actual que envuelve al supremo intérprete de la Constitución a través del primer *overruling* que ha efectuado el Tribunal Constitucional en el ámbito del sistema concentrado o europeo en el que está inscrito nuestro sistema de protección constitucional, y que exhibe de manera objetiva el estado actual de su funcionalidad.

## 2. LOS SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES

En nuestro ordenamiento jurídico es de resaltar la peculiaridad de que coexistan al interior del texto constitucional los dos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, esto es: (i) el difuso (*judicial review*) o americano; y (ii) el concentrado o europeo.<sup>4</sup>

Esto describe lo que hemos venido en denominar sistema mixto de control de la constitucionalidad,<sup>5</sup> y que el profesor García Belaunde denomina sistema dual de control

constitucional<sup>6</sup> y determinará, a diferencia de otros ordenamientos jurídico-constitucionales donde sólo encontramos la presencia del sistema de control concentrado, que la jurisdicción constitucional pueda ser válidamente ejercida no solamente por los magistrados del Tribunal Constitucional, sino también por los magistrados ordinarios del Poder Judicial, quienes de este modo reúnen sobre sí de modo permanente una doble cualidad inmanente en el hecho de ser jueces ordinarios de la causa que corresponda y jueces constitucionales en el control difuso de la constitucionalidad en cuando tienen conocimiento de procesos constitucionales sometidos a la competencia de la justicia ordinaria o de procesos ordinarios en los que encuentren confrontación entre la ley y la Constitución. En consecuencia, en nuestro medio se puede afirmar sin temor al error que la *jurisdicción o justicia constitucional* es de orden mixto y se entiende extendida a todo el ámbito competencial del Poder Judicial, tanto cuando sus magistrados hacen uso de la facultad de inaplicación de una norma legal para un caso concreto (control difuso) contemplado ahora en el artículo 138, segunda parte, de la Constitución y reglamentado en el artículo 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como cuando conocen y resuelven las acciones de garantía constitucional o de defensa de las

libertades fundamentales o jurisdicción de la libertad en virtud de lo dispuesto en la concordancia de los artículos VI del *Título Preliminar* y 3 del Código Procesal Constitucional, este último en su actual redacción luego de la modificación dispuesta por la Ley n.º 28946 de 24 de diciembre de 2006.

Hemos señalado en el párrafo precedente que no todos los procesos constitucionales son iguales y que su diferencia radica fundamentalmente en su naturaleza jurídico-constitucional y en las características de la pretensión constitucional que se formule al juzgador constitucional.

Así, encontramos que son dos los tipos de procesos constitucionales, los de garantías constitucionales o de defensa de las libertades fundamentales o de jurisdicción de la libertad, cuya pretensión está destinada a la defensa y protección de los derechos fundamentales de orden material de las personas, conforme le está reconocido por la Constitución; y las acciones de control constitucional o de control orgánico, cuya pretensión, en todas sus variantes, será de orden abstracto, objetivo y estará dirigida a preservar y defender en abstracto la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones del Estado a través de sus órganos y organismos, derivadas del uso de las facultades o poderes que la

<sup>4</sup> QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Control «difuso» y control «concentrado» en el Derecho Procesal Constitucional peruano». *Op. cit.*

<sup>5</sup> QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Una aproximación a la justicia constitucional: el modelo peruano». En QUIROGA LEÓN, Aníbal (compilador). *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, pp. 177 y ss. (ver especialmente n.º 72).

<sup>6</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Sección Peruana, UNMSM, 2000, 2.ª Ed.

Constitución y las leyes les ha atribuido a los mismos.

### 3. EL SISTEMA DE CONTROL CONCENTRADO DE LAS LEYES: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el *órgano de control de la Constitución*.<sup>7</sup> Esto significa que la Constitución de 1993, al consagrar su existencia dentro del Título V, *De las garantías constitucionales*, ha optado de manera clara y meridiana por el denominado control *ad-hoc* de la constitucionalidad, también conocido como el modelo europeo o de justicia constitucional concentrada,<sup>8</sup> con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

Siendo el Tribunal Constitucional el órgano de control de la Constitución, le corresponden, de acuerdo al esquema que ésta desarrolla, dos facultades esenciales que son implícitas al poder del control:

i) La interpretación de los postulados constitucionales bajo cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligatorio a sí mismo y hacia

todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos; y,

ii) Dentro de la tarea interpretativa de la Constitución, y como consecuencia de la misma, le corresponde la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás órganos del Estado, sean constitucionales, sean de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la nación, teniendo en cuenta que, como ya lo ha sostenido la antigua doctrina del Derecho Constitucional, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la «*fuerza vinculante bilateral de la norma constitucional*»; esto es, la vinculación o sujeción a la Constitución de todas las autoridades (absolutamente todas) y al mismo tiempo de todos los ciudadanos, en contraposición al Estado de viejo cuño premoderno, donde en el Estado moderno de Derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, puesto que el gran lema de lucha del Estado constitucional —que hoy está más vigente que nunca— ha

sido el cambio cualitativo logrado en el antiguo y arbitrario *government by men* por el actual, democrático y jurídico *government by laws* (Kaegi y von Ihering).<sup>9</sup> Entonces, la Constitución no será sólo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que precisamente es y será la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *lex superior* o la *higher law*.

Corresponde al Tribunal Constitucional, dentro de esta misma premisa no cuestionada, ser el supremo intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional *erga omnes* con efecto vinculante, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones, a fin de que pueda determinar el alcance de las trascendentes facultades que la Constitución Política del Perú le ha conferido.

En la Constitución 1993 en vigencia, el Tribunal Constitucional se haya definido específicamente en el artículo 201, señalando como características del mismo, las siguientes:

- a) Ser el órgano del control constitucional;
- b) Ser autónomo e independiente; y,

<sup>7</sup> Cabe señalar que en el proyecto de modificaciones a la Constitución de 1993 que se preparó durante el Gobierno Transitorio que tuvimos desde diciembre del 2000 hasta julio del 2001, se ha sugerido que la definición del Tribunal Constitucional sea modificada por la de intérprete supremo de la Constitución. Sin embargo, ello ha sido «subsano» legislativamente por la actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional - Ley n.º 28301, que señala en su artículo 1 que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación, integración y control de la constitucionalidad.

<sup>8</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1968)*. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1968.

<sup>9</sup> Citados por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985, 3.ª Ed., pp. 49 y ss.

c) Estar compuesto por siete miembros, denominados Magistrados del Tribunal Constitucional, con un mandato de cinco años reelegibles por un periodo adicional.

Si bien el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución del Estado, ello no ha sido señalado expresamente en nuestra carta magna, en función a lo expuesto con anterioridad. Esta deficiencia lamentablemente no ha sido superada ni mejorada por el Código Procesal Constitucional peruano,<sup>10</sup> cuyo texto no enfrenta de modo decidido el tema del verdadero rol interpretativo del Tribunal Constitucional, el cual se infiere —en lectura indirecta y en expresión ciertamente tímida— del tercer párrafo del artículo VI del título preliminar de dicho cuerpo normativo:

Artículo VI.- Control difuso e interpretación constitucional

[...]

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.

La facultad del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, bajo el modelo europeo o kelseniano, nacido bajo la inspiración de Hans Kelsen a partir de

1920 con la Constitución de Austria y perfeccionado con la Constitución de 1929,<sup>11</sup> implica que el control se habrá de dirigir básicamente hacia el Parlamento. En efecto, si la tarea primera del Tribunal Constitucional es la de ser el intérprete de la Constitución, intérprete vinculante, obligatorio o auténtico; esta tarea debe estar dirigida a interpretar, en primer lugar, los alcances, la recreación y la determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus propias facultades, para luego poder determinar los alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del parlamento en particular cuando del control de la constitucionalidad de las leyes se trate.

La interpretación constitucional, de suyo fascinante,<sup>12</sup> es entonces la tarea esencial del Tribunal Constitucional, su *ratio fundamentalae* en la existencia constitucional, la que también debe hacerse conforme a los postulados de la propia Constitución de la que emerge y que le da su razón de ser. En efecto, es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual hartamente diferente de la interpretación jurídica ordinaria (*hermenéutica*), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales de las normas jurídicas ordinarias. Como ya se ha visto, mientras que las primeras

son esencialmente políticas (sean *autoaplicables*, *programáticas* o *estructurales*), las segundas son de básico contenido subjetivo o material, de modo tal que siendo diferentes, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación pues el resultado resultaría erróneo.

Como quiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir los alcances y límites del mismo. Este control aparece evidente en el denominado control concentrado o *control ad-hoc*, esto es, de índole abstracto —y, por tanto, incompatible en ése y en otros puntos, con el *control difuso* o *judicial review*— en donde corresponderá al Tribunal Constitucional el examen abstracto (esto es, sin referencia a un caso concreto alguno en donde esté en disputa derecho subjetivo ninguno) de la ley dubitada y en donde el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, va a ser el imperativo categórico que determinará, en análisis de subsunción, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución. Si la primera premisa es la cierta, la demanda debe ser rechazada y la norma dubitada regresa al sistema jurídico tal como ingresó, en plena vigencia y constitucionalizada. En cambio, si

<sup>10</sup> Salvo lo establecido en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (*vide supra* n.º 7).

<sup>11</sup> QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Una aproximación a la justicia constitucional: el modelo peruano*. Op. cit., pp. 153 y ss.

<sup>12</sup> QUIROGA LEÓN, Aníbal. *La interpretación constitucional*, ponencia presentada al Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Facultad de Derecho y Criminología. Monterrey-Nueva León-México D.F.: Universidad Autónoma de Nuevo León - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, septiembre del 2005.

la segunda premisa es la cierta, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional como —al decir de Kelsen—<sup>13</sup> legislador negativo, esto es, con poder derogatorio directo (artículo 204 *ab initio* de la Constitución) creándose en cada caso de inconstitucionalidad así determinada una «norma subconstitucional»,<sup>14</sup> de la que es titular el Tribunal Constitucional como constituyente delegado. Por ello, y por expreso principio consagrado en la Constitución, el principio jurídico que toda ley se deroga sólo por otra ley y que expresa, p.e., el artículo I del Título Preliminar del Código Civil peruano,<sup>15</sup> se halla ahora necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: «toda ley se deroga sólo por otra ley o por una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional». No obstante eso, debe anotarse que el concepto originario de *legislador negativo* se halla, a la fecha, ampliamente superado por la doctrina italiana y la que proviene de su Corte Constitucional, y la actual española y la que proviene de su Tribunal Constitucional, así

como la alemana, y la que proviene de su Tribunal Constitucional,<sup>16</sup> habiendo sido esta posición también adoptada por nuestro Tribunal Constitucional.

Desde ese punto de vista, la demanda de inconstitucionalidad de una norma legal dubitada no es propiamente una demanda en los términos que formula la teoría general del proceso como pretensión de un derecho público-subjetivo, sino propiamente una *iniciativa legislativa negativa* que la Constitución reconoce a los legitimados taxativamente para ello en el artículo 203 de su texto normativo.

La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, que extirpa por vía quirúrgica del sistema jurídico (al decir de Fix-Zamudio) la ley dubitada, de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar, pero sí hacer meditar con conciencia objetiva

y prudente discernimiento, una tarea quirúrgica que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución, y que habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el vacío que deja la norma derogada y que puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos. Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que hubiere sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea puede producir, como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, constituye en puridad una «situación de mayor inconstitucionalidad» en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba.

La facultad exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional, en los parámetros de la Consti-

<sup>13</sup> «El calificativo de «legislador negativo» que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional no pretende «desjurisdiccionalizar» ni el órgano ni la función. No debe olvidarse que Kelsen parte de su intento de superación de la tradicional trilogía, que arrancando de Montesquieu, distingue entre la función ejecutiva, función legislativa y función judicial. Kelsen reduce [...] las funciones a dos: legislación y creación (por un lado), y creación y aplicación del Derecho. Desde ese punto de vista, la justicia constitucional no hace sino ejecutar, aplicar el Derecho contenido en la norma fundamental. [...] Kelsen crea un tribunal precisamente por las garantías que un órgano de tal naturaleza supone, y, especialmente, por su independencia [...]; cuando habla de «legislador en sentido negativo» lo hace, además, tanto para el caso americano como para el supuesto austriaco. Escribió Kelsen: «un tribunal facultado para anular leyes -en forma individual o de manera general- funciona como un legislador en sentido negativo». (Cit. por PÉREZ TREMPES, Pablo. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: CEC, 1981, pp. 6 y ss. (resaltado agregado). La cita de Kelsen está en: KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. Traducción de García Máynez. México D.F.: UNAM, 1979, pp. 303-334.

<sup>14</sup> ALONSO GARCÍA, Alonso. *La interpretación constitucional*. Madrid: CEC, 1984, p. 13.

<sup>15</sup> Código Civil, Título Preliminar:

**Artículo I.** - «La ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado».

<sup>16</sup> AJA, Eliseo (editor). - *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.

tución, es de la misma dimensión y cualidad constitucional que la facultad de control constitucional que la misma carta política reconoce al Poder Judicial en orden a la aplicación de la facultad del control difuso previsto en la segunda parte del artículo 138 de la Constitución, y ello también debe reputarse como una facultad exclusiva y excluyente del Poder Judicial que nadie debe soslayar y que el propio Tribunal Constitucional debe ser el primero en hacer respetar para guardar un mínimo de coherencia constitucional.<sup>17</sup>

#### 4. LA ACTIVIDAD DE «CONTROL CONSTITUCIONAL» DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La actividad de interpretación constitucional autorizada o auténtica (en tanto vinculante y obligatoria *erga omnes*) realizada por el Tribunal Constitucional, hace al mismo tiempo, sin duda alguna, un control político de los actos normativos con rango de ley del Congreso.<sup>18</sup> Si lo anterior es así, cabe entonces concluir que el Tribunal Constitucional ingresará al análisis de razonabilidad del legislador —cuyos actos está llamado a contro-

lar— cuando se somete bajo su escrutinio las disímiles materias que han sido reguladas por el Poder Legislativo.

Lo antes expuesto debería determinar la *praxis* del supremo intérprete de la Constitución, es decir, el control y la interpretación de la Constitución, ya que:<sup>19</sup>

El ámbito político de la Constitución, relacionada con el alto grado de consenso requerido entre las distintas fuerzas políticas y sociales de un país para aprobarla, intenta asimismo limitar el poder público para comprometerse con la vigencia de los derechos fundamentales. El intérprete no debe olvidarse de que toda Constitución refleja un acuerdo político determinado y duradero, es decir, una fórmula de expresión ideológica que organiza la convivencia política en una estructura social y en un particular momento histórico rodeado de singulares características que, debido a la dinámica comunitaria, pueden variar, aunque la idea es que el acuerdo sea duradero.

Por tal razón, cuando este Colegio resuelva las causas, no puede hacerlo tomando en consideración la Constitución simplemente como una norma jurídica, sino además entendiéndola como una con un carácter político.

Sin embargo, dicho parámetro de actuación ha sido excedido —y en muchas oportunidades infringido— por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos, que sin tomar en consideración las discrepancias jurídicas sobre el particular, desnaturalizan la esencia misma del sistema de control concentrado regulado en nuestra Constitución. Esto se deriva de la raigambre política de sus miembros, en función al sistema de elección de los mismos por parte del Poder Legislativo.

En este orden de ideas, el Profesor Fernández Segado, ha señalado lo siguiente:<sup>20</sup>

Se tergiversa así la labor del Tribunal, que de ser un órgano de control de la Constitución pasa a ser, o corre el serio peligro de pasar a serlo, un órgano llamado a impedir tal control. Piénsese en que sólo dos jueces constitucionales complacientes con el Poder Ejecutivo pueden impedir, no solo el control del Tribunal, [...]. Y como ha significado Stein, un Tribunal Constitucional que sólo es la prolongación y un instrumento complaciente del Poder Ejecutivo no sólo desacredita su propia imagen, sino también a la Constitución.

<sup>17</sup> Ver, al efecto, la sentencia del 3 de junio de 2005, Expediente n.º 050-2004-AI/TC y otros —acumulado— del Tribunal Constitucional.

<sup>18</sup> El laborista Manuel Alonso Olea ha señalado que: «Entonces el Tribunal Constitucional es un tribunal político, como la indica la fuente de sus poderes, aunque se dice que eligen a juristas de prestigio, los méritos de quienes van a formar y forman parte del Tribunal, pues es una elección política [sic]. Por consiguiente, es un órgano de control político en la vida del país en cuanto a sus libertades fundamentales de derechos básicos que no forman parte de la estructura judicial ordinaria». (ALONSO OLEA, Manuel. «El recurso de amparo en materia social». Exposición en el Fórum Internacional *El proceso laboral*, en <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1995/trabajo/347.htm>. Visto el 2 de febrero de 2009.

<sup>19</sup> Fundamento jurídico 7 de la sentencia del 18 de febrero de 2005 referida al Expediente n.º 002-2005-PI/TC (Casi Cinco Mil Ciudadanos contra el artículo 2 de la Ley n.º 28374).

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. «El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: crónica de un fracaso anunciado». En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1999*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung - CIEDLA, 1999, p. 373.

## 5. LOS PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Constitución, en un modelo post-constitucionalista, ha dejado de concebirse tan sólo como una realidad retórica declarativa de principios y postulados, y pasa a formularse como una realidad normativa y efectivamente vinculante para sus destinatarios: el poder político y los particulares.<sup>21</sup>

Así, la norma constitucional se posiciona en la cúspide del ordenamiento jurídico del estado y pasa así a ser norma suprema, conforme a la teoría kelseniana, de la también se deriva la formulación e implementación del tribunal Constitucional como máximo órgano del control constitucional concentrado.

Los contenidos de la Constitución, sobre todo los referidos a los derechos fundamentales, se expanden a todo el Ordenamiento Jurídico conforme a la aplicación de los principios *pro-hómine*, *pro-libertatis*, *in favor processum* y de progresividad. Por ello, la Constitución debe ser concretada y determinada en sus mandatos abiertos y generales a fin de permitir su eficacia en casos concretos.

Las determinaciones o concretizaciones de las normas constitucionales debe ser el resultado de un previo proceso argumentativo, de una adecuada fundamentación

interpretativa que debe exhibir el Tribunal Constitucional como su principal actividad. Al ser la Constitución un orden abierto a los valores, es necesario definir y ordenar la interpretación constitucional que debe prevalecer.

El Tribunal Constitucional cuenta, sin duda alguna, con una posición preferente respecto de la interpretación constitucional. Esto genera la necesaria vinculación de todos los poderes públicos y de los particulares en el sistema jurídico general a la jurisprudencia preferente del Tribunal Constitucional que deviene así en precedente vinculante.

## 6. ESQUEMA BÁSICO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### 6.1. La razón declarativa axiológica

Aquella parte de la sentencia constitucional que ofrece reflexiones iniciales referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y teleológicas de la Constitución.

### 6.2. Ratio decidendi

Lo que se razona. La razón suficiente. La exposición de la formulación general del principio o regla jurídica que constituye la base de la decisión específica. La vinculatoriedad del razonamiento y de la

interpretación. Es aquella consideración determinante e indispensable, justificante de la decisión

### 6.3. Obiter dicta

La razón subsidiaria o accidental, con reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas que, no siendo indispensables, justifican pedagógicamente u orientan el fallo.

### 6.4. La invocación preceptiva

Aquella parte de la sentencia en que se consignan las normas del bloque de constitucionalidad utilizadas o interpretadas para la estimación o desestimación de la controversia.

### 6.5. El decisum o fallo constitucional

Donde se contiene el acto de decidir y el contenido de la decisión. Es el pronunciamiento expreso y concreto de lo que se manda decidir. La vinculatoriedad con la cosa juzgada constitucional. Puede, además, contener una exhortación vinculante o persuasiva.

El Tribunal Constitucional se ha definido a sí mismo en dos funciones:

- a. Por un lado, se ha definido como un Tribunal que resuelve los conflictos constitucionales, sean orgánicos, sean de la libertad.

<sup>21</sup> CASTILLOS-CÓRDOVA, LUIS. *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Lima: Palestra Editores, 2008. Ver CASTILLOS-CÓRDOVA, LUIS y JOSÉ LUIS CASTILLO-ALVA. *El precedente judicial y el precedente Constitucional*. Lima: ARA Editores, 2008.

b. Por el otro, se ha definido como un Tribunal de los Precedentes, que establece a través de su jurisprudencia la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de la Justicia Ordinaria y para sí mismo en casos futuros; de modo que se convierte en un Tribunal de la Predictibilidad, al tiempo de imponer una determinada interpretación constitucional.

También la labor del Tribunal Constitucional se ha definido dentro de los siguientes principios esenciales:

*Principio del Stare Decisis.* La obligatoriedad del precedente, del que deriva la tesis del precedente vinculante, de raíz anglosajona.

*El Leading Case.* El caso primero, es decir el caso a partir del cual se fija el precedente vinculante; el caso que constituirá el primer precedente en una materia y que jalonará a los demás.

*El Overruling.* El caso en el cual de modo expreso se deja sin efecto un precedente vinculante, y se le sustituye por uno nuevo. El caso en que se quiebra un precedente vinculante y se le reemplaza por uno nuevo, en virtud de la misma facultad de establecimiento de los precedentes vinculantes.

*El Self Restraint.* La labor de autocontrol que sobre sí ejerce un Tribunal de los Precedentes, que al no tener superior sobre sí que

revise sus fallos por ser última o única instancia, debe de autocontrolarse a sí mismo a fin de ser coherente en la defensa de los Derechos Fundamentales y en el respeto a los principios esenciales de la Constitución.

### 6.6 Un caso de *overruling* en el Tribunal Constitucional

Un precedente vinculante constituye una regla de derecho generada por una Corte de Justicia y que va a tener alcance general, tanto a nivel público, cuanto a nivel privado. Es una derivación del ejercicio jurisdiccional del Derecho anglosajón, como consecuencia del *common law*. Es una figura relativamente reciente en el Derecho del *civil law*, que sin embargo le ha venido adoptando, como parte de la necesaria integración que históricamente se va dando entre las diferentes familias jurídicas en el Derecho occidental.

Así como el Tribunal de los Precedentes puede establecer un precedente vinculante como parte de su labor interpretativa, asimismo lo puede dejar sin efecto, o lo puede reemplazar por otro. A eso se le conoce, en la doctrina de la predictibilidad de los tribunales, como el *Overruling*.<sup>22</sup>

Siguiendo las pautas antes indicadas, el Tribunal Constitucional ha sentenciado su primer caso de *Overruling*, cuando en el Expediente n.º 03908-2007-PA/TCL, caso *Provías Nacional*, y cuya eje-

cutoria constitucional conocida a finales de mayo, fue fechada el 11 de febrero de 2009.

Es decir, en el caso antes citado, siguiendo los criterios y principios doctrinarios antes señalados, el Tribunal Constitucional ha roto y dejado de lado, de modo expreso, un precedente vinculante anteriormente fijado (Expediente n.º 4853-2004-PA/TC, *Caso Dirección General de Pesquería de la Libertad*, en sentencia constitucional que fue fechada el 19 de abril de 2007.

El caso establecía las nuevas reglas del *Recurso de Agravio Constitucional*, en el sentido de que a pesar de que la Constitución de modo expreso y literal sólo habilita la competencia del Tribunal Constitucional para conocer la *jurisdicción de la libertad* cuando el Poder Judicial haya declarado su denegación de modo previo (obstando, por consecuencia lógica aquellos casos acogidos por el Poder Judicial), el Tribunal Constitucional había cambiado el texto expreso de la Carta Constitucional, ya que allí donde la literalidad de la Constitución dice expresamente *denegatorias*, el original precedente vinculante había señalado que la expresión «denegatoria» no quería significar «denegatoria», sino que también bajo determinadas características allí consignadas se debería entender también las «estimatorias», alterando de modo frontal y directo el texto expreso de la Constitución.

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. «Los *overruling* de la Jurisprudencia Constitucional». En *Revista Foro*. Madrid: Nueva Época, 2006, n.º 3, pp. 27-92.

Ello enfrenta la tesis mucho más compleja acerca de si la labor interpretativa del Tribunal Constitucional puede alterar y modificar el texto expreso de la Constitución, y de si el Tribunal Constitucional no es sólo un poder constituido, sino además, un «delegado constituyente», creándose una figura de modificación parcial de la Constitución que el texto expreso, y su versión original, no ha consignado ni contemplado. Nuestra tesis es, por cierto, contraria a esta posición que no hace sino modificar groseramente la Constitución fuera de los canales previstos constitucionalmente para ello.

Al margen de ello, el punto en este caso radicaba en que frente al Recurso de Agravio Constitucional, una sentencia de segunda instancia del Poder Judicial, estimatoria de una acción de garantía es o no cosa juzgada irrevisable por el Tribunal Constitucional. Dicho de otro modo, ¿es o no incompetente el Tribunal Constitucional para re-

visar y modificar un fallo judicial estimatorio de una acción de garantía constitucional por expreso mandato de la Carta Política?

Aquello había sido resuelto en el 2007 de modo ciertamente polémico, yendo el Tribunal Constitucional mucho más allá de lo que le autorizaba expresamente la Constitución, y alterando de modo expreso el texto expreso de la Constitución. Ahora, en el 2009 el Tribunal Constitucional deshace aquel desacierto y vuelve sobre su cauce constitucional original del cual no debió haber salido si realmente quiere ser coherente con el respeto y defensa de la Constitución que pretende imponer a todos los poderes del Estado y a toda la sociedad en su conjunto. Para ello, el Tribunal Constitucional ha dejado sin efecto el anterior precedente vinculante y le ha reemplazado por otro, en el cual se fija el criterio –del cual no debió haberse apartado nunca, en verdad– en virtud del cual se fija

como criterio de interpretación que no corresponde (es decir, el Tribunal Constitucional es incompetente) para conocer de aquellos recursos de agravio constitucional contra sentencias estimatorias del Poder Judicial en materia de acciones de garantía constitucional, lo que ciertamente ha acarreado el beneplácito de un sector mayoritario de la doctrina nacional.<sup>23</sup>

Al hacerlo, el Tribunal Constitucional ha cumplido con los tres requisitos para proceder a un *Overruling*:

- Que se cite expresamente el precedente anterior que se va a dejar sin efecto;
- Que se razone y motive las consideraciones que justifican el apartamiento del precedente anterior y la necesidad de generar un nuevo precedente constitucional de orden vinculante; y,
- Que se genere un nuevo precedente vinculante en el fallo corrector.

<sup>23</sup> Ver *Tribunal Constitucional*, Órgano Oficial. Lima: Editorial del Tribunal Constitucional, abril-mayo 2009, año I, n.º 6, pp. 5-6, 2009.