



UNIVERSIDAD  
PRIVADA  
DEL NORTE

# FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

“EL OVERRULING EN LOS  
PRECEDENTES VINCULANTES DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y  
SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES.”

Tesis para optar el título profesional de:

**Abogado**

**Autor:**

Edwin Adolfo Morocco Colque

**Asesor:**

Dr. Arquímedes Gonzalo Cruz Sandoval

Trujillo – Perú

2016

## APROBACIÓN DE LA TESIS

El asesor y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por el Bachiller **Edwin Adolfo Morocco Colque**, denominada:

### “EL OVERRULING EN LOS PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”

---

Dr. Arquímedes Gonzalo Cruz Sandoval  
**ASESOR**

---

Dr. Manuel Estuardo Luján Túpez  
**JURADO**  
**PRESIDENTE**

---

Dra. Silvia Cirene Ordóñez Ganoza  
**JURADO**

---

Dra. Vania Lorena Vergara Lau  
**JURADO**

## DEDICATORIA

Dedico este humilde trabajo a Dios –por el milagro de la vida-, a mi familia –por la paciencia y apoyo constante en mi formación personal y académica-, a mis amigos y profesores –por ser parte de la consolidación de mi madurez como hombre-, y a todo aquél que como tú, no renuncie a creer que puede hacer de su destino el que se decida a moldear a partir del esfuerzo incansable por llenar el vacío interno que otorga la inquietud divina del amor por la investigación jurídica, y más aún, del Derecho Constitucional.

## AGRADECIMIENTO

Agradezco a cada uno de los profesionales que han compartido con mi persona parte de su experiencia en la especialidad del Derecho Constitucional, a partir de sus opiniones y recomendaciones, la cuales serán abordadas en la discusión final de los resultados obtenidos para un alcance más objetivo de la presente tesis

Quiero hacer una especial mención a mis maestros: Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Rubén Martínez Dalmau, Francisco Javier Díaz Revorio, Néstor Pedro Sagüés, Pedro Grández Castro, Gonzalo Cruz Sandoval y Santos Urtecho Navarro, por no sólo enseñarme en demasía sobre el derecho, sino por además, darme los mejores consejos como persona para persistir en la pugna sana de la investigación jurídica.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

|   |            |
|---|------------|
| <b>APROBACIÓN DE LA TESIS.....</b>                                    | <b>ii</b>  |
| <b>DEDICATORIA.....</b>   | <b>iii</b> |
| <b>AGRADECIMIENTO .....</b>   | <b>iv</b>  |
| <b>ÍNDICE DE CONTENIDOS .....</b>                                     | <b>v</b>   |
| <b>RESUMEN.....</b>   | <b>x</b>   |
| <b>ABSTRACT .....</b>   | <b>xii</b> |
| <b>CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN .....</b>                                 | <b>14</b>  |
| 1.1. Realidad problemática .....                                      | 14         |
| 1.2. Formulación del problema .....                                   | 15         |
| 1.3. Justificación .....  | 15         |
| 1.4. Limitaciones.....  | 15         |
| 1.5. Objetivos.....   | 16         |
| 1.5.1. <i>Objetivo General</i> .....                                  | 16         |
| 1.5.2. <i>Objetivos Específicos</i> .....                             | 16         |
| <b>CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO .....</b>                                | <b>17</b>  |
| 2.1. Antecedentes.....  | 17         |
| 2.1.1. <i>Antecedentes históricos nacionales</i> .....                | 17         |
| 2.2. Bases Teóricas .....   | 19         |
| <b>CAPÍTULO I: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.....</b>            | <b>19</b>  |
| 1.1 <i>Reseña histórica del Tribunal Constitucional peruano</i> ..... | 19         |
| 1.2 <i>Naturaleza del Tribunal Constitucional</i> .....               | 23         |
| 1.2.1 <i>Órgano constitucional</i> .....                              | 24         |
| a. <i>Independencia</i> .....   | 25         |
| b. <i>Autonomía</i> .....   | 27         |
| 1.2.2 <i>Órgano jurisdiccional</i> .....                              | 30         |
| a. <i>Acción</i> .....  | 31         |
| b. <i>Jurisdicción</i> .....  | 33         |
| c. <i>Proceso</i> .....   | 34         |
| 1.2.3 <i>Órgano político</i> .....                                    | 35         |
| a. <i>Control judicial de la Política</i> .....                       | 35         |
| b. <i>Creación judicial del Derecho</i> .....                         | 36         |
| <b>CAPÍTULO II: LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES.....</b>              | <b>38</b>  |

|   |  |    |
|---|--|----|
| 2.1   | <i>Introducción a la sentencia constitucional.</i>   | 38 |
| a.  | <i>La razón declarativa-axiológica</i>   | 38 |
| b.  | <i>La razón suficiente</i>   | 38 |
| c.  | <i>La razón subsidiaria o accidental</i>   | 39 |
| d.  | <i>La invocación preceptiva.</i>   | 40 |
| e.  | <i>La decisión o fallo constitucional</i>  | 40 |
| 2.2   | <i>La tipología de las sentencias constitucionales.</i>  | 41 |
| 2.2.1   | <i>Primera clasificación.</i>  | 42 |
| a.  | <i>Las sentencias de especie.</i>  | 42 |
| b.  | <i>Las sentencias de principio</i>   | 42 |
| c.  | <i>Las sentencias institucionales</i>  | 42 |
| d.  | <i>Las sentencias instructivas.</i>  | 42 |
| 2.2.2   | <i>Segunda clasificación.</i>  | 43 |
| 2.2.2.1   | <i>Las sentencias estimativas</i>  | 43 |
| i.  | <i>Las sentencias de simple anulación.</i>   | 43 |
| ii.   | <i>Las sentencias interpretativas propiamente dichas</i>   | 43 |
| iii.  | <i>Las sentencias interpretativas-normativas (manipulativas)</i>   | 44 |
| a.  | <i>Las sentencias reductoras.</i>  | 45 |
| b.  | <i>Las sentencias aditivas.</i>  | 46 |
| c.  | <i>Las sentencias sustitutivas</i>   | 47 |
| d.  | <i>Las sentencias exhortativas.</i>  | 48 |
| e.  | <i>Las sentencias estipulativas</i>  | 49 |
| 2.2.2.2   | <i>Las sentencias desestimativas.</i>  | 49 |
| 2.3   | <i>La jurisprudencia constitucional.</i>   | 50 |
| 2.4   | <i>La cosa juzgada constitucional.</i>   | 52 |
| <b>CAPÍTULO III: EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE Y EL OVERRULING.</b> |  | 57 |
| 3.1   | <b>ANTECEDENTES.</b>   | 57 |
| 3.1.1   | <i>El sistema de justicia constitucional del Common Law en torno al precedente vinculante: El judicial review.</i> | 57 |
| 3.1.2   | <i>El sistema de justicia constitucional del Civil Law en torno al precedente vinculante.</i>                      | 60 |
| 3.1.3   | <i>El sistema de justicia constitucional en el Perú en torno al precedente vinculante.</i>                         | 63 |
| 3.2   | <b>EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE.</b>  | 66 |
| 3.2.1   | <i>Significado y aplicación del precedente en el Common Law.</i>   | 66 |
| 3.2.2   | <i>Significado y aplicación del precedente en el Civil Law.</i>  | 68 |
| 3.2.3   | <i>Ubicación del precedente vinculante en el Sistema de justicia constitucional peruano.</i>                       | 69 |
| 3.2.4   | <i>La diferencia precedente y jurisprudencia constitucional vinculante.</i>  | 71 |
| 3.2.5   | <i>El precedente constitucional vinculante como límite al principio de independencia judicial.</i>                 | 73 |
| 3.2.6   | <i>La determinación del precedente.</i>  | 75 |
| 3.2.7   | <i>Condiciones para el establecimiento del precedente constitucional vinculante en el Perú.</i>                    | 79 |

|         |   |            |
|---------|---|------------|
| 3.3     | <i>EL OVERRULING COMO TÉCNICA DEL PRECEDENTE VINCULANTE.</i>  | 81         |
| 3.3.1   | <i>El overruling como técnica y sus presupuestos.</i>   | 81         |
| 3.3.2   | <i>La eficacia del precedente vinculante.</i>   | 84         |
| 3.3.3   | <i>Estabilidad y cambio en un sistema de precedentes y el principio de seguridad jurídica.</i>                              | 86         |
| 3.3.4   | <i>Efectos del precedente vinculante.</i>   | 89         |
| <br>    |   |            |
|         | <b>CAPÍTULO IV: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INTERPRETACIÓN.</b>   | 91         |
| 4.1     | <b>ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.</b>   | 91         |
| 4.2     | <b>LA PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.</b>  | 93         |
| 4.2.1   | <i>Reseñas preliminares.</i>  | 93         |
| 4.2.2   | <i>Primera Fase: Determinar el ámbito normativo del derecho fundamental.</i>  | 96         |
| 4.2.3   | <i>Segunda fase: Identificar la restricción en el ámbito prima facie garantizado por el respectivo derecho fundamental.</i> | 96         |
| 4.2.4   | <i>Tercera fase: verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada.</i>                           | 96         |
|         | a. <i>Subprincipio de idoneidad.</i>  | 97         |
|         | b. <i>Subprincipio de necesidad.</i>  | 97         |
|         | c. <i>Subprincipio de proporcional en sentido estricto.</i>   | 97         |
| 4.3     | <b>EL DERECHO DE MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.</b>   | 98         |
| 4.3.1   | <i>Reseñas preliminares.</i>  | 98         |
| 4.3.2   | <i>Sobre las deficiencias de la motivación y la sentencia arbitraria.</i>   | 100        |
| 4.3.2.1 | <i>Inexistencia de motivación o motivación aparente.</i>  | 100        |
| 4.3.2.2 | <i>Falta de motivación interna del razonamiento.</i>  | 100        |
| 4.3.2.3 | <i>Deficiencias en la motivación externa (justificación de las premisas).</i>   | 101        |
| 4.3.2.4 | <i>La motivación insuficiente.</i>  | 101        |
| 4.3.2.5 | <i>La motivación sustancialmente incongruente.</i>  | 102        |
| 4.3.2.6 | <i>Motivaciones cualificadas.</i>   | 102        |
| 4.3.2.7 | <i>La sentencia arbitraria por indebida motivación y el principio de la interdicción de la arbitrariedad.</i>               | 102        |
| 4.3.2.8 | <i>Sobre la ausencia de justificación interna y externa.</i>  | 103        |
| 4.3.3   | <i>Sobre el examen de constitucionalidad de las resoluciones judiciales.</i>  | 105        |
| 4.3.3.1 | <i>Examen de razonabilidad.</i>   | 105        |
| 4.3.3.2 | <i>Examen de coherencia.</i>  | 105        |
| 4.3.3.3 | <i>Examen de suficiencia.</i>   | 105        |
| 4.3.4   | <i>Principio constitucional de seguridad jurídica.</i>  | 105        |
| 2.3.    | <i>Hipótesis.</i>   | 107        |
| <br>    |   |            |
|         | <b>CAPÍTULO 3. METODOLOGÍA</b>  | <b>108</b> |
| 3.1.    | <i>Operacionalización de variables.</i>   | 108        |
| 3.2.    | <i>Diseño de investigación.</i>   | 111        |
| 3.3.    | <i>Unidad de estudio.</i>   | 112        |
| 3.3.1.  | <i>Unidad de estudio N.° 01</i>   | 112        |
| 3.3.2.  | <i>Unidad de estudio N.° 02</i>   | 112        |

|  |            |
|--|------------|
| 3.4. Población.....  | 112        |
| 3.4.1. Población A (en relación a la unidad de estudio N.° 01):.....   | 112        |
| 3.4.2. Población B (en relación a la unidad de estudio N.° 02):.....   | 112        |
| 3.5. Muestra.....  | 113        |
| 3.5.1. Tipo de muestreo.....   | 113        |
| 3.5.2. Diseño de la muestra.....   | 113        |
| 3.5.3. Fórmula estadística aplicable.....  | 114        |
| 3.5.4. Muestra seleccionada.....   | 115        |
| 3.6. Técnicas, instrumentos y procedimientos de recolección de datos.....  | 115        |
| 3.6.1. Técnicas de recolección de datos.....   | 115        |
| 3.6.2. Instrumentos de recolección de datos.....   | 115        |
| 3.6.3. Procedimientos de recolección de datos.....   | 116        |
| 3.7. Métodos, instrumentos y procedimientos de análisis de datos.....  | 116        |
| 3.7.1. Métodos de análisis de datos.....   | 116        |
| 3.7.2. Instrumentos de análisis de datos.....  | 116        |
| 3.7.3. Procedimientos de análisis de datos.....  | 117        |
| <b>CAPÍTULO 4. RESULTADOS.....</b>   | <b>118</b> |
| 4.1. Resultados de la aplicación del instrumento: Guía de Juicio de Expertos.....  | 118        |
| 4.1.1. Objeto de estudio sobre la cual se aplicó el instrumento.....   | 118        |
| 4.1.1.1. Muestra seleccionada en relación a la población B de la presente tesis citada en el punto 3.5.4, literal “b”..... | 118        |
| 4.1.2. Resultados obtenidos.....   | 118        |
| 4.2. Resultados de la aplicación del instrumento “Guía de análisis documental”.....  | 120        |
| 4.2.1. Objeto de estudio sobre la cual se aplicó el instrumento:.....  | 120        |
| 4.2.1.1. Doctrina nacional y comparada citada en las bases teóricas de la presente tesis en el punto 2.2.....              | 120        |
| 4.2.1.2. Sentencias del Tribunal Constitucional citada en las bases teóricas de la presente tesis en el punto 2.2.....     | 120        |
| 4.2.2. Resultados obtenidos:.....  | 121        |
| 4.2.2.1. En relación a la institución jurídica del overruling.....   | 121        |
| 4.2.2.2. En relación a los derechos fundamentales.....   | 122        |
| 4.3. Resultados de la aplicación del instrumento “Guía de análisis jurisprudencial”.....                                   | 123        |
| 4.3.1. Objeto de estudio sobre la cual se aplicó el instrumento:.....  | 123        |
| 4.3.1.1. Muestra seleccionada en relación a la población A de la presente tesis citada en el punto 3.5.4, literal “a”..... | 123        |
| 4.3.2. Resultados obtenidos:.....  | 123        |
| 4.3.2.1. Del caso Loreto – Consorcio Requena (Expediente N.° 04293-2012-PA/TC).....  | 123        |
| 4.3.2.2. Del caso Juan de Dios Lara Contreras (Expediente N.° 01412-2007-PA/TC).....                                       | 124        |
| 4.3.2.3. Del caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Expediente N.° 03908-2007-PA/TC).....       | 125        |
| <b>CAPÍTULO 5. DISCUSIÓN.....</b>  | <b>127</b> |
| 5.1. Discusión de los resultados obtenidos de la aplicación del instrumento: Guía de Juicio de Expertos.....               | 127        |



|   |            |
|---|------------|
| 5.2. Discusión de los resultados obtenidos de la aplicación del instrumento “Guía de análisis documental”.....  | 128        |
| 5.3. Discusión de los resultados de la aplicación del instrumento “Guía de análisis jurisprudencial” de forma conjunta a los resultados obtenidos en los puntos precedentes. .... | 130        |
| <b>CONCLUSIONES.....</b>  | <b>134</b> |
| <b>RECOMENDACIONES.....</b>   | <b>136</b> |
| <b>REFERENCIAS.....</b>   | <b>138</b> |
| <b>ANEXOS.....</b>  | <b>144</b> |

## RESUMEN

La presente tesis titulada “EL OVERRULING EN LOS PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES” presenta un estudio pormenorizado del precedente vinculante y la técnica del “*overruling*” dentro del marco de la justicia constitucional peruana, planteando para ello un análisis en torno a la doctrina nacional y comparada, abordando con especial inquietud el origen de creación e implementación de las instituciones jurídicas aludidas, con la finalidad de determinar, *prima facie*, si han sido debidamente aplicadas en nuestro Estado, tanto a partir de sus presupuestos de aplicación, sus elementos estructurales y sus efectos interpretativos, para luego establecer si de su aplicación actual –conforme se halle en el sistema peruano- han vulnerado derechos fundamentales, dada su incidencia directa vigente en lo que implica constituir el criterio dominante de interpretación jurídica vinculante en cuanto a Derecho Constitucional compete.

Expuesto lo último, el investigador propone un examen a partir de la teoría de los derechos fundamentales, así como de las consideraciones de especialistas en las áreas del Derecho Constitucional y procesal constitucional, para delimitar las afectaciones resultantes de la aplicación del *overruling* en los precedentes vinculantes en los derechos fundamentales, tanto en el ámbito jurídico como social.

En el “**Capítulo 1. Introducción**”, se ha desarrollado la realidad problemática que enmarca el desarrollo de la investigación, así como la respectiva formulación del problema, su justificación, las limitaciones investigativas y los objetivos que guían el desarrollo de la tesis.

En el “**Capítulo 2. Marco Teórico**”, se han desarrollado los antecedentes investigativos del tema de tesis seleccionado, siendo para el caso únicamente teóricos nacionales; además se ha dispuesto las bases teóricas, las cuales han sido estratégicamente organizadas en cuatro capítulos: i) El Tribunal Constitucional Peruano; ii) Las Sentencias Constitucionales; iii) El Precedente Constitucional Vinculante; y, iv) Los Derechos

Fundamentales y su interpretación; finalmente, se ha expuesto la formulación de la hipótesis, la cual será contrastada con la investigación.

En el “**Capítulo 3. Metodología**”, se ha expuesto la parte metodológica consistente en: la operacionalización de las variables que componen el problema de investigación para establecer las unidades de medición a considerar en nuestros instrumentos; el diseño de la investigación, así como el material de estudio, compuesto por las unidades de estudio, poblaciones y muestras seleccionadas; así como las técnicas, instrumentos y procedimientos utilizados tanto para la recolección de datos como para el análisis de la información recabada, en relación a las variables que componen el problema de investigación de la presente tesis.

En el “**Capítulo 5. Resultados**”, se consignarán los resultados obtenidos de la aplicación de los instrumentos consistentes en: i) Guía de juicio de expertos; ii) Guía de análisis documental, y iii) Guía de Análisis jurisprudencial, para, posteriormente, interrelacionarlas en el “**Capítulo 6. Discusión de Resultados**”.

Finalmente, se establecerán las **conclusiones**, tanto generales como específicas, en relación a los objetivos propuestos en la presente investigación, para luego fijar las **recomendaciones** pertinentes, desde la perspectiva jurídica; acompañando las **referencias bibliográficas** utilizadas en la investigación, así como los **anexos** correspondientes.

## ABSTRACT

This thesis entitled "The OVERRULING IN THE BINDING PRECEDENT OF THE PERUVIAN CONSTITUTIONAL COURT AND ITS IMPACT ON FUNDAMENTAL RIGHTS" presents a detailed study of binding precedent and the technique of "*overruling*" within the framework of the Peruvian constitutional justice, posing for this purpose an analysis around the national doctrine and compared, addressing with special concern the origin of creation and implementation of the aforementioned legal institutions, with the purpose of determining, *prima facie*, if they have been duly implemented in our State, both from their budgets application, its structural elements and their effects, and then establish interpretative if your current application - as Halle in the Peruvian system - have violated fundamental rights, given its Direct impact in force in which implies constitute the dominant criterion of binding legal interpretation in terms of constitutional Law rests.

Exposed the ultimate, the researcher proposes a discussion based on the theory of fundamental rights, as well as the considerations of specialists in the areas of constitutional Law and constitutional procedure, to delimit the damages resulting from the application of *overruling* in the binding precedent in fundamental rights, both in the legal field as social.

In "Chapter 1. Introduction", has developed the problematic reality that frames the development of research, as well as the respective formulation of the problem, its justification, the investigative limitations and the objectives that guide the development of the thesis.

In "Chapter 2. Theoretical Framework", have developed the antecedents of the topic of thesis selected, remains for the case merely theoretical nationals; it has also provided the theoretical foundations, which have been strategically organized in four chapters: i) The Peruvian Constitutional Court; (ii) The judgments Constitutional; (iii) the constitutional precedent binding; and, iv) Fundamental Rights and its interpretation; finally, it has exposed the formulation of the hypothesis, which will be contrasted with the investigation.

In "Chapter 3. Methodology", has exposed the Methodological part consisting of: the operationalization of the variables that make up the problem of investigation to establish units of measurement to consider in our instruments; the research design, as well as the study material, composed of units of study populations and selected samples; as well as the techniques, instruments and procedures used for both the collection of data as to the analysis of the information collected, in relation to the variables that make up the research problem of this thesis.

In "Chapter 5. Results", shall set out the results obtained from the application of the instruments in the form of: i) Guide expert judgment; (ii) Guide of the documentary analysis, and (iii) jurisprudential analysis Guide, in order subsequently to interrelate in "Chapter 6. Discussion of results".

Finally, will establish the conclusions, both general and specific, in relation to the objectives proposed in the present investigation, to then fix the relevant recommendations, from the legal perspective; accompanying bibliographic references used in the research, as well as the corresponding annexes.

## CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Realidad problemática

El Tribunal Constitucional del Perú recurre -entre otros mecanismos- al sistema de precedentes vinculantes, a partir del cual se fija un criterio de interpretación vinculante y de observancia obligatoria para todos los órganos de jurisdicción en el Estado Peruano; sin embargo, ello no le impide poder cambiar el criterio previamente establecido, sino que puede variar sus consideraciones, ello a partir de la aplicación de la institución jurídica del *overruling*, cuya habilitación jurídica se encuentra prescrita en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

La institución jurídica antes aludida es originaria del sistema jurídico anglosajón – específicamente del Derecho Inglés- y ha sido acogida por el Perú –que tiene un sistema jurídico cuyo principal origen deriva del *Civil Law*- en las sentencias de su Tribunal Constitucional; esta convergencia de sistemas en la justicia constitucional peruana ha conllevado en ciertos casos a que no se constituya eficazmente un adecuado tratamiento interpretativo de los derechos fundamentales al momento de su ponderación y la expresión de la motivación que justifica el cambio en la emisión de un nuevo precedente vinculante a partir de la aplicación del *overruling*. Un claro ejemplo de ello, es la sentencia del 18 de Marzo de 2014 recaída en el expediente N° 04293-2012-PA/TC (Caso Consorcio Requena) que dejó sin efecto el precedente vinculante contenido en la sentencia del expediente 03741-2004-PA/TC (Caso Salazar Yarlénque), conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente –valga la redundancia- la Constitución, en aras de una adecuada tutela de los derechos de los ciudadanos (ideario propio del Common Law y rechazado por el Civil Law).

De lo anterior se advierte que existe un problema en relación al ejercicio de la discrecionalidad interpretativa del Tribunal al aplicar la institución del *overruling*, lo que ha valido adoptar distintos criterios al abordar el contenido de los derechos fundamentales, sea en la ponderación de los derechos fundamentales y su repercusión inmediata en la justicia constitucional y ordinaria.

## 1.2. Formulación del problema

¿De qué manera la aplicación de la técnica del *overruling* en los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional incide en los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Estado Peruano?

## 1.3. Justificación

La presente tesis se justifica, desde el ámbito teórico, en la existencia de un ámbito de inseguridad jurídica en torno a la calificación de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política a partir de la implementación del *overruling* como técnica de revisión interpretativa por el Tribunal Constitucional del Perú, lo que ha generado como consecuencia el cambio sustancial de los criterios establecidos en los precedentes vinculantes. Desde una perspectiva práctica, el desarrollo de la tesis aporta soluciones de carácter aplicativo que repercuten en el confronte más adecuado del contenido esencial de los derechos fundamentales al momento de la resolución de la pretensión controvertida por del Tribunal Constitucional en un sentido más integral del derecho, sin llegar a contradicciones que generen arbitrariedades que provean afectaciones al derecho de los justiciables. Lo anterior, desde un contexto valorativo, permite definir al control constitucional a partir de los derechos fundamentales permitiendo que los operadores del derecho y los protagonistas de la relación jurídica procesal encuentren una mayor congruencia entre la consignación fáctica y jurídica motivada al momento de asumir como válida una decisión constitucional, legitimando la misma, lo que académicamente contribuye a la teoría del Derecho Constitucional y procesal constitucional, favoreciendo el adecuado utilice de las instituciones propias de su especialidad, acorde a los lineamientos del debido proceso, tanto desde un aspecto material como procesal.

## 1.4. Limitaciones

No se han encontrado limitaciones para el desarrollo de la presente tesis.

## 1.5. Objetivos

### 1.5.1. Objetivo General

**OG.** Determinar de qué manera la aplicación de la técnica del *overruling* en los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional incide en los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Estado Peruano.

### 1.5.2. Objetivos Específicos

**OE1.** Describir la naturaleza jurídica de la técnica del precedente vinculante en el sistema jurídico del *Common Law* y *Civil Law*, a partir del estudio de la doctrina nacional y comparada.

**OE2.** Establecer de qué manera ha sido regulada la institución jurídica de la técnica del *overruling* en el sistema jurídico del *Common Law* y *Civil Law*, a partir del estudio de la doctrina nacional y comparada.

**OE3.** Establecer los presupuestos materiales que utiliza el Tribunal Constitucional peruano aplicar la técnica del *overruling*, a partir de la doctrina, jurisprudencia nacional y el juicio de expertos.

**OE4.** Analizar la interrelación de los Derechos Fundamentales respecto de la técnica del *overruling* de precedentes vinculantes, tomando en consideración la doctrina nacional y comparada y el juicio de expertos.



## CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO

### 2.1. Antecedentes

Por la naturaleza de las variables que componen el problema formulado en la presente tesis los antecedentes de la investigación son de carácter estrictamente teórico.

#### 2.1.1. Antecedentes históricos nacionales.

En principio tenemos el trabajo recaído en la tesis para optar el grado de Magister en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional de Malpartida Castillo (2012, pág. 216) titulada “**Cosa Juzgada Constitucional Vs Cosa Juzgada Judicial**”, que trata la crítica sobre la incidencia de las decisiones constitucional del Tribunal Constitucional sobre las emitidas en la jurisdicción ordinaria. Esta tesis en su cuarta conclusión expone que: “4.- El Tribunal Constitucional a través de la STC 006-2006-PC/TC y al plantear el concepto de “cosa juzgada constitucional” cierra el círculo de influencia y control sobre el Poder Judicial – vale decir, lo subordina -. El concepto “cosa juzgada constitucional” elaborado por el Tribunal Constitucional, se distancia de lo que se tiene en la doctrina constitucional comparada. En ésta última se habla de “cosa juzgada constitucional” por la existencia de un fallo proveniente de la magistratura constitucional jurisdiccional, que este sea emitido en el curso de un proceso y un procedimiento constitucional destinado a tutelar la supremacía de la Constitución y respetuoso de las exigencias de ella y que aborda temas constitucionales; mientras que el Tribunal Constitucional relaciona el concepto con el cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos, la conformidad con la interpretación que haya realizado el mismo de las leyes o de toda norma con rango de ley o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes. Existiendo una relación directa entre cosa juzgada e independencia judicial, y, sabiendo que con la “cosa juzgada constitucional” se puede desconocer la cosa juzgada ligada a la judicatura ordinaria, entonces consecuentemente genera una subordinación del Poder Judicial ante el Tribunal Constitucional, ya que se pierde la esencia misma de la administración de justicia – la independencia -” (SIC). Este antecedente se relaciona con la tesis en la medida que abarca un estudio específico en su primer capítulo sobre la interrelación que existe entre los poderes del Estado, el Tribunal Constitucional y el Estado Constitucional de Derecho; así como la incidencia de las decisiones constitucionales en la jurisdicción ordinaria.

**Institución:** Pontificia Universidad Católica del Perú.

Asimismo, tenemos la tesis para optar el título de Abogado de Ruíz Riquero (2012, págs. 240-242) titulada “**La aplicación de la teoría del Precedente Vinculante Norteamericano en el Perú y sus repercusiones jurisprudenciales**”, que trata sobre el modelo de precedentes adoptados en el Perú por el Tribunal Constitucional y su afianzamiento como parte del sistema de fuentes de justicia, así como su carácter de restricción a la libre discrecionalidad de los jueces ordinarios. Esta tesis en sus conclusiones expone que: “vii) (...) cabe además comprender que no puede constituirse un precedente vinculante dentro de un proceso de inconstitucionalidad; ix) Es claro que el modelo del precedente constitucional vinculante, al menos tal como ha sido establecido en el art. VII, se aparta de la tradición del *Common Law*, ya que, tal como se ha demostrado en el desarrollo de nuestra investigación, al TC se le ha conferido la potestad de elaborar criterios bajo los cuales se justifique que un precedente sea vinculante, como premisa principal, serán vinculantes en la medida que el propio Colegiado lo precise en el caso en concreto. Sin embargo, bajo esta óptica, podría afirmarse que la configuración del precedente vinculante no responde a un nivel adecuado de argumentación jurídica y razonabilidad, sino tan solo a referentes meramente formales (sin olvidar el conjunto de reglas autorestrictivas), los que otorgan un simple dato de legitimidad para que el TC pueda legislar” (SIC). Este antecedente se relaciona con la tesis en la medida que abarca un estudio específico sobre la incidencia de la justicia constitucional material sobre otra institución autónoma, como es el Poder Judicial, lidiando precisamente en el control vinculante del precedente constitucional.

**Institución:** Universidad Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo.

## 2.2. Bases Teóricas

### CAPÍTULO I: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.

#### 1.1 Reseña histórica del Tribunal Constitucional peruano.

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el "órgano de control de la constitución". 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" (Fix-Zamudio, 1991), 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 dos facultades esenciales que son implícitas al poder del control: a) 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, b) 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 pre-moderno; 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* actual, democrático y jurídico *Government by Laws* (Kaegi y Von Ihering, 1985). 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 de 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.

El Tribunal Constitucional se encuentra definido, como ya queda dicho, en el artículo 201 de la Constitución que en su primera parte puede ser escindido en tres supuestos diferentes:

- a) Ser el órgano del control constitucional;
- b) Ser autónomo e independiente; y,
- c) Estar compuesto por siete miembros, denominados magistrados del Tribunal Constitucional, con un mandato de cinco años reelegibles por un periodo adicional.

En su segunda parte, la norma constitucional establece taxativamente que las calidades del magistrado del Tribunal Constitucional son equivalentes a las calidades del magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República.

En su tercera parte, la Constitución se ha preocupado de establecer que los magistrados del Tribunal Constitucional gozan de inmunidad personal y de las mismas prerrogativas para el ejercicio de su función que aquellas que la carta política ha reconocido a los congresistas de la República. Asimismo, señala que les alcanza las mismas incompatibilidades, y que el mandato de magistrado no es susceptible de reelección para un periodo igual e inmediato.

En su última parte, la norma constitucional precisa que los integrantes del Tribunal Constitucional tienen una legitimidad popular derivada, al ser electos por el Congreso de la República (que, como es obvio, tiene una legitimidad directa) con el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros. Finalmente, en su parte in-fine, la norma prescribe que los fiscales del Ministerio Público y magistrados del Poder Judicial en actividad y que cumplan con el requisito ya indicado, deberán dejar el cargo que tuvieran cuando menos un año calendario antes a su postulación al Tribunal Constitucional.

La función de control directo que la Constitución ha asignado al Tribunal Constitucional, se encuentra definida en tres facultades o potestades específicas, a saber:

- La determinación en instancia única de que una ley, o norma con rango de tal, o normas regionales de alcance general u ordenanzas municipales, debe ser derogada erga omnes por contravenir la Constitución en la forma o en el fondo, esto es, por ser incompatible con el alcance de la interpretación que el Tribunal Constitucional haya hecho de un principio o

postulado de la Constitución (artículo 200, inciso 4; artículo 202, inciso 1, y artículo 204, de la Constitución);

- La resolución en última y definitiva instancia de las resoluciones provenientes del Poder Judicial en las acciones de garantía constitucional de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, siempre que su sentido haya sido desestimatorio al demandante en sede judicial y por la vía del recurso extraordinario de revisión en la llamada *jurisdicción negativa de la libertad*; y
- La dirimencia de los conflictos de competencia o de atribuciones de los órganos constitucionales, sea este positivo o negativo, según la interpretación del alcance de las mismas en la Constitución, con arreglo a su Ley Orgánica.

Para el cabal cumplimiento cada una de estas atribuciones taxativamente dispuestas por la Carta Constitucional, el Tribunal Constitucional debe definir, de modo previo y claro, el alcance de sus facultades y poderes, explícitos e implícitos, dentro del enunciado o marco general de ser el "órgano de control de la Constitución".

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 (Quiroga León, 1990), 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 u obligatorio en virtud de la concordancia artículo 204 *ab-initio* de la Constitución y artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 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, será la tarea esencial del Tribunal Constitucional, la que también debe hacerse conforme a la Constitución.

En efecto, es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual diferente de la interpretación jurídica ordinaria (hermenéutica), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales de las

normas jurídicas ordinarias. Así, mientras que las primeras son esencialmente políticas (sean autoaplicables, sean programáticas, sean 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 otorgue 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 ese punto con el "control difuso" o "*judicial review*"- (Fix-Zamudio, 1988) en donde corresponde 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 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 (1979)- 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 sub-constitucional" (García, 1984), 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, por ejemplo, el artículo I del Título Preliminar del Código Civil peruano, 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.

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 si 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.

Ante la evidente trascendencia que supone para el sistema jurídico la derogación de una ley, nuestra legislación prevé una mayoría calificada de los miembros del Tribunal Constitucional para que se declare la inconstitucionalidad de una ley. Así tenemos que la opción legislativa ha previsto la necesidad de 5 votos conformes de los 7 miembros del Tribunal Constitucional para el caso que se declare la inconstitucionalidad de una Ley, de conformidad a lo prescrito en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

## **1.2 Naturaleza del Tribunal Constitucional.**

El Tribunal Constitucional tiene una posición central en el desarrollo del Derecho Procesal Constitucional; en tanto es el producto institucional más elaborado de la originaria justicia constitucional y posterior jurisdicción constitucional. Si bien el rol que le corresponde al Tribunal Constitucional se desprende de la Constitución y su Ley Orgánica, básicamente, no es menos cierto que en la medida que la norma suprema es incompleta e inacabada por estar sometida a cambios históricos, es precisamente a través de la jurisprudencia constitucional de causas difíciles desde donde se puede perfilar su naturaleza.

Cualquier intento que pretenda precisar la naturaleza del Tribunal Constitucional no puede soslayar que se está frente a un órgano que no puede ser comprendido únicamente a partir de las funciones normativas que la Constitución le asigna, ni tampoco tomando como punto de partida sólo el régimen jurídico-constitucional que lo regula.

La razón de lo anterior se debe a que el positivismo constitucional, basado exclusivamente en el texto normativo, es insuficiente para valorar la praxis de la justicia constitucional. También el neopositivismo constitucional, asentado exclusivamente en la jurisprudencia, es insuficiente para comprender su rol en el proceso histórico, social y político (De Vega García, 1998).

No obstante, cabe señalar que el Tribunal Constitucional en la Constitución Peruana de 1993, pese a su carácter jurisdiccional, no se ubica dentro de la estructura y organización del Poder Judicial; por el contrario, la Constitución le dispensa un régimen constitucional propio previsto en el Título V, que está referido a las garantías constitucionales. Esto responde, por un lado a la necesidad de otorgarle mayor autonomía e independencia en relación con el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y demás órganos constitucionales (Fernández Rodríguez, 2002, pág. 51) que son objeto de control; por otro lado, también, se debe y esto es lo más importante, a su especial posición en el esquema configurado por el principio constitucional de división de poderes en el Estado Constitucional que lo ubica como supremo guardián de la Constitución (Leibholz) y, por tanto, eventualmente, vocero del poder constituyente.

En ese sentido, se puede señalar que su naturaleza es compleja, en tanto que puede ser caracterizado 1) como órgano constitucional, 2) como órgano jurisdiccional y 3) como órgano político.

### **1.2.1 Órgano constitucional.**

Los órganos constitucionales se caracterizan porque cuentan con un reconocimiento y configuración que les viene dado directamente por el propio constituyente en la Constitución. Ésta no se limita a la simple mención aislada de sus funciones o competencias, sino que ella misma establece su composición, su estructura, los procesos constitucionales, sus competencias, los mecanismos y requisitos de elección de sus magistrados, las incompatibilidades e inmunidades de los mismos, la legitimidad activa en el proceso de inconstitucionalidad contra normas legales y los efectos de sus sentencias, entre otros. Es decir, reciben de la Constitución todos los atributos esenciales de su condición y posición en el sistema constitucional. Sin embargo, esto no impide que el legislador pueda completar, a través de su ley orgánica, los elementos no esenciales o complementarios o, en defecto de éste el propio Tribunal Constitucional llene los vacíos o las lagunas de las mismas.

Si bien la regulación constitucional es una característica exclusiva, pero no excluyente, que identifica a los clásicos poderes del Estado, a éstos poderes fundamentales del Estado de Derecho, también se incorpora a la misma al Tribunal Constitucional en tanto vocero del poder constitucional. No el único, pero sí el último para declarar la validez constitucional de las normas jurídicas, actos de gobierno o resoluciones de los poderes del Estado y de los actos privados de los ciudadanos, en un Estado de Derecho que se basa en la Constitución antes que en la ley, Ello en modo alguno anula o subordina las funciones del Congreso, del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial o la autonomía de la



voluntad de los particulares, sino que, ante el fracaso del Estado de Derecho basado en la ley, se requiere en el Estado Constitucional de un ente de control especializado, que tenga la legitimidad formal de ejercer un poder constitucional para llevar a cabo el control constitucional (García-Pelayo, 1981).

Este es el caso del Tribunal Constitucional peruano, por ello, la Constitución, se refiere al Tribunal como el órgano de control de la Constitución (artículo 201). Al respecto, cabe precisar que la tarea del control del Tribunal Constitucional no está referida a controlar a la propia Constitución, sino a controlar las normas jurídicas o actos de gobierno de los poderes del Estado y de los actos privados de los ciudadanos, a partir de la Constitución. Esto quiere decir que la norma suprema, en tanto obra del poder constituyente, no es objeto de control en sí misma por un órgano constituido por él, sino objeto de defensa o protección frente a los ataques contra la misma. En consecuencia, el juez constitucional ya no es solamente un fiel vigilante de la aplicación de la ley, sino que es el encargado de hacer cumplir, a los poderes y demás órganos constitucionales, el ordenamiento formal y material de la Constitución.

Para tal fin la Constitución prevé, que el Tribunal Constitucional goza de autonomía e independencia, en las materias que son de su competencia (artículo 201 de la Constitución Política del Perú).

#### **a. Independencia.**

El clásico modelo del Estado de Derecho fundado en la ley se basó en el principio según el cual: "toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución" (artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789). Es importante tener presente que no solo entonces sino también en la actualidad la división del poder es una garantía esencial para la protección de las libertades democráticas; porque el poder que no se divide sino que, por el contrario, se concentra en una sola autoridad, tiende a ejercerse de manera arbitraria.

Pero, el tránsito hacia el Estado de Derecho basado en la Constitución ha significado transformar el principio de separación de poderes en el de control y balance de poderes; en la medida que el Estado contemporáneo demanda de controles recíprocos para el mejor desarrollo de las funciones estatales. De allí que, en un sistema democrático le corresponda al Tribunal Constitucional desempeñar la función de control constitucional,

a fin de garantizar la división y balance de poderes (Cappelletti, 1985), así como la protección de los derechos fundamentales (Häberle, 1997, pág. 432).

En consecuencia, como el Tribunal Constitucional tiene la función básica de controlar la constitucionalidad de los actos de los poderes del Estado y de los particulares, el constituyente reclama la exigencia material que el Tribunal Constitucional sea un órgano jurídicamente independiente y autónomo frente a los poderes públicos y privados, tanto desde el punto de vista del ejercicio de sus competencias, como de la organización interna del mismo; "requisito que se erige sobre el presupuesto de que todos los órganos constitucionales tienen el mismo rango jurídico-público, de donde se desprende que las relaciones entre ellos en ningún caso puedan concebirse en términos de supra y subordinación política".

Si bien no existe una supremacía institucional entre las instituciones; ello no es óbice para se produzca una supremacía funcional del Tribunal Constitucional a fin de restaurar el equilibrio democrático entre los poderes y con la ciudadanía, cuando interpreta y expulsa una norma, acto o decisión de los poderes públicos o privados, por ser contrarios a la Constitución (Pérez Tremps, 1985, págs. 223-255). Es decir no se trata que el Tribunal quiebre el principio de separación de poderes, sino que afirme el del control y balance de poderes, a través del control constitucional que el poder constituyente le ha conferido. Para lo cual la independencia es un rasgo esencial de un órgano constitucional autónomo, máxime si tiene el rol de defensor de la Constitución frente a los poderes públicos y privados.

La independencia del Tribunal Constitucional también encuentra sustento en que todo el poder en una democracia emana del pueblo y sus autoridades la ejercen con las responsabilidades y limitaciones que la Constitución y la ley establecen (artículo 45). De esto último se colige que todos los poderes y órganos constitucionales están legitimados democráticamente de forma directa o indirecta; pero sobre todo, que se encuentran en una posición equidistante de subordinación en relación a la Constitución, norma suprema que irradia su fuerza normativa a todos los poderes públicos y también privados, integrando sus actos a los valores y reglas constitucionales, a través del Tribunal Constitucional, en virtud de lo cual ocupa una posición de *primus inter pares* entre los poderes públicos.

Ello es así, en la medida que en un Estado de Derecho moderno basado en la Constitución el Tribunal Constitucional es el órgano de cierre del sistema político y jurídico, en mérito de lo cual es el supremo intérprete de la Constitución para la resolución de los conflictos constitucionales de su competencia. De modo que la independencia constitucional y política del Tribunal Constitucional es orgánica y funcional. Esto quiere decir que, el Tribunal Constitucional pertenece a la estructura ordinaria del Estado, pero no en relación de dependencia de algún poder del Estado; sino que, no obstante que su Ley Orgánica y la elección de sus magistrados sean dictadas y realizadas respectivamente por el Congreso, el poder constituyente ha garantizado expresamente en la Constitución su independencia. Aunque, la mejor garantía de la independencia del Tribunal Constitucional es su subordinación a la Constitución, para lo cual, la autonomía procesal cumple un rol esencial.

#### **b. Autonomía.**

El poder constituyente al consagrar la independencia del Tribunal Constitucional en su relación con los demás poderes y órganos constitucionales del Estado, también le reconoce como contrapartida la legitimidad constitucional para gozar de autonomía. Por cuanto no hay independencia si no se garantiza la autonomía; en efecto, para cumplir sus competencias de control constitucional de los poderes públicos y privados debe gozar de autonomía no solo en su organización y funcionamiento administrativo (Rodríguez Patrón, 2005, pág. 37), sino también y esto es realmente lo importante, en lo jurisdiccional; para lo cual gozar de la autonomía normativa es indispensable, en concordancia con la Constitución y la ley. Con esa triple autonomía —administrativa, jurisdiccional y normativa- el Tribunal Constitucional puede ejercer su función de control constitucional, dada su especial naturaleza y posición dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como supremo guardián de la Constitución.

La autonomía en el Derecho Constitucional encuentra su raíz en el derecho objetivo, establecido en el sistema de fuentes del Derecho, donde no solo las normas, sino también la jurisprudencia, de manera subsidiaria, se constituye en fuente de irradiación del Derecho Procesal Constitucional.

Entonces, la autonomía es tanto un atributo de un poder u organismo independiente de dotarse a sí mismo de un ordenamiento jurídico (Kelsen, Teoría General del Estado, 1972, págs. 237-238), como es el caso del Tribunal Constitucional que debe cumplir sus

fines de control constitucional, con las limitaciones y responsabilidades que la propia Constitución y las leyes establecen.

Las implicancias de reconocer la triple autonomía del Tribunal Constitucional — administrativa, jurisdiccional y normativa-, tienen una clara incidencia en su status no solo como órgano constitucional, sino también como órgano jurisdiccional y político. En efecto, en el marco de un Estado constitucional y democrático de Derecho, la autonomía normativa en última instancia es la más compleja y, a su vez, imprescindible para el quehacer de la justicia constitucional.

La autonomía normativa puede ser interna y externa. La interna se expresa en el principio de la potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional (Rodríguez Patrón, 2005, págs. 161-166), que no es otra cosa que la capacidad de autorregulación administrativa a través de su Reglamento, a fin de coadyuvar orgánica y funcionalmente a cumplir a cabalidad con los fines que la Constitución y el Código Procesal Constitucional han dispuesto. Así lo dispone el artículo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Ley N° 28301, "El Tribunal puede dictar reglamentos para su propio funcionamiento, así como sobre el régimen de trabajo de su personal y servidores dentro del ámbito de la presente Ley. Dichos reglamentos, una vez aprobados por el pleno del Tribunal y autorizados por su Presidente, se publican en el Diario Oficial El Peruano".

La autonomía normativa externa tiene como propósito regular la actividad de los operadores de la justicia constitucional, reglamentar los procesos constitucionales ante los vacíos o deficiencia de la ley, los alcances del control constitucional y de la interpretación constitucional, en definitiva normar *secundum legem* las garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional adjetiva y sustantiva. Para lo cual, el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala que "(...) el juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales."

De este modo, se reconoce normativamente la ductilidad de las normas procesales; para lo cual, el Tribunal Constitucional goza de la potestad de adaptar las exigencias formales previstas en el Código Procesal Constitucional con el objeto de alcanzar los fines de los procesos constitucionales; que de conformidad con el artículo II del Título Preliminar del

Código Procesal Constitucional son los de: "garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales".

De estas disposiciones se colige la autonomía procesal del Tribunal Constitucional en la medida que reconocen a su favor la potestad auto organizativa y funcional del Tribunal Constitucional, así como la potestad normativa de adaptar las formalidades contempladas en el Código Procesal Constitucional y, en particular, en los códigos procesales adjetivos que se aplican supletoriamente, cuando ello sea necesario para dar cumplimiento a los fines esenciales de los procesos constitucionales. Al respecto, se ha señalado lo siguiente:

*"podríamos calificar la 'autonomía procesal', como el perfeccionamiento jurisdiccional que de su regulación procesal realiza el Tribunal Constitucional, más allá de los métodos convencionales de interpretación e integración del Derecho (cuando éstos se revelan insuficientes dada la especialidad del proceso constitucional). A través de ella, el Tribunal Constitucional, en el seno de procesos concretos, crea reglas y principios procesales generales más o menos estables, de acuerdo con consideraciones de oportunidad." (Rodríguez-Patrón, 2003, pág. 141)*

Sin embargo, dicha autonomía que no es autarquía, le confiere al Tribunal Constitucional un importante grado de libertad y responsabilidad al momento de definir, subsidiariamente a la ley, su derecho procesal; permitiéndole desarrollar principios con pretensión de generalidad a través de la doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes —*stare decisis*—, de modo que puedan ser aplicados a casos similares posteriores (Moral Soriano, 2002, pág. 269).

En suma, si bien delimitar con precisión el contenido de lo que se ha venido a llamar autonomía procesal no es un tarea sencilla, podemos considerar como rasgo característico de la misma el que esté reservada al Tribunal Constitucional, en tanto intérprete supremo de la Constitución. En virtud de la cual, ante las antinomias y lagunas del Derecho (Guastini R. , 2003, pág. 71), el Tribunal tendrá la posibilidad de desarrollar o reconstruir las normas constitucionales, sustantivas o procesales, objeto de aplicación, cuando los métodos tradicionales de interpretación e integración del Derecho se demuestren insuficientes para llevar a cabo las tareas que le son propias, en el ejercicio

de sus funciones como supremo intérprete de la Constitución y, en última instancia, como vocero del poder constituyente (Rubio Correa, 2005, págs. 379-454).

Tales funciones reafirman la misión tutelar del Tribunal Constitucional de garantizar los fines esenciales de los procesos constitucionales. Pero, es pertinente señalar que, además de orientar materialmente la labor interpretativa e integradora del Tribunal Constitucional, dichos fines constitucionales se configuran como límites propios de su autonomía procesal. Así, "la posición del Tribunal Constitucional como órgano constitucional y Tribunal especial no solo resulta ser el origen de la libertad demostrada en la configuración de su Derecho procesal, sino que también ha de ser la principal fuente que determine sus límites" (Rodríguez-Patrón, 2003, pág. 157).

### 1.2.2 Órgano jurisdiccional.

El hecho que el Tribunal Constitucional, en la Constitución Peruana, no esté comprendido como un órgano del Poder Judicial, no le priva de su carácter de órgano jurisdiccional. En efecto, la Constitución (artículo 201) establece que el Tribunal es el órgano de control de la Constitución. En ese sentido, asume la función constitucional de velar por el cumplimiento del principio jurídico de supremacía de la Constitución, así como la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, a través del control jurisdiccional autónomo e independiente (Landa Arroyo, 2003, págs. 341-342).

Esta función de administrar justicia constitucional le viene atribuido al Tribunal en la medida que la Constitución (artículo 202) le reconoce la competencia para conocer en instancia única los procesos de inconstitucionalidad contra las normas legales; conocer en última y definitiva instancia las resoluciones judiciales denegatorias de los procesos constitucionales de hábeas corpus, Amparo, Hábeas Data y la Acción de Cumplimiento; y, finalmente, conocer los conflictos de competencia.

El Tribunal Constitucional resuelve en forma de sentencia, con arreglo a normas preestablecidas y en un proceso contradictorio, sobre las pretensiones formuladas en una demanda que interponen las partes legitimadas. De aquí que los instrumentos procesales de la acción, jurisdicción y proceso sean válidos en sus tareas de control constitucional, pero en función de los fines de los procesos constitucionales subjetivos y objetivos.

En efecto, los derechos fundamentales en sentido subjetivo y objetivo deben ser garantizados por la jurisdicción constitucional, como bien señala Zagrebelsky, citado por Landa Arroyo, "en el proceso constitucional parecen estar dos distintos tipos de bienes jurídicos objeto de tutela: los derechos constitucionales y la constitucionalidad del derecho objetivo" (Landa Arroyo, 2011, pág. 29). Sobre la base de dicho presupuesto, se analizan los elementos que caracterizan al Tribunal Constitucional como un órgano jurisdiccional por excelencia.

**a. Acción.**

A razón de Montero Aroca (1979, pág. 78), la acción es el derecho fundamental de activar la función jurisdiccional del Estado se puede señalar que constituye el punto de arranque de cualquier proceso judicial; pero, con particularidades propias que la Constitución le imprime en los procesos constitucionales, como ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional a través de: i) la figura del litisconsorte facultativo, ii) el partícipe, así como iii) la legitimidad procesal activa de los Colegios Profesionales en los procesos de inconstitucionalidad de las normas legales.

- i) La incorporación de la figura del litisconsorte facultativo por parte del Tribunal Constitucional tuvo lugar en el marco de un proceso de inconstitucionalidad instaurado por el Presidente de la República contra una Ordenanza Regional (Expediente N.º 020-2005-AI/TC); puesto que 31 integrantes del Congreso de la República solicitaron ser incorporados en dicho proceso como litisconsortes facultativos.

Luego de constatar que el Código Procesal Constitucional no establece, expresamente, la institución del litisconsorte facultativo en el proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de su autonomía procesal, declaró ser competente para cubrir dicha laguna de la legislación procesal. Habida cuenta que, ante un proceso eminentemente público, como la declaración de inconstitucionalidad de una ley, no es lógico aplicar supletoriamente el Código Procesal Civil previsto para las relaciones entre particulares en razón a que la declaración de inconstitucionalidad es el proceso constitucional por excelencia que no se condice con las reglas del principio dispositivo de las partes del Código Procesal Civil, al punto que "admitida la demanda, y en atención al interés público de la pretensión discutida, el Tribunal Constitucional impulsará el proceso de oficio con prescindencia de la actividad o

el interés de la partes. El proceso solo termina por sentencia", señala el artículo 106 del Código Procesal Constitucional. Lo que pone en evidencia que la naturaleza de las partes y el carácter de su actuación procesal están subordinados al interés público del proceso constitucional, conforme a la interpretación razonable que realice el Tribunal Constitucional, en el marco de su autonomía procesal.

Así, luego de reconocer el carácter de *numerus clausus* con el que se ha regulado la legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional estableció que sólo pueden actuar en la calidad de litisconsortes facultativos los órganos y sujetos a los que se refiere el artículo 203 de la Constitución Política del Estado, y dentro de las características y limitaciones propias de un proceso objetivo como éste.

En consecuencia, admitió la solicitud planteada por los integrantes del Congreso, toda vez que dicho número de congresistas se encuentra legitimado para interponer una demanda de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 203 de la Constitución.

- ii) En el marco de otro proceso constitucional (Expediente N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, acumulados), el Tribunal Constitucional evaluó la pertinencia de aplicar supletoriamente al proceso de inconstitucionalidad la regulación del Código Procesal Civil relativa a la intervención de sujetos procesales que no son parte demandada ni demandante.

Es así que, en aplicación del principio de autonomía del Derecho Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional incorporó la figura del partícipe al proceso de inconstitucionalidad contra las normas legales.

El sustento de dicha inclusión radica en el interés del Tribunal Constitucional de enriquecer los puntos de vista a partir de los cuales deberá examinar el proceso de inconstitucionalidad; más aún si la intervención de los partícipes en el proceso no obedece a la defensa de interés o derecho alguno, sino más bien, tiene por objeto aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional.

- iii) Por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, los colegios profesionales, de conformidad con el artículo 203, inciso 7) de la Constitución y los artículos 98 y 99 del Código Procesal Constitucional, gozan de legitimación activa



para interponer demandas de inconstitucionalidad, pero en las materias de su especialidad.

Sin embargo, estando expresamente prevista la legitimación activa de los colegios profesionales en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha delimitado el marco sustantivo y procesal de los mismos. Así, desde la perspectiva sustantiva, se reconoce que de los roles constitucionales que le corresponde desempeñar, tal vez el de velar por la vigencia del principio de supremacía constitucional sea uno de los de mayor relevancia, de conformidad con el artículo 38 de la Constitución.

Por su parte, la perspectiva procesal nos indica, de acuerdo con lo señalado por el supremo intérprete de la Constitución (2006) que, por un lado, los colegios profesionales, si bien tienen legitimidad procesal para interponer demandas de inconstitucionalidad, no pueden cuestionar cualquier tipo de leyes, sino aquellas circunscritas a su ámbito de conocimientos; y, de otro, que esta legitimidad no puede servir de instrumento para viabilizar, soterradamente, intereses particulares o de grupos de presión, sino más bien accionar en cautela de intereses generales o que atañen a la sociedad en su conjunto.

#### **b. Jurisdicción.**

Es la potestad que emana de la soberanía del Estado para aplicar el Derecho en la solución de las controversias jurídicas, a través de los órganos jurisdiccionales competentes (Montero Aroca, 1979, pág. 53). Al respecto, la Constitución y la ley han establecido las reglas básicas y generales para la organización y actuación jurisdiccional; sin embargo, ante los vacíos y deficiencias de su ley orgánica y del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional ha delimitado aspectos relativos a: i) su competencia temporal, ii) la norma hasta cuando es objeto de control, iii) quiénes pueden intervenir en los procesos además de las partes.

- i) El Tribunal Constitucional (2005) para realizar el control constitucional de las leyes que entraron en vigencia con anterioridad a su creación e implementación en nuestro ordenamiento jurídico, señaló que el plazo de seis años previsto en el Código Procesal Constitucional para interponer la acción de inconstitucionalidad no podía comenzar a contarse desde la vigencia de la norma impugnada, sino a

partir del día en que el Tribunal Constitucional quedó constituido por sus siete magistrados; vale decir, a partir del 24 de junio de 1996.

- ii) Sobre la jurisdicción en el ámbito de la aplicación del control de las leyes se puede señalar el caso de la sentencia de inconstitucionalidad de la derogada Ley Wolfenson recaída en el expediente N° 0019-2005-PI/TC, en la medida que el Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 2005) interpretó en base a su autonomía procesal que era factible la declaración de invalidez de los efectos jurídicos de una norma legal derogada; por cuanto, la inconstitucionalidad no solo era posible declararla sobre el texto de la ley — entendido como disposición o norma-, sino también contra los perniciosos efectos jurídicos en la lucha anticorrupción que aún continuaban rigiendo en el tiempo, a pesar de su origen constitucional espurio.

Esta sentencia del Tribunal Constitucional peruano fue un caso de laboratorio del ejercicio razonable de su autonomía procesal, ya tempranamente, sostenida por Hans Kelsen con respecto al control de constitucionalidad de leyes derogadas.

- iii) La institución de las partes en los procesos constitucionales constituye un concepto abierto en función de la naturaleza especial del control constitucional; así, la figura procesal del *amicus curiae* ha sido recogida en el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, realizando una configuración propia: porque coadyuva a la mejor interpretación de la norma impugnada que deba realizar el Tribunal Constitucional. Ello en el entendido de que es el propio Tribunal es el que define quiénes son sus *amici* y el momento procesal en el que pueden actuar en el marco de un proceso constitucional.

Del mismo modo, ha definido las facultades y límites de los mismos cuando los *amici curiae* no son solicitados por el Tribunal Constitucional, sino enviados motu proprio por entidades privadas o públicas.

### c. Proceso.

El proceso es el medio o instrumento mediante el cual se pone en actividad la jurisdicción del Estado (Montero Aroca, 1979, pág. 176), el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de reforzar su estatus jurisdiccional dando plena vigencia a: i) principios, ii) especificidades de los procesos, iii) tipos de sentencias.

El establecimiento de los tipos de sentencias de inconstitucionalidad de las normas legales, quizás es la expresión más acabada de la delimitación del status jurisprudencial del Tribunal en base a su autonomía procesal. Fue desarrollado de manera sistemática por vez primera por el Tribunal Constitucional peruano cuando resolvió un proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra la legislación antiterrorista (Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, 2003). En dicho proceso, se puso en evidencia que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede terminar siendo más gravosa, desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su permanencia dentro del ordenamiento jurídico. Ello se debe a que el vacío normativo suscitado tras la declaración de inconstitucionalidad de una ley (u otra norma con rango de ley) puede ser perjudicial para la sociedad.

### 1.2.3 Órgano político.

#### a. Control judicial de la Política.

La política actúa en una esfera dinámica y a veces irracional en la medida que ofrece respuestas bajo un principio de oportunidad a las siempre cambiantes condiciones reales de vida; mientras que el Derecho actúa en una esfera estática y racional que pretende controlar a la fuerza vital de la Política. Esta tensión entre la normalidad y la normatividad constitucional caracteriza no solo a la Constitución, sino también al Tribunal Constitucional.

Por ello, el legítimo ejercicio del control constitucional sobre los poderes públicos ha sido motivo de recriminaciones y rechazos por la política, debido a que no toleran que sus medidas políticas, inspiradas en el bien común, puedan ser anuladas o revisadas en sede de la justicia constitucional. Al extremo que en el Congreso de la República del Perú, el año 2005 se planteó un anteproyecto de ley para eliminar de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la facultad del Tribunal Constitucional de ser el supremo intérprete de la Constitución y, en consecuencia, no pudiese dictar sentencias interpretativas de principio. Dicho anteproyecto no logró un dictamen favorable y en consecuencia fue archivado, pero abrió un debate público de insondables consecuencias (Landa Arroyo, 2011, pág. 46).

Al respecto, a decir de Heinrich Triepel, citado por Landa Arroyo (2011, pág. 47), cabe señalar que la tensión entre la Política y el Derecho y entre la ley del Congreso y la resolución del Tribunal Constitucional, es un conflicto universal y permanente, donde detrás de una cuestión jurídica importante hay una cuestión política a dirimir.

En ese sentido, cabe mencionar que la constitucionalización absoluta de todos los actos políticos del gobierno ha llevado a la aparición, en el debate de la jurisprudencia y la doctrina comparada, del concepto de *political questions*. Este concepto alude a aquellas materias que, en principio, no son solucionables vía el proceso judicial por falta de una norma que aplicar. En consecuencia, para lograr su resolución los jueces deben asumir llenar ese vacío o deficiencia de la norma y considerar dos factores: la eficacia de su decisión judicial y la existencia de un consenso social.

Por eso, el Tribunal Constitucional cuando opera como un legislador negativo o, residualmente, como un legislador positivo frente a las leyes, incluidas las de naturaleza política —como fue el caso de la Ley de la reforma constitucional, la Ley penal antiterrorista o el saneamiento de los casinos y tragamonedas— tiene que resolver no solo una cuestión política sobre la base de una legitimidad constitucional, sino también de una argumentación jurídica adecuada, necesaria y proporcional. En otras palabras, debe contar no solo con la legitimidad de su origen democrático indirecto y con el respaldo ciudadano por los resultados de sus sentencias, sino también y, sobre todo, con razonabilidad de juicio.

En efecto, es precisamente la posibilidad extraordinaria no solo de declarar el derecho en casos de controversia políticas a través de los procesos constitucionales, sino también de crear el Derecho ante el vacío o deficiencia de la norma, lo que caracteriza al Tribunal Constitucional como un órgano político. Ciertamente que la naturaleza y el alcance de su status político están sometidos a la Constitución y a los propios límites que los jueces constitucionales se establezcan.

b. Creación judicial del Derecho.

A partir del complejo proceso de constitucionalización del Derecho, si bien el Congreso es el órgano por excelencia de creación del Derecho a través de la ley; el Tribunal Constitucional también participa, aunque subsidiariamente, en la creación

del mismo a través de la interpretación de la Constitución, ejerciendo amplios poderes para controlar no solo la forma sino también el contenido de las normas y actos demandados de inconstitucionales. Al respecto, Cappelletti (1985) ha señalado que "la interpretación que reconoce a los jueces una función creadora de la elaboración de las leyes y en la evolución de los valores parece a la vez inevitable y legítima, siendo el verdadero problema concreto un problema del grado de la fuerza creadora o de las autolimitaciones".

A partir de esta realidad universal, se abre un panorama en el que Bulygin citado por Rubio Llorente (1988) ha distinguido hasta tres teorías claramente diferenciadas en torno a la cuestión de si los jueces pueden o no crear Derecho:

- En primer lugar, la teoría tradicional, que sostiene que el Derecho es creado por el legislador y que los jueces se limitan a aplicar el Derecho a los casos particulares.
- En segundo lugar, la teoría que sostiene que los jueces crean Derecho cada vez que crean normas individuales, es decir, en cada caso concreto.
- Y, finalmente, la teoría según la cual los jueces no crean Derecho en situaciones normales, pero que sí lo hacen cuando crean normas generales en situaciones muy especiales.

## CAPÍTULO II: LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES.

### 2.1 Introducción a la sentencia constitucional.

Estas aluden a aquellos actos procesales emanados de un órgano adscrito a la jurisdicción especializada, mediante los cuales se pone fin a una *litis* cuya tipología se deriva de alguno de los procesos previstos en el Código Procesal Constitucional. (García Toma, 2009, pág. 43)

Para el cumplimiento del cometido expuesto, el Tribunal Constitucional en el caso Municipalidad Distrital de Lurín [Expediente N° 0024-2003-AI/TC] consideró necesario estipular que la estructura interna de sus decisiones se compone de los elementos siguientes: la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente (*ratio decidendi*) la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la invocación preceptiva y la decisión o fallo constitucional (*decisum*).

Al respecto, veamos lo siguiente:

#### a. La razón declarativa-axiológica

Es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y teleológicas insertas en la Constitución.

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

#### b. La razón suficiente

Expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el tribunal.

En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que se ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa. Vale decir, es la regla o principio que el colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la *litis*.

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

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

### **c. La razón subsidiaria o accidental**

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

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

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

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

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

**d. La invocación preceptiva.**

Es aquella parte en donde se consignan las normas del bloque de constitucionalidades utilizadas e interpretadas, para la estimación o desestimación de la petición planteada en un proceso constitucional.

**e. La decisión o fallo constitucional**

Es la parte final de la sentencia constitucional que, de conformidad con los juicios establecidos a través de la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria o accidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso.

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

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

Sin embargo, para un sector de la doctrina nacional, una sentencia constitucional contiene básicamente tres partes: *ratio decidendi*, *obiter dictum* y *decisum*, entendiendo por éstas lo siguiente:

Para Luis Javier Moreno Ortiz (2002), se conoce como *ratio decidendi* a las razones de la decisión, es decir, aquellos argumentos que son indispensables e insustituibles en el armazón del edificio discursivo que soporta la decisión y la justifica. Según la doctrina del Derecho jurisprudencial, refiere Rivera Santiváñez (2007, pág. 157), es en esta parte de la sentencia en la que se consigna la doctrina constitucional creada a partir de la interpretación de la Constitución o de las leyes desde y conforme a la Constitución, también en esta parte se consignan las sub reglas establecidas por el Tribunal Constitucional, por lo tanto, es la *ratio decidendi* es la que se constituye en el precedente obligatorio que debe ser aplicado por los jueces y tribunales ordinarios en otras situaciones o casos análogos.



Rivera Santiváñez (2007, pág. 157) señala que se conoce con el nombre de *obiter dictum* a los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional, en la parte de los fundamentos jurídicos de su sentencia, con la finalidad de ilustrar de mayor forma sus fundamentos, por lo tanto son argumentos complementarios al fundamento central o la razón de ser de la sentencia. En esta parte se consignan generalmente conceptos o definiciones sobre las instituciones jurídico constitucionales relacionadas con la problemática que se resuelve, también se consignan argumentos complementarios a los fundamentos centrales, es decir, se expresan conceptos y consideraciones.

Al analizar una determinada sentencia constitucional se podrá establecer que existe *obiter dictum*, cuando los argumentos contenidos en la sentencia, aunque sean explícitos, no hacen parte del tema central o esencial del estudio suscitado por los artículos objeto de análisis en la sentencia de constitucionalidad, o cuando dichos argumentos no eran estrictamente necesarios para fallar el caso; lo que significa que prescindiendo de ellos igual se pudo haber arribado a la misma conclusión y adoptado la misma decisión.

Refiriéndose al tema, Moreno Ortiz (2002), en su obra citada, sostiene que son *obiter dictum* aquellas razones, reflexiones o pensamiento que el Juez incorpora a sus decisiones (con propósitos estéticos, de erudición, de pedagogía, etc.), que no son indispensables en la argumentación que sostiene la decisión.

El *decisum*, en términos de Rivera Santiváñez (2007, pág. 158), viene a ser la decisión propiamente dicha adoptada por el Tribunal Constitucional, esto es, lo que en nuestro país podría decirse que es el resultado final de la sentencia y que se traduce en la afectación de la situación jurídica de los justiciables sometidos a su competencia. Dicha afectación tiene lugar, en el caso de los procesos constitucionales de la libertad, sea porque se otorgó la protección solicitada, o porque ésta fue negada o, en el caso de los procesos constitucionales destinados específicamente al control normativo de la Constitución, sencillamente en virtud de que el Alto Tribunal declaró o no la inconstitucionalidad de la norma sometida a su control

## 2.2 La tipología de las sentencias constitucionales.

El Tribunal Constitucional en el caso Poder Judicial contra el Poder ejecutivo [Expediente N° 004.2004.CC/TC] ha establecido una doble clasificación: la primera distingue entre sentencias

de especies o de principio y la segunda diferencia entre sentencias estimativas o desestimativas.

### **2.2.1 Primera clasificación.**

#### **a. Las sentencias de especie.**

Son aquellas que constituyen la aplicación simple de la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En esta hipótesis la labor del juez constitucional es meramente "declarativa" porque se limita a expresar la norma contenida en la Constitución o demás preceptos directamente conectados con ella.

#### **b. Las sentencias de principio**

Son aquellas que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y hasta forjan verdaderos precedentes vinculantes. Es dable advertir que el Tribunal Constitucional ha establecido dentro de las denominadas sentencias de principios algunas a las que ha calificado específicamente como institucionales e instructivas.

#### **c. Las sentencias institucionales**

Son aquellas que adicionalmente a su contenido interpretativo y/o integrador se caracterizan por expresar decisiones trascendentales y relevantes para el Estado y la sociedad, y en donde lo que se determina excede con largueza al mero interés de las partes, y, que, por ende, se proyectan no solo hacia el presente inmediato, sino que se extienden hacia el futuro comprometido de todos los integrantes de la colectividad. Estas tienen como consecuencia la predeterminación y sujeción de los planes y programas gubernamentales a los contenidos de dichos fallos.

#### **d. Las sentencias instructivas**

Son aquellas que se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los temas más importantes en discusión. Tienen por finalidad orientar la labor de los jueces con criterios que puedan utilizar en la interpretación constitucional que realicen en los procesos a

su cargo y, además, contribuyen a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos.

## **2.2.2 Segunda clasificación.**

### **2.2.2.1 Las sentencias estimativas**

Son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica es la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional.

Estas pueden ser de simple anulación, interpretativas propiamente dichas o manipulativas- interpretativas (normativas).

#### **i. Las sentencias de simple anulación.**

Son aquellas en las que el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la totalidad del contenido de un texto. La estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley (un artículo, un párrafo, etc.) y, por tanto, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. La estimación es total cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley; en consecuencia, dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico.

#### **ii. Las sentencias interpretativas propiamente dichas**

Son aquellas en las que el órgano de control jurisdiccional —según sean las circunstancias que rodean al proceso constitucional— declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo que acarreó una aplicación indebida. Esto sucede cuando se asigna al texto que es objeto de examen una significación y contenido distintos a los que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea

interpretación se han creado normas nuevas, distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley que es objeto de examen. Por consiguiente, prohíbe que en el futuro los operadores jurídicos interpreten y apliquen aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.

Las sentencias interpretativas propiamente dichas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Declárese que la ley es constitucional "si se interpreta en el sentido siguiente: [...]".
- Declárese que la ley es constitucional "siempre que se le interprete en el siguiente sentido [...]".
- Declárese que la ley no es inconstitucional "en cuanto se interprete en el sentido [...]".

En el caso de este tipo de sentencias la magistratura constitucional parte del supuesto que una norma legal puede tener más de una forma de interpretación deducible de su enunciado lingüístico. En ese contexto, la declaración de inconstitucionalidad consiste en proscribir la utilización de algún o algunos de los sentidos de la ley cuestionada, en razón de ser no conforme(s) con los principios, valores o normas constitucionales.

### **iii. Las sentencias interpretativas-normativas (manipulativas)**

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley cuestionada. En ese contexto, procede a la transformación del significado de la parte "infecta", a efectos de evitar su eliminación del ordenamiento jurídico.

En ese sentido, E Javier Díaz Revorio citado por García Toma (2009, pág. 48) señala que mediante la utilización de este tipo de sentencias, las leyes impugnadas de inconstitucionalidad "salen" del proceso constitucional con un alcance y un contenido normativo diferente al que tenían originalmente.

En ese sentido, la modificación del contenido normativo no obsta para que se deje inalterable la vigencia y validez del texto cuestionado.

Esta modalidad se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que pueden presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la "expulsión" de una norma del ordenamiento jurídico.

A continuación procedemos a describir las modalidades que presentan las sentencias interpretativas manipulativas:

a. Las sentencias reductoras.

Son aquellas que señalan que una parte del texto cuestionado es contraria a la Constitución la que ha generado un vicio de inconstitucionalidad en razón a una redacción excesiva y desmesurada.

En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la "extensión" del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial.

Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada, en relación a algunos de los supuestos en él contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas.

Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primicial-mente previstos.

En consecuencia la sentencia reductora restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.

Las sentencias reductoras suelen utilizar algunas de las siguientes fórmulas:

- Declárese la inconstitucionalidad de la ley "en cuanto incluye".

- Declárese la inconstitucionalidad de la ley "en la parte que prevé".  
Declárese la inconstitucionalidad de la ley "en la parte que no excluye".

b. Las sentencias aditivas.

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa. En ese contexto procede a "añadirle" algo al texto incompleto, a efecto de transformarlo en plenamente constitucional.

En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción crónica presenta un contenido normativo "menor" del exigible constitucionalmente. En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es in-constitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que el órgano de control considere necesario "ampliar" o "extender" su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o a ensanchar sus consecuencias jurídicas.

La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, que a través del acto de adición se evite que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.

Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo que al extenderse los alcances de la norma primigeniamente no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia consigue es homologar un mismo trato con aquellos que ya estaban comprendidos en la ley cuestionada.

El contenido de lo "adicionado" surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica. Cabe insistir que en la emisión de una sentencia aditiva, la disposición legal tiene un alcance normativo mayor al que primigeniamente tenía.

Su utilización se hace necesaria cuando se advierte que el legislador negligentemente omitió algo que debía encontrarse en la disposición

legal para que pudiera considerársele compatible con la Constitución. La sentencia aditiva evita declarar la inconstitucionalidad de una ley, cuya expulsión despojaría del beneficio que otorga a los consignados en ella; empero, incorpora a quienes debían también constitucionalmente encontrarse en dicha condición.

El fundamento de tales sentencias se encuentra ya sea en los principios de igualdad o de razonabilidad; y en modo alguno puede derivar de una valoración discrecional.

Las sentencias aditivas suelen utilizar alguna de las fórmulas siguientes:

- Declárese la inconstitucionalidad de la ley "en cuanto no prevé".
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley "en la parte que no prevé".

c. Las sentencias sustitutivas.

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley; y simultáneamente incorpora en cambio, un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley.

Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico. La actividad paralegislativa se canaliza en el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador hacia la parte de la ley cuestionada —y en concreto afectada de inconstitucional—, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial.

Cabe insistir que en la sentencia sustitutiva se declara que una ley no es inconstitucional en su totalidad, sino en una de las formulaciones que contiene. Es decir, estima que la disposición legal es inconstitucional en cuanto prevé una determinada consecuencia

jurídica, cuando en puridad el legislador debió regular otra para que sea constitucionalmente conforme.

Así, dicha sentencia presenta dos aspectos. Por un lado, un contenido anulatorio, mediante el cual se declara inválida una parte de la disposición legal; y de otro, un contenido reconstructivo, mediante el cual la disposición aparece con un contenido compatible con la Constitución.

Las sentencias sustitutivas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Declárese la inconstitucionalidad de la ley "en la parte que" y "dispone [...] en su lugar de que".
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley "en cuanto dispone que" y "establece en sustitución que".

d. Las sentencias exhortativas.

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley, más sin embargo no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que incita al Parlamento para que dentro de un plazo razonable se sirva expedir una ley sustitutoria con un contenido más acorde al texto fundamental.

En este tipo de sentencias se invoca el concepto de "vacatio setentiate", mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Es decir, se modula los efectos de la decisión jurisdiccional en el tiempo. Dicha expresión deviene en el equivalente jurisprudencial de la "vacatio legis" o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada.

Ahora bien, durante el período que transcurre entre la publicación de la sentencia exhortativa y la aprobación de la ley sustitutoria se produce el denominado "bloqueo de aplicación".

Tal "bloqueo de aplicación" se justifica por la necesidad de evitar anómalas consecuencias de naturaleza política, económica, social o



jurídica que podrían surgir a consecuencia del vacío legal que se produciría por una inmediata declaración de inconstitucionalidad.

Las sentencias exhortativas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Declárese la incompatibilidad de la ley [...] y exhortase al Parlamento para que [...].
- Declárese la incompatibilidad de la ley [...]; y por consiguiente inaplicable en tanto el Parlamento dicte [...].

e. Las sentencias estipulativas.

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece en la parte considerativa de una sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. En ese contexto, se describirá y definirá en qué consisten determinados conceptos.

Las sentencias estipulativas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Debe concluirse que la expresión [...] quiere decir [...].
- Declárese estipulativamente que la expresión [...] se define como [...].

Esta modalidad ha sido creada por nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 010-2002-AI/TC sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesto por Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos contra los Decretos Leyes N° 25659, 25708 y 25880 y demás normas complementarias y conexas (legislación antiterrorista). Asimismo, en el Expediente N° 014-2002-AT/TC sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 27600 (Ley del Proceso de Reforma Constitucional).

2.2.2.2 Las sentencias desestimativas.

Son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad. En este último caso, la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional

(petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley); además, el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo. Ahora bien, la praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos sustantivos de una sentencia desestimativa, a saber:

La desestimación por rechazo simple son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley.

La desestimación por sentido interpretativo (interpretación *strictu sensu*) son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada. Es decir, son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida que se la interpreta en el sentido que este considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental.

En ese entendido, se desestima la acción presentada contra una ley, o norma con rango de ley, previo rechazo de algún o algunos sentidos interpretativos considera dos como infractores del texto supra. Por ende, se establece la obligación de interpretar dicha norma de "acuerdo" con la Constitución; vale decir, de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente válida.

### **2.3 La jurisprudencia constitucional.**

Este concepto alude a aquella pléyade de principios, criterios y doctrinas que se encuentran insertas en las sentencias expedidas por los tribunales constitucionales u órganos de la justicia ordinaria con facultades para defender la vigencia plena de la superlegalidad, jerarquía, alcance, contenido y cabal cumplimiento de la Constitución como norma suprema del ordenamiento nacional y como norma garantizadora de los derechos fundamentales de la persona.

De manera estricta hace referencia al conjunto de sentencias que de manera reiterada y uniforme imponen un determinado criterio de interpretación o aplicación de una norma en un caso concreto que ostenta relevancia o relieve constitucional.

En ese sentido, Javier Adrián Coripuna (2007, pág. 107) expone que se trata del "conjunto de criterios y orientaciones que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales han sido establecidas en las resoluciones tanto del Tribunal Constitucional, como de las máximas instancias del Poder Judicial, para la aplicación e interpretación de la Constitución, ya sea en el control normativo, en la tutela de derechos o en los conflictos de competencias y de atribuciones".

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional en el caso José Claver Nina-Quispe Hernández (2006) señaló que la jurisprudencia es fuente de derecho para la solución de los casos concretos dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente.

La jurisprudencia constitucional contribuye a clarificar y delimitar los principios que configuran la unidad política, por lo cual forja la normativización de los valores en que se sustenta la estructura, organización y funcionamiento del Estado, amén de promover la fijación de topes y directivas para la acción estatal; y coadyuva en la determinación precisa y específica de las competencias de los órganos constitucionales y del sistema de relación existente entre ellos. Finalmente expone los alcances y contenidos de los derechos y deberes constitucionales.

La creación jurisdiccional del Derecho Constitucional —vía la expedición de sentencias que conforman la jurisprudencia constitucional— perfecciona, matiza e incluso hace flexible el orden jurídico en su conjunto. Es el instrumento por el cual los órganos jurisdiccionales encargados de la defensa de la constitucionalidad dejan testimonio de su labor de "guardianía"

La jurisprudencia como fuente del Derecho Constitucional cumple las funciones siguientes:

- a) Garantiza la supremacía normativa de la Constitución
- b) Coadyuva a la formación y aplicación correcta y concreta de los valores, principios, prácticas y normas constitucionales.
- c) Interpreta y declara el sentido de la constitucionalidad, de conformidad con los retos del tiempo.

En atención a lo establecido en la parte in fine del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces están obligados a interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos de conformidad con la jurisprudencia vinculante que emita el Tribunal Constitucional.

#### 2.4 La cosa juzgada constitucional.

En este punto de la disertación teórica, resulta de especial importancia ceñir algunas reseñas acerca de los baremos conceptuales que implica la determinación de la vinculatoriedad de las sentencias constitucionales, en estricto, del precedente vinculante. Este apartado responde a la duda generada en el ámbito doctrinario peruano acerca del real contenido de hegemonía que ha depositado el Tribunal Constitucional peruano en su reiterada jurisprudencia acerca del cliché elaborado en el proceso competencial recaído en la sentencia N° 006-2006-PC/TC, iniciado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el Poder Judicial, donde se pone de manifiesto la concreción de la “cosa juzgada constitucional”

En el aludido proceso, según señala la demandante, a través de algunas decisiones judiciales se le ha afectado su competencia, razón por la cual establece como pretensiones lo siguiente:

- a) Que se determine si el Poder Judicial puede declarar inaplicables normas que regulan las actividades de los casinos de juego y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional; y
- b) Que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales que afectan distintas normas legales y, de manera genérica, la nulidad de todos aquellos supuestos que, sin haber sido contemplados en esta relación, originan conflictos de competencia entre el Poder Judicial y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

En atención a este punto, Juan Monroy Gálvez (2016, pág. 166) ha analizado el aludido caso respecto del cual expone lo siguiente: “La autoridad de la cosa juzgada es una institución de política judicial que otorga a aquella decisión que la ostenta un reconocimiento que alcanza a todos, es decir, debe ser respetada en todo el ámbito del ordenamiento jurídico en el cual ha sido dada. La inmutabilidad que la autoridad descrita produce, entonces, es importante precisamente porque escapa al ámbito procesal, a la sola relación entre las partes.

De lo anterior se desprende que el autor prevé que, la autoridad de la cosa juzgada tiene un atributo de proyección jurídica erga omnes, sin embargo, distingue dicho atributo de la eficacia jurídica, en atención a la intervención procesal que conforman el proceso ordinario, es así que, si bien una decisión *inter partes* dentro de un proceso que adquiere la condición de cosa juzgada es oponible ante terceros como tal, el límite de reversión de sus efectos sustantivos tiene un frente procesal diferente en cuanto al disfrute del derecho, pudiendo resultar que un tercero no interviniente de la relación procesal pueda incoar una pretensión contra quién se haya irrogado un derecho que considera propio.

Conforme expone el autor (Monroy Gálvez, 2016, pág. 167), “el tema de a quién o a quiénes alcanza los efectos de una decisión judicial firme corresponde ser analizado a partir de una institución que se conoce como “los límites subjetivos de lo juzgado”, tema que, a su vez, tiene que ver con la eficacia de la sentencia, en ningún caso con la cosa juzgada y mucho menos con el precedente judicial”.

Siguiendo esa línea, Monroy Gálvez (2016, págs. 167-168) estima que, “todo lo expresado por el Tribunal Constitucional sobre la autoridad de la cosa juzgada puede ser sintetizado afirmándose que, en su concepto, hay dos expresiones de ella, una, circunstancial y pasible de ser enervada en cualquier momento (*sine die*), ésta es la cosa juzgada judicial, y otra, que podría ser calificada como la auténtica, en el sentido de que es la única que otorga inmutabilidad y prestigio social a la decisión, esa es la cosa juzgada constitucional.”

En el Fundamento 70 de la sentencia en comentario, el Tribunal Constitucional afirma que lo que la Constitución regula en su artículo 139, inciso 2° es la cosa juzgada constitucional, la cual, además de haber cumplido con todos los requisitos conocidos, debe estar conforme a las interpretaciones que sean realizadas por dicho órgano, agregando en este punto a los precedentes vinculantes. Esta cuestión determinaría el incremento de una condición o requisito formal para determinar el real consenso acerca de lo que determinaría, en términos constitucionales, de la denominada cosa juzgada constitucional.

En esta opinión, la cuestión sugerida por el autor nos convoca a una trivialidad que de forma excelsa se hace protagónica en esta divergencia: ¿la constitucionalidad de las decisiones judiciales que adquieren la calidad de cosa juzgada debe presumirse o, por el contrario, debe dudarse de su constitucionalidad? Pues bien, si retomamos algunos argumentos del propio autor con relación al cuestionamiento a la omnipotencia de la decisión constitucional para generar efectos vinculantes que impliquen cuestionar la cosa juzgada judicial a tenor de la humanidad de los jueces constitucionales, entiéndase que puedan errar en su motivación y debiera ser plausible libremente apartarse de su restrictivo contexto de vinculación por parte de los jueces ordinarios, de igual forma podría tornarse en cuestión la prolijidad con la cual los jueces ordinarios responden al control de legalidad y constitucionalidad que les es exigible en cada decisión motivada, finalmente se apela a un estado distinto al de la única respuesta correcta, lo cual conlleva a que pueden coexistir distintas fórmulas resolutivas, dónde unas serán menos “desastrosas” que otras.

Así en palabras de Néstor Pedro Sagüés (2015, pág. 17) “Un Tribunal, Sala o Corte Constitucional, o una Corte Suprema con oficios relativamente similares, no está libre de la posibilidad de dictar sentencias erróneas, incluso escandalosas. Nadie posee el don de la

infallibilidad judicial, por un lado. Por otro, puede haber desaciertos notables, configurativos, de vez en cuando, de mala praxis forense, alternados, hipotéticamente, con cegueras axiológicas, complicidades políticas, ideologismos talibánicos de todo color y postura y hasta, quizá, tráfico de influencias, trueque de favores con particulares u otros órganos del Estado, o soborno liso y llano. En resumen, es posible que haya fallos de alto copete tribunalicio inadmisibles y por qué no, repudiables, sean culposos o dolosos.”

Es en este punto, donde comentando la condición diferenciadora del precedente, el autor aborda dos cuestiones trágicas para la comprensión del uso del término “cosa juzgada judicial” y “cosa juzgada constitucional”.

El primero de dichos aspectos diferenciadores se traduce en el denominado “test de la interpretación correcta” (Monroy Gálvez, 2016, pág. 170), posición bajo la cual se colige que no existe interpretación más allá que la realizada por el Tribunal Constitucional, en la medida que es el supremo intérprete de la Constitución, siendo cuestionado en este extremo la condición inamovible de una pronunciamiento de este corte, en la medida que pudiera existir un pronunciamiento viciado de una adecuada motivación.

El así llamado precedente vinculante se ha convertido en el instrumento por el cual el Tribunal Constitucional no sólo consolida sus ideas jurídicas como las guías maestras de lo que debe ser el derecho nacional, sino también, en tanto fuese necesario, es el instrumento que permite declarar la ineficacia de todos aquellos escauceos jurídicos hechos por jueces inferiores —o sea, por cualquier juez, incluida la Corte Suprema— que pretendieran desobedecer las líneas de conducta trazadas —supongo a fuego emanado de fragua sagrada— por el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional ha expuesto “36. (...) respecto a la sentencia 009-2001-AI/TC, es de provecho resaltar que si la Constitución reconoce al Tribunal Constitucional como el órgano de control de la Constitución y de la constitucionalidad de las leyes (artículo 201) y le ha reservado la posición de ser, en algunos procesos constitucionales, instancia final de fallo y, en otros, instancia única (artículo 202), entonces sus sentencias no pueden ser desconocidas por los demás poderes u órganos constitucionales del Estado e, incluso, por los particulares.”

Resulta de esta premisa, el principal basamento por el cual la Constitución encarga al Tribunal Constitucional su control concentrado, ciñéndola como instancia única en los procesos constitucionales, aduciendo que sus sentencias no puedan ser desconocidas por los demás poderes u órganos constitucionales el Estado e, incluso, por los particulares, lo cual no hace

sino ratificar el contenido aparentemente inherente de constitucionalidad del cual debieran estar provistas todas las decisiones jurisdiccionales dentro del Estado.

Esta situación ha producido que, por medio del control constitucional, los tribunales constitucionales sean los que establezcan también la última interpretación de una ley, considerando que existe un derecho fundamental a una correcta interpretación legal, o a la circunstancia de que establezcan interpretaciones conformes. (Soberanes Díez, 2015, pág. 111)

Como sea, existe un tribunal de última instancia en cada nación que determina el sentido último que debe de dársele a la ley o a la Constitución. Desde la perspectiva procesal no existe un órgano que pueda válidamente contradecir sus interpretaciones: tienen la última palabra. Al ser la última instancia interpretativa, se ha considerado que la jurisprudencia constituye también la interpretación definitiva de la Constitución o las leyes.

Un caso paradigmático sobre esta cuestión fue *Cooper v. Aaron* (1958), que la Suprema Corte de los Estados Unidos, resolvió en el marco de una desobediencia generalizada a la sentencia del caso *Brown v. Board of Education*, relativa a la segregación racial. En la sentencia *Cooper*, la Corte afirmó que sus interpretaciones sobre la Constitución son obligatorios. Esta doctrina fue refrendada más recientemente por la Corte Rehnquist, que llegó a afirmar que "la Corte debe ser la intérprete final del texto constitucional". (*United States v. Morrison*, 2000).

Con estas situaciones la realidad nos demuestra todos los días lo falaz de la antigua idea francesa de que el derecho es claro y no requiere interpretación (Montesquieu, 1992). Por el contrario, existen desacuerdos interpretativos, que son consecuencia lógica de un ordenamiento elaborado por seres humanos. Esto genera la pregunta de qué hacer para eliminar las discrepancias. La solución que se ha adoptado es otorgarle a los tribunales responsabilidad de decir la última palabra sobre el sentido de una norma, recurriendo a una fórmula tan vieja como la misma palabra jurisdicción. (Soberanes Díez, 2015, pág. 110)

En ese orden de ideas, no resulta propio concluir como refiere Juan Monroy Gálvez que la ausencia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional debiera implicar al mismo tiempo que las decisiones judiciales que adquieren la condición de cosa juzgada, no sean a su vez cosa juzgada constitucional; por el contrario, se presume la constitucionalidad de sus decisiones y la armonía con el sistema de fuentes constitucionales, salvo en los casos donde se cuestione la misma en un proceso constitucional vía recurso de agravio, o cuando, expresamente, la misma sentencia judicial hace uso de mecanismos de apartamiento del criterio constitucional expuesto por el Tribunal en algún precedente vinculante.

Es preciso entender además que, el fenómeno de la autorrevisión (Pedro Sagües, 2015, págs. 11-12) de las sentencias definitivas dictadas por un Tribunal, Sala o Corte Constitucional está relacionado, ineludiblemente a dos cuestiones de relevante connotación:

- a) Excepcionalmente, es posible que una Constitución admita que una Corte, Sala o Tribunal Constitucional (o Corte Suprema de Justicia, en los países donde ésta desempeña roles parecidos a los de un Tribunal Constitucional), pueda disipar puntos oscuros y completar un pronunciamiento suyo definitivo. Teóricamente, bajo ciertas condiciones, podría también la ley suprema prever modificaciones a esos fallos.
- b) También es factible que un tribunal internacional, o supranacional, al estilo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, invalide sentencias pronunciadas por una Corte, Tribunal o Sala Constitucional lo cual implica el rol represivo del control de convencionalidad externo, operado por el órgano jurisdiccional internacional.



## CAPÍTULO III: EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE Y EL *OVERRULING*.

### 3.1 ANTECEDENTES.

#### 3.1.1 El sistema de justicia constitucional del *Common Law* en torno al precedente vinculante: El *judicial review*.

En los Estados Unidos, el término *Judicial Review* se refiere a la práctica jurídica de darle a las cortes el poder de determinar si una norma se encuentra conforme con los requisitos de la Constitución, es decir, si la norma cae dentro de los poderes que el pueblo le ha otorgado a su gobierno o si viola algún derecho conocido por la Constitución. De ello resulta el poder para determinar si las acciones realizadas por los funcionarios ejecutivos están autorizadas por alguna norma también compatible con la Constitución (Tushnet, 2013, pág. 71).

En el *Common Law*, se discutió intensamente sobre el significado de la decisión judicial, propiamente, sobre el significado de la función jurisdiccional. Se deseaba esclarecer si la decisión judicial creaba el derecho o solamente lo declaraba y, bien fue por eso que se intuyó que se estaba discutiendo una teoría de la jurisdicción. (Marinoni, 2013, pág. 20) Inicialmente, se sustentó en Inglaterra la tesis de que el juez solo declaraba el derecho, siendo uno de sus principales defensores. En su entender, existiría la *lex non scripta* -el derecho no escrito en el *Common Law* - y la ley escrita-el derecho escrito o un *statute Law*.

En los Estados Unidos, la *judicial review* se ha vuelto el mecanismo principal para evaluar la constitucionalidad de la legislación (Tushnet, 2013, pág. 72). Se puede imaginar otros mecanismos, y estos son usados en otros lugares: la legislación podría ser analizada por servidores civiles antes de entrar en vigor; o los jueces podrían ofrecer opiniones en calidad de consejeros, acerca de su constitucionalidad, frente a las cuales el legislativo podría responder como eligiese.

Aunque cada uno de estos mecanismos ha surgido en la práctica constitucional norteamericana, la *judicial review* claramente es el mecanismo predominante. La *judicial review* se ha vuelto tan importan debido a que en apariencia, desarrolla un trabajo

adecuado al reconciliar algunas tensiones dentro de la idea moderna de constitucionalismo. (Tushnet, 2013, pág. 72)

El constitucionalismo moderno requiere de algunos mecanismos que aseguren que el pueblo y sus representantes no excedan los poderes otorgados o los derechos protegidos por la Constitución. Generalmente, tales mecanismo podrían ser internos o externos al proceso, siendo la *judicial review* uno de éstos últimos, tan importante en tanto que los americanos gradualmente han perdido la confianza en la efectividad de los mecanismos internos (como la competencia electoral) para auto-controlarse y controlar a sus representantes, generando ámbitos de tensión entre las cortes y los órganos legislativos, más aún cuando se discuta la constitucionalidad de las leyes.

En su mejor versión, la *judicial review* como diálogo podría promover un autogobierno democrático sensible a los valores constitucionales, sin embargo, la tensión dentro del constitucionalismo americano entre el autogobierno democrático y la ejecución de las limitaciones constitucionales extendidas sobre los actos de gobierno a través de la *judicial review*, no tiene solución. (Tushnet, 2013, pág. 75).

La Constitución de los Estados Unidos no da expresamente el poder del *judicial review* a las Cortes. Para que la mayoría de aquellos que participaron en la formación de la Constitución habían asumido que las cortes debían tener tal poder. (Tushnet, 2013, pág. 76).

El Chief Justice John Marshall dedujo la existencia de tal poder a partir de la cláusula de supremacía y a partir del juramento que los jueces y otros funcionarios toman para proteger la Constitución (Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803)

Incluso antes de Marbury, los jueces habían asumido que tenían el poder para anular normas. Ellos trataban con cuestionamientos a las normas sobre hechos, interpretando la Constitución con la idea de confirmar la norma cuestionada y, por inferencia, con la voluntad de eliminar la norma si encontraran que ésta era incompatible con la Constitución (Hylton v. United States, 3 U.S. [3 Dall] 171, 1796). Los Justices de la Corte Suprema señalaron individualmente su opinión de que el Congreso les había impuesto inconstitucionalmente poderes no judiciales en las recientemente promulgadas leyes

sobre pensiones, y se negaron a ejercer dichos poderes (El caso Haybum, 2 U.S. [2 Dall] 409, 1792). Ninguna de estas acciones fue controversia].

De hecho al conocer las objeciones de los justices a las normas sobre pensiones, el Congreso las corrigió para eliminar la dificultad que identificaron los Justices.

Estas tempranas sentencias establecieron que las cortes tenían el poder del judicial review, pero hicieron poco para definir el alcance y los límites de aquel poder. Marbury mostró que una corte podía anular una norma basándose en su propia interpretación de las disposiciones constitucionales, aun cuando existiesen bases razonables que apoyaran una interpretación alternativa bajo la cual la norma sería constitucional. Aquella propuesta fue atacada más adelante. A medida que la Corte Suprema emitía más y más sentencias controversiales, sus críticos desarrollaron una teoría general de moderación judicial, de acuerdo con la cual las cortes deben defender un estatuto, siempre que hubiese alguna interpretación razonable de la constitución según la cual la norma fuese constitucional. Hasta cierto punto, la controversia fue aliviada por el papel de la Corte, visto generalmente como satisfactorio, al asegurarse que la legislación estatal se adecuase a los requisitos constitucionales. (Tushnet, 2013, pág. 77).

El departamentalismo acepta el poder del judicial review y al mismo tiempo limita su fuerza. Planteaba un cuestionamiento no para la *judicial review*, sino para la supremacía judicial. Por varias generaciones, luego de la Guerra Civil, la cuestión de la supremacía judicial se escondía detrás de muchas controversias constitucionales.

Por más de un siglo, los Estados Unidos brindó al mundo el único modelo de *judicial review*. En el Siglo veinte se desarrollaron nuevas formas de *judicial review*, y el contrastar estas con la variante usada en los Estados Unidos nos ayuda a identificar los papeles que asume tal figura en este último lugar. (Otros aspectos distintivos del sistema de *judicial review* en los Estados Unidos involucran a doctrinas de justiciabilidad, como la capacidad procesal (standing) y la doctrina de la cuestión política).

Toda corte en los Estados Unidos tiene el poder de anular la legislación. Por ejemplo, la Corte Suprema una vez revocó un fallo penal apelado directamente desde una corte municipal de una ciudad, sosteniendo que la corte municipal erróneamente no había

absuelto al acusado sobre bases constitucionales (Thompson v. City of Louisville, 362 U.S. 199 (1960)). Sistemas constitucionales más modernos rechazan este modelo "difuso" de judicial review por uno en el que el poder de anular una norma se concentra en un solo tribunal. La existencia de un judicial review concentrado en otros lugares resalta varios aspectos del modelo norteamericano. Un sistema difuso podría hacer más fácil el que los ciudadanos ordinarios se "apropien" de la Constitución mientras la ven aplicada en todo tribunal, aunque está claro que a partir de las experiencias en Alemania y otros lugares donde los ciudadanos de naciones con sistemas concentrados de judicial review pueden desarrollar un gran apego a sus constituciones. (Tushnet, 2013, pág. 82).

### **3.1.2 El sistema de justicia constitucional del *Civil Law* en torno al precedente vinculante.**

Los precedentes judiciales son, según Da Rosa de Bustamante (2016, pág. 266), como enunciados legislativos, textos dotados de autoridad que carecen de interpretación. Es trabajo del aplicador del derecho extraer la *ratio decidendi* -el elemento vinculante- del caso a ser utilizado como paradigma. Pero la noción de *ratio decidendi* y los criterios para su determinación constituyen algo, aun fuertemente controvertido. Quizás éste sea el punto más polémico de la teoría de los precedentes y de toda la teoría jurídica producida en el *Common Law*.

Como explica Marshall (1997, pág. 505), "no existe una sola forma de decir lo que aconteció en un caso particular, y describirlo es seleccionar sus notas más relevantes para el propósito en cuestión". Al seleccionarse los hechos materiales fijados por el juez o describir las reglas adoptadas en un caso concreto, "es necesario definir con cierto grado de precisión lo que constituye ese elemento (*ratio decidendi*)".

Es natural, por lo tanto, que surjan disputas doctrinarias interminables acerca de lo que debe ser considerado vinculante en un precedente judicial. El concepto de *ratio decidendi* (Da Rosa de Bustamante, 2016, pág. 266) –por lo menos, mientras prevalece la teoría positivista, según el cual, lo que torna al *case Law* relevante es, tan sólo, la autoridad del juez que haya decidido la cuestión jurídica cubierta por el caso, siendo que esa autoridad o es absoluta o "no existe"- parece ser un concepto destinado a la indeterminación.

La teoría positivista de los precedentes (Bin, 1999, pág. 207) -que floreció en Inglaterra en el siglo XIX- toma como cierto que los jueces tienen un poder ilimitado de creación de normas jurídicas. Por eso, hay una tendencia a buscar un concepto lo más estricto

posible de *ratio decidendi*, con el fin de limitar el poder normativo reconocido a la Judicatura: "En la experiencia de los juristas del *Common Law*, el problema de la fuerza del precedente es estrictamente relacionado a aquel de la individualización de la *ratio decidendi* de la sentencia: solamente a esta se reconoce valor vinculante, no a un *obiter dictum*"

Aun en la tradición del *Common Law*, Simpson (The ratio decidendi of a case, 1961, pág. 161) cree que la *ratio decidendi* debe ser buscada en la regla "aplicada por la corte" (*acted upon in court*). Para encontrarla sería necesario buscar los hechos considerados relevantes para la decisión tomada como precedente.

Así, Simpson (1961, pág. 163) afirma que "es difícil entrever la fuerza de cualquier necesidad lógica que guiaría al juez para decidir qué regla precisa fue necesaria". Él correctamente sugiere el uso de la expresión "suficiente" en el lugar de "necesaria", y argumenta que todo lo que el juez necesita para decidir es una regla suficientemente precisa para solucionar el caso concreto. Las reglas jurisprudenciales son descritas como "entidades incompletas", pues ellas están siempre sujetas a nuevas excepciones que serán añadidas por jueces posteriores cuando éstos distinguen el caso, que será decidido de aquel amparado por la regla judicial.

Todos esos métodos para determinar la ratio, aunque diferentes en muchos aspectos, en palabras de Da Rosa de Bustamante (2016, pág. 268) comparten el presupuesto de fondo de que el juez crea por su propia autoridad institucional el derecho jurisprudencial, así como las normas creadas de esa manera son invariablemente vinculantes. El debate entre los positivistas es, por lo tanto, una discusión entre juristas que comparten la misma ideología judicial: el mismo presupuesto de que el juez está vinculado por los que le antecedieron y hace leyes para lo que le sucederán.

En las teorías sobre la *ratio decidendi* que buscan separar "hechos" y "normas", colocando todo el énfasis en los primeros, la noción de *ratio decidendi* sigue siendo un concepto abierto y dotado de un alto grado de ambigüedad. En un esfuerzo de búsqueda de los sentidos encontrados en la doctrina, de modo general, para la locución Chiassoni (2004, pág. 80) concluye que el concepto de *ratio decidendi* es caracterizado "por una notable ambigüedad", que concierne a dos factores: (1) el tipo de objeto designado y (2) el grado de especificación del objeto designado.

En relación al tipo de objeto, Chiassoni (2004, pág. 81) establece que la locución puede referirse, alternativamente, a tres cosas diferentes:

1. Según una concepción "normativista abstracta", con la locución *ratio decidendi* se puede designar "la norma jurídica general -la 'regla', el 'criterio: el 'principio', la 'premisa normativa', etc.- deducible de la sentencia complejamente considerada, sobre la base de lo que fue decidido en un caso".
2. De acuerdo con una concepción "normativista concreta con *ratio decidendi* se designa a la "norma jurídica general contextualizada: es decir, la norma usada por un juez para justificar la decisión de un caso, ya no se considerada en sí y por sí mismo, sino únicamente en relación a los argumentos que la sustentan y a la decisión del hecho al cual haya sido aplicada".
3. Por último, en la perspectiva de una concepción "argumentativa", con la locución *ratio decidendi* no se hace referencia, específicamente, ni a una norma general en sí y por sí considerada, ni a una norma contextualizada, sino, en términos generales, a cualquier elemento esencial (sine qua non) de la argumentación desarrollada por el juez para motivar la decisión de un caso.

En cuanto al grado de especificación, por su parte, se puede encontrar en la doctrina un número mucho mayor de significados, razón por la cual distintos *Common Lawyers* idearon acepciones para tentar establecer parámetros metodológicos para encontrar el elemento vinculante de los precedentes, entre las citadas por Chiassoni (2004, págs. 82-83), tenemos:

- (i) El elemento de la motivación que constituye una premisa necesaria para la decisión de un caso;
- (ii) El principio de derecho que en la sentencia es suficiente para decidir el caso concreto;
- (iii) La argumentación necesaria o suficiente para definir un juicio;
- (iv) La norma ('regla', 'principio') que constituye, alternativamente: la condición necesaria y suficiente, o la condición no necesaria pero suficiente, o también la condición necesaria pero no suficiente de una determinada decisión;
- (v) La norma relevante para los hechos de la causa, a la luz de un análisis textual del precedente-sentencia, que el juez haya de hecho establecido o seguido;
- (vi) La norma relevante para los hechos de la causa que el juez del caso paradigmático declara expresamente haber establecido o seguido;
- (vii) La norma expresa o implícitamente tratada por el juez como necesaria para decidir el caso;

- (viii) La norma relevante para los hechos de la causa que -a la luz del derecho existente, de los hechos y de los precedentes- el juez que haya pronunciado la decisión paradigmática deba haber establecido o seguido, para decidir correctamente la controversia;
- (ix) La norma relevante para los hechos de la causa que, según la opinión de un juez sucesivo, el juez que pronunció el precedente haya creído haber establecido;
- (x) La norma relevante para los hechos de la causa que, según la opinión de un juez sucesivo, el juez que pronunció el precedente haya de hecho establecido o seguido;
- (xi) La norma relevante para los hechos de la causa que, según la opinión de los juristas, el juez posterior tenga el deber de considerar como establecida o seguida por un juez precedente.

### **3.1.3 El sistema de justicia constitucional en el Perú en torno al precedente vinculante.**

El Perú republicano nació en 1821 bajo la influencia de la Constitución española de Cádiz de 1812, también denominada Constitución gaditana, que, a su vez, venía fuertemente influenciada de las ideas inspiradoras de la Revolución Francesa y, por lo tanto, en lo que hace al tema, bajo la tesis que era al Parlamento, como primer poder del Estado, al que le competía tal tarea, en el marco de lo que podría denominarse una especie de atisbo de control de la constitucionalidad, de tipo político, pero centrado en el control de las infracciones fácticas a la Constitución, cometidas por quienes ejercían cargos públicos. No en las infracciones normativas, frente a las cuales el único capaz de superarlas era el propio Parlamento. (Blume Fortini, 2002)

Este influjo gaditano fue recogido por el legislador constituyente peruano en las Cartas de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1860, 1867 y 1920, excepción hecha de la Constitución de 1856, que, en forma inédita en el Perú, estableció en su artículo 10 una norma de enorme trascendencia en cuanto al tema del control de constitucionalidad, pero, penosamente, de efímera vigencia, pues fue derogada en la Carta de 1860: "Es nula toda ley que contraviene la Constitución por la forma o por el fondo".

El mismo influjo persistió en la Constitución de 1933, pero con la excepción de su artículo 139, que consagró la denominada acción popular, como un instrumento para invalidar las normas infralegales. Vale decir, los reglamentos, resoluciones y decretos gubernamentales de carácter general, que infringieran la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los ministros.

Por lo tanto, el legislador ordinario marchó sin control en su camino normativo y fueron numerosas las oportunidades en las que dictó leyes contradictorias con la Constitución, que la desbordaban, contradecían y hasta desnaturalizaban, convirtiéndose en uno de los principales protagonistas de la violación de las normas constitucionales. A ese fenómeno se sumaron otros de orden político y social, que significaron rompimientos del orden constitucional y aquel hacer y deshacer Constituciones, parafraseando al maestro Manuel Vicente Villarán, que caracteriza la vida republicana del Perú.

Es frente a esta situación que el legislador constituyente de la Carta de 1979 sale al frente, mediante dos medidas de máxima importancia: eleva a rango constitucional el control disperso de la constitucionalidad, que había sido consagrado ya en el Perú a nivel infraconstitucional en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936, e inaugura el control concentrado de la constitucionalidad, con la creación del entonces denominado Tribunal de Garantías Constitucionales, instaurando un sistema dual o paralelo de control de la constitucionalidad, como lo postula el constitucionalista peruano Domingo García Belaunde.

En este punto debe enfatizarse que, a pesar de las buenas intenciones del legislador constituyente de la Carta de 1979, siguiendo a César Landa, la evaluación del funcionamiento del hoy fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales en el periodo comprendido entre el 19 de noviembre de 1982, fecha en que se produjo su instalación, y el 5 de abril de 1992, fecha en que fue desactivado a raíz del autogolpe del entonces presidente Alberto Fujimori, arroja un resultado francamente decepcionante, si se tiene en cuenta que, en lo que atañe al control concentrado de constitucionalidad, de las más de 25 demandas de inconstitucionalidad interpuestas durante los diez años de funcionamiento, sólo se resolvieron 15, no obstante la frondosa legislación dictada en ese periodo de tiempo, que comprendió leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. En buena cuenta, el Tribunal de Garantías Constitucionales abdicó de su función y, en modo alguno, ejerció un real control de la constitucionalidad y, menos aún, actuó como supremo intérprete de la Constitución; calidad esta última que detenta todo ente que ejerce control concentrado de la constitucionalidad, como se fundamentó en el ensayo publicado en el núm. 50 de la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Perú.

¿Por qué ese resultado tan decepcionante? Existen varias razones, que no tienen que ver con las bondades del modelo, sino con lo que se podría denominar obstáculos instrumentales y coyunturales para su funcionamiento, tales como: titularidad restringida para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad; ausencia de mecanismos de



suplencia y de dirimencia; imposibilidad de producir resolución por tener un número cerrado de magistrados, en el supuesto de no lograr el número de votos necesarios; carencia de consciencia en la mayoría de sus miembros del rol que les competía; y ausencia de una consciencia nacional sobre la importancia de contar con un ente de control concentrado de la constitucionalidad.

Instaurado el gobierno de facto en abril de 1992, el dictador, como una forma de legitimarse y justificarse en su conducta violatoria de la Constitución, promovió y obtuvo la elaboración, aprobación y posterior ratificación, vía referéndum, de una nueva norma suprema: la Constitución de 1993. En ella, a pesar de las marchas y contramarchas en torno al mantenimiento del control de la constitucionalidad que no es del caso referir en esta oportunidad, se ha mantenido, en esencia, el modelo de la Carta de 1979, con algunas diferencias de carácter accesorio, que incluyen el cambio de denominación del ente de control concentrado, por la de Tribunal Constitucional.

Empero, no se ha otorgado al Tribunal Constitucional de una normativa que facilite su funcionamiento, manteniendo, en esencia, los obstáculos instrumentales y coyunturales a los que se hizo referencia al tratar sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales, agravados con la reducción del número de sus miembros y la exigencia de seis votos conformes para declarar la inconstitucionalidad, sino que fue parcialmente desactivado, con la injusta destitución de tres de sus miembros, por decisión de la mayoría oficialista de aquel entonces; decisión que felizmente fuera revocada al restaurarse la democracia en el Perú. Por consiguiente, tampoco en esta oportunidad se ha permitido que el modelo demuestre sus bondades.

El modelo de jurisdicción constitucional actualmente vigente en el Perú, es el que un gran sector de la doctrina nacional, siguiendo las ideas de García Belaunde (2000), se ha inclinado por calificar de dual o paralelo. Con ello, se ha querido expresar que la facultad de impartir la justicia constitucional en nuestro país, no la ejercen exclusivamente los jueces del Poder Judicial, en el esquema del denominado sistema americano de control judicial de constitucionalidad de las leyes (*judicial review*). Tampoco recae únicamente en el Tribunal Constitucional, al estilo del control concentrado de raíz kelseniana, ni, en fin, tal tarea se ha encargado a un órgano que represente una solución de mixtura orgánica (un *tertium genus*), producto de la conjunción de los dos modelos, originarios, de control jurisdiccional de las leyes.

Contemplado así, la *jurisdictio* constitucional ha sido confiada, simultáneamente, tanto al Poder Judicial como al Tribunal Constitucional (Palomino Manchego, 2002), ambos de

estructura orgánica distinta y con competencias, algunas veces originarias y exclusivas (*verbi gratia*, el proceso de inconstitucionalidad o el conflicto entre órganos constitucionales, residenciados en exclusiva, en sede del Tribunal Constitucional, o la acción popular, proceso constitucional residenciado en sede exclusiva del Poder Judicial), y en otras compartidas (como sucede con los procesos de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y de cumplimiento, donde la posibilidad que un proceso sea conocido por el Tribunal Constitucional, exige previamente su tránsito por sede judicial, y siempre que allí se haya obtenido sentencia desestimatoria para el quejoso o accionante).

Importa decir, sin embargo, que tal dualidad de magistratura constitucional (Sagües, 1985) no representa la coexistencia simultánea de los modelos puros u originarios de control constitucional de las leyes, el americano y el kelseniano (Blume Fortini, El Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución, 1996). Ello, debido que la recepción constitucional y las leyes que desarrollan ambos modelos, han añadido matices, que si bien no inciden en sus aspectos orgánicos, sí gravitan en sus aspectos funcional y competencial, que bien podría llevarnos a hablar de la configuración, en puro rigor, de un sistema *dual de modelos funcionalmente mixtos de constitucionalidad*.

### 3.2 EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE.

#### 3.2.1 Significado y aplicación del precedente en el *Common Law*.

El concepto de "precedente" fue, tanto para las colonias como para los Estados Unidos ya independiente, una parte integrante del Common Law heredado de Inglaterra. James Wilson de Pensilvania, uno de los primeros jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos escribió: "*En algunas ciencias, se debe guardar particular consideración a la autoridad. El Common Law es una de esas ciencias. Las decisiones judiciales son la principal y la más auténtica confirmación que representan la existencia de dicha costumbre y que forma parte del Common Law.*" (Kermit L. Hall y Mark David Hall, 2014).

La Constitución de los Estados Unidos de América estipula que ésta, así como las leyes y tratados de este país constituyen su ley suprema, y que los jueces de cada Estado "se encuentran vinculados y obligados a ella, a pesar de cualquier disposición que establezcan en contrario las leyes o las constituciones de cada Estado" (Constitución de los Estados Unidos de América, págs. Art. IV, 2° párrafo).

Esta regla de la supremacía federal en combinación con los principios del precedente, quiere decir que los fallos emitidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos en lo que respecta a la interpretación de su Constitución, leyes y tratados, deben ser seguidos y respetados por todos las demás tribunales del país, tanto federales como estatales.

Un sistema legal basado en el precedente, obviamente requiere que tanto los jueces como los abogados posean un acceso fácil a los casos, en especial, a los fallos sobre cualquier cuestión de Derecho que puedan haber existido. Se ha calculado que en los Estados Unidos existen aproximadamente cuatro millones de sentencias de los tribunales de apelaciones, tanto federales como estatales, que posiblemente posean la calidad de precedente y que cada año dicha cifra se incrementa en casi 100,000.

¿Cómo pueden los jueces y los abogados seguir la pista de tantos fallos y ser capaces de hallar el precedente que sea aplicable a un caso en particular? Afortunadamente, los requerimientos característicos del *stare decisis* han conducido al desarrollo de sistemas de casos que facilitan la búsqueda de precedentes o de jurisprudencia en cualquier materia. Estos se encuentran detallados en un extracto del libro del profesor *E. Allan Farnsworth, An Introduction to the Legal System of the United States* [Una introducción al sistema legal de los Estados Unidos de América] (tercera edición, 1996) citado por Robert S. Barker (2014, pág. 76).

“En el *Common Law* —sin perjuicio de que su intensidad varíe en cada país— se acogió la doctrina del *stare decisis* que, como se ha descrito, importa que el juez inferior debe decidir un caso sometido a su competencia atendiendo al fundamento expresado por el juez superior en un caso anterior similar o idéntico o, respecto del cual, se presente una cuestión jurídica análoga. Es, como se advierte, una especie de fuente de derecho para un caso concreto. Sin embargo, en ningún supuesto la vinculación surgida del precedente convierte al juez en un aplicador mecánico del precedente”, según señala Monroy Gálvez. (2016, pág. 173)

Y un tema final sobre el precedente judicial. En los países de la familia del *Common Law* es tan importante que se le reconoce como el instrumento idóneo para permitir que los jueces provean de uniformidad a la jurisprudencia y, sobre todo, para producir reglas de derecho que, posteriormente, suelen ser traducidas al lenguaje normativo por el

Congreso y, aunque eso no ocurriera, suelen ser reconocidas como normas jurídicas por los jueces, abogados y, en suma, por el tejido social. En otras palabras, en dichos sistemas el precedente se comporta como una fuente de derecho primaria. Pero esto ocurre, fundamentalmente, porque siendo un derecho creado en los estrados judiciales, sus jueces personifican la razón fundamental del prestigio de sus decisiones. (2016, pág. 177)

### 3.2.2 Significado y aplicación del precedente en el *Civil Law*.

Roger Rodríguez Santander citado por García Toma (2009, pág. 55) expone que este "alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación o integración del ordenamiento dispositivo crea el juez para resolver el caso planteado, y que debe o puede servir para resolver un futuro caso sustancialmente homólogo", así, el precedente queda inserto en el derecho objetivo, desplegando la fuerza general que le es inherente (García Toma, 2009, pág. 57).

Para Monroy Gálvez (2016, pág. 173) el precedente es, en primer término, "una institución que cuando está presente en un ordenamiento jurídico tiene la calidad de fuente de derecho (esto ocurre en casi todos los conocidos), que podrá ser primaria o secundaria, según como se asiente en la familia jurídica" —para usar la categoría de David (1998)— que lo asuma. El *stare decisis*, en cambio, es la regla de derecho por la cual un precedente tiene fuerza vinculante en una familia jurídica determinada.

En segundo lugar, comúnmente, suele hacerse referencia al precedente en el ámbito judicial, lo cual tiene mucho sentido, pues es donde se ha desarrollado y afirmado en el derecho comparado. Sin embargo, el tema materia de este trabajo está referido al precedente constitucional que, sin duda, tiene una importancia y características muy particulares. Hay más de un siglo de diferencia entre la aparición del precedente judicial y de los tribunales constitucionales —al margen de las diferencias geográficas, históricas y jurídicas en la aparición de uno y otro—; lo anotamos porque en la actividad de estos últimos se inserta la considerable importancia que ha adquirido recientemente el precedente, al punto de ostentar hoy una indiscutible autonomía el concepto precedente constitucional. Sin embargo, lo que resulta un dato, en ningún caso desdeñable, es que en el *Common Law*, específicamente en el derecho norteamericano, un sector de la doctrina suele considerar que el *stare decisis* —el efecto vinculante del precedente— tiene una importancia relativa.

### 3.2.3 Ubicación del precedente vinculante en el Sistema de justicia constitucional peruano.

Entre los principales aportes e innovaciones que ha traído consigo la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) se encuentra el precedente constitucional vinculante. De conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley N° 28237, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. De otro lado, en caso el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, tendrá que expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan esa decisión. (Donayre Montesinos C. , 2007, pág. 101)

Si bien reconocemos que el precedente vinculante proviene principalmente de la tradición del *Common Law* norteamericano, nuestro precedente es otro, pues ha sido diseñado con matices que lo hacen distinto al anglosajón. Al respecto, ha señalado el TC que: Si bien, “prima facie, pueden asumirse las restricciones que ha desarrollado la Corte Americana para dictar un precedente, deben tenerse en cuenta, además, algunas particularidades de nuestros procesos constitucionales. Así, por ejemplo, ocurre que en los procesos constitucionales de la libertad (Hábeas Corpus, Hábeas Data, Amparo), con frecuencia se impugnan ante este Tribunal normas o actos de la administración de los poderes públicos que no solo afectan a quienes plantean el proceso respectivo, sino que resultan contrarios a la Constitución y, por tanto, tienen efectos generales. Sin embargo, como es sabido, el Tribunal concluye, en un proceso constitucional de esta naturaleza, inaplicando dicha norma o censurando el acto violatorio derivado de ella, pero solamente respecto del recurrente, por lo que sus efectos violatorios continúan respecto de otros ciudadanos” (Caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque, 2005, pág. F.J. 38).

Sin embargo, se trata de un contrasentido si se quiere, puesto que la labor clásica de los tribunales constitucionales es eliminar del ordenamiento jurídico a las normas contrarias a la Constitución en un proceso de inconstitucionalidad. Al mismo tiempo no se contaba con un mecanismo procesal para expurgar del ordenamiento las normas que atentaba contra el ordenamiento constitucional, y pese a haber tenido ocasión de evaluar su anticonstitucionalidad y haber comprobado sus efectos violatorios de los derechos fundamentales; más allá del caso concreto, cuando se trata de un proceso convencional de tutela de derechos como el hábeas corpus, Amparo, hábeas data.

Al respecto, cabe señalar que el Tribunal Constitucional en el caso Ramón Salazar Yarlenque (2005) ha establecido que "el precedente es una técnica para la adecuación de la jurisprudencia permitiendo al mismo tiempo que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia ha ido delimitando paulatinamente (...)".

Por ende, tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la pauta general externalizada como precedente se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

El precedente o regla jurídica de alcance general surge por la vía de la interpretación o integración directa de las normas incoadas en un proceso, o como consecuencia del examen y calificación de los hechos relevante en torno a los cuales gira la controversia.

En suma, aparece como consecuencia de lo siguiente:

- a. Interpretación de las normas constitucionales
- b. Interpretación de las normas infraconstitucionales de conformidad con los principios, valores y normas contenidas en la Constitución.
- c. Examen y calificación de los hechos (actos de hacer o no hacer) a la luz de los principios, valores y normas contenidas en la Constitución

La vinculatoriedad del precedente es simultáneamente horizontal y vertical; en el primer caso porque implica que el Tribunal Constitucional asume fidelidad a la regla por ella establecida; y en el segundo caso porque conlleva su acatamiento por los restantes operadores jurídicos.

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

La calidad de precedente aparece tras el cumplimiento de los dos requisitos establecidos en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, a saber:

- i. Que el Tribunal Constitucional haya expedido una resolución sobre el fondo; vale decir, que la demanda no hubiere sido objeto de una mera declaración de improcedencia.

- ii. Que el Tribunal Constitucional declare expresamente las partes de la resolución que devienen en precedente vinculante.

A lo expuesto cabe adicionar que el Tribunal Constitucional en el caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (2007) ha señalado que las sentencias dictadas por este organismo "vinculan, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad, no solo respecto al fallo o *decisum* de la sentencia, sino también respecto a los argumentos o *ratio decidendi* que constituyen su fundamentación". Asimismo expuso que a diferencia de la *obiter dicta* o razón subsidiaria, la *ratio decidendi* "constituye, finalmente la plasmación o concreción de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional, y, que dada su estrecha vinculación con el *decisum*, adquiere también (...) fuerza vinculante para los tribunales y jueces ordinarios, tanto si se declara la inconstitucionalidad de la norma como sí, por el fondo, se la desestima".

En ese orden de ideas las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal emitida por el Tribunal Constitucional tienen una triple identidad: fuerza de ley, cosa juzgada y vinculatoriedad. Dicha consideración aparece de lo dispuesto en el artículo 204 de la Constitución y el artículo 82 del Código Procesal Constitucional; así, en teoría, es dable consignar que el precedente tiene como objetivos jurídicos el propender a la previsibilidad, certeza, coherencia, economía procesal e igualdad, en la interpretación y aplicación del derecho.

#### **3.2.4 La diferencia precedente y jurisprudencia constitucional vinculante.**

Un precedente será considerado como constitucional en la medida en que para efectos de la creación de la norma o regla jurídica que contiene, hayan participado los dispositivos constitucionales. Así, podría ser que el precedente se establezca con la sola interpretación de la Constitución, o se derive de la interpretación de la ley con el marco constitucional o de omisiones evaluadas a la luz de los dispositivos constitucionales. Asimismo, de lo señalado se desprende que, contrario a lo que se pueda pensar, no sólo el Tribunal Constitucional puede establecer precedentes constitucionales, pues en definitiva la Corte Suprema, que puede interpretar la Constitución con efectos vinculantes, podría hacerlo. (Donayre Montesinos C. , 2007, pág. 104)

Tal como expuso el Tribunal Constitucional en el caso Ramón Salazar Yarlénque (2005) la diferencia entre ambos presenta una connotación de grado. Así, la jurisprudencia constitucional tiene como característica común con el precedente constitucional, el tener

efecto vinculante; empero este último ejerce una potestad regulatoria de alcance general a partir de su sola emisión; no necesitando por tanto la reiteración uniforme de su efecto normativo. Al respecto, en la praxis se exige la existencia de tres o más jurisprudencias en el mismo sentido para alcanzar efecto vinculante.

Asimismo, en el caso del precedente la regla se encuentra expresamente calificada como tal en la sentencia, en tanto que en el caso de la jurisprudencia esta debe ser deducida por el operador jurisdiccional ordinario o corroborado como tal por el Tribunal Constitucional, con el uso de la expresión de "reiterada y uniforme".

Adicionalmente, cabe señalar que en el citado caso Ramón Salazar Yarlénque (2005) el Tribunal Constitucional estableció que el precedente judicial tiene una aplicación en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. "O sea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. Cualquiera que invoque un precedente, para que este haga sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo en un caso concreto".

En cambio, el precedente emitido por un Tribunal Constitucional tiene, "prima facie, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos, cualquier ciudadano puede invocarlo ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional".

Al abordar el mismo tema, Donayre Montesinos (2007, pág. 104) expone que: En efecto, el precedente podemos definirlo en términos generales como la regla jurídica, es decir, la norma jurídica que se desprende o se crea, a propósito de la resolución de un caso por un tribunal, como consecuencia de la interpretación o integración del ordenamiento jurídico que él ha efectuado a fin de dar respuesta a lo solicitado por el (o los) justiciable(s). El carácter vinculante del precedente radica en que el juez o tribunal deberá utilizar en principio los mismos fundamentos para la resolución de casos similares al que



dio origen al precedente (Iturralde Sesma, 1995, pág. 31). Es más, en algunos casos dependiendo de la naturaleza del tribunal, el precedente incluso obligará a otras entidades públicas o hasta privadas, como es precisamente lo que ocurre con los precedentes constitucionales que establece el Tribunal Constitucional. Es necesario señalar que también existen los denominados precedentes persuasivos que, a diferencia del precedente vinculante, tan sólo podrán, y no necesariamente deberán servir para la resolución de casos análogos.

### 3.2.5 El precedente constitucional vinculante como límite al principio de independencia judicial.

Es indubitable que lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, deviene en un límite al Principio de Independencia Judicial establecido en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución. Como bien sabemos el inciso 2 del artículo 139 del texto fundamental de la República señala que el Poder Judicial es un órgano no dependiente de ningún otro; es decir, autónomo desde un punto de vista político, y jurisdiccionalmente solo sujeto al mandato de lo establecido en la Constitución y las leyes.

El Principio de Independencia alude a aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro del marco que fija la Constitución y las leyes. (García Toma, 2009, pág. 57) En esa perspectiva el juez goza de una independencia externa e interna.

a. La independencia externa.

**La independencia externa** es oponible a los órganos Ejecutivo y Legislativo; e implica que la autoridad jurisdiccional no admite sujeción a ningún interés distinto del que provienen de los fines de la justicia, ni admite intromisiones "foráneas" en la resolución de los casos bajo su competencia.

b. La independencia interna.

**La independencia interna** implica que la autoridad judicial no se encuentra subordinada a la voluntad de los órganos jurisdiccionales intrainstitucionales, salvo que medie un recurso impugnativo. Similar criterio opera en el caso de su relación con los órganos intraadministrativos.

Ahora bien, dicha independencia no es ilimitada sino reglada; vale decir, tiene el inconveniente normativo que expongan la Constitución y las leyes.

En ese orden de ideas, Enrique Álvarez Conde (2000, pág. 238) señala que "El Poder Judicial no puede permanecer al margen de la evolución del Estado de Derecho. Por ello, si bien la independencia judicial es una de sus principios fundamentales, este tampoco está exento de límites, no pudiendo convertirse en una especie de patente de corzo". En efecto, la independencia judicial está sujeta al imperio de la ley (...). En puridad, se trata de una condición reglada de albedrío funcional.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (2007) señala que no es posible la aplicación del principio de independencia frente a lo resuelto por dicho organismo como precedente vinculante, ya que si bien es verdad que la Constitución reconoce al Poder Judicial autonomía e independencia, esto no significa que le haya conferido condición de autarquía.

En atención a la declaración de precedente constitucional vinculante, los jueces no pueden expedir resoluciones que las contradigan ni se desvinculen de aquéllas.

El incumplimiento del mandato establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional no solo acarrea las responsabilidades de ley sino que en lo sustancial afecta gravemente el principio de unidad inherente a todo ordenamiento jurídico.

Tal como ha señalado el Tribunal Constitucional en el citado caso del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, sus resoluciones no solo ponen fin a una controversia constitucional -es decir, con efecto para las partes- sino que se convierten en fuente de derecho. Ello en razón a que las sentencias de dicho órgano exponen una interpretación de la Constitución, cuyos alcances vinculan a todos los poderes del Estado. Por ser el precedente constitucional vinculante manifestación jurídica de la Constitución interpretada, deviene en norma básica fundamental del ordenamiento jurídico.

De allí que se constituye en un elemento de unidad dentro de la multiplicidad de las normas contenidas dentro de dicho ordenamiento.

En la medida que las sentencias del Tribunal Constitucional son concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, devienen en parámetros jurídicos para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos y

jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado acarrea, prima facie, su nulidad.

La consecuencia lógica de ello, es que una resolución expedida dentro de un proceso judicial cualquiera que fuere su naturaleza y que desconozca la interpretación del Tribunal Constitucional -prevista vía un precedente jurisprudencial constitucional- no es reconocida como cosa juzgada; por ende, puede ser revocada y modificada en el marco de un proceso constitucional por parte del máximo órgano contralor del texto fundamental de la República.

El Tribunal Constitucional solo reconoce como cosa juzgada constitucional a aquella sentencia expedida por un órgano jurisdiccional del Poder Judicial que se pronuncie sobre el fondo de la controversia jurídica de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que este haya realizado de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional en el caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (2007) señaló que aquellas sentencias expedidas por los jueces ordinarios en favor de las casas de juego y tragamonedas y con contravención del precedente vinculante inserto en la Sentencia del Caso Royal Gaming (2006), nunca adquirieron la calidad de cosa juzgada; por lo que en consecuencia fueron declaradas nulas y sin efecto legal alguno.

Debe advertirse que la cosa juzgada no tiene un fin en sí mismo, sino que resguarda un fin principal del derecho: la seguridad. Pues bien, dicha vocación de certidumbre queda violentada cuando a través de una sentencia se desconoce un precedente vinculante que ofrece a la comunidad la garantía de aplicación uniforme (igualdad y predictibilidad).

La cosa juzgada constitucional, es decir aquel fallo coherente con el orden de valores constitucionales interpretados en un precedente vinculante, es la expresión máxima de ordenación y coherencia jurisdiccional.

### **3.2.6 La determinación del precedente.**

No todo lo que resuelve un tribunal es considerado como un "precedente". Únicamente aquellas partes de una opinión de la Corte que constituyen declaraciones de Derecho

que sean esenciales para la sentencia de un caso ante ella misma, poseen el valor de precedente. Estas afirmaciones esenciales se conocen como "holdings". Otras declaraciones de Derecho que la Corte puede efectuar en el curso de una argumentación, es decir, declaraciones no incluidas en lo que se considera esencial para el fallo de un caso, son denominadas "obiter dicta" (dichos de paso o marginales) o simplemente "dicta" y no dan lugar a reglas de precedente.

Un buen ejemplo sobre la diferencia entre "holding" y "dictum", podemos encontrarlo en el conocido caso de Derecho Constitucional Marbury vs. Madison, fallado en 1803 por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Los hechos son los siguientes: en 1801, en las últimas semanas de la administración del presidente John Adams, éste nombró a William Marbury y a otros más para los cargos de jueces de paz destinados al Distrito de Columbia. El Senado de los Estados Unidos ratificó tales nombramientos y el Presidente Adams firmó la documentación pertinente, o sea los títulos (commissions) que acreditaban a Marbury y a los demás como jueces de paz. Posteriormente, Adams envió los títulos al Departamento de Estado, puesto que el Secretario de esta dependencia era la persona indicada por ley para entregar tales títulos a las personas nombradas. Pocos días después finalizó la administración del presidente Adams y el nuevo presidente, Thomas Jefferson (quien lo había derrotado en las elecciones) ocupó el cargo. El Secretario de Estado de Jefferson, James Madison, se percató de que los cuarenta y dos "títulos", incluyendo el de Marbury, no habían sido entregados a sus destinatarios, sino que habían permanecido en las oficinas del Departamento de Estado. Entonces, el presidente Jefferson ordenó a Madison que entregara veinticinco de esos "títulos", pero que retuviera los otros diecisiete, incluyendo el de Marbury.

Tanto Marbury como los otros que habían sido nombrados y cuyos "títulos" habían sido retenidos, interpusieron una acción de mandamus (mandato judicial) contra Madison y ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, con la finalidad de que se les haga entrega de sus "títulos" sobre las cuales reclamaban tener derecho, pues eso los habilitaba para ocupar el cargo. La Corte Suprema, a través de su presidente, John Marshall, inició el análisis del caso mediante las siguientes interrogantes: 1) ¿Posee el demandante [Marbury] el derecho al "título" que demanda?; 2) Si es así y ese derecho ha sido violado, ¿las leyes de este país le ofrecen algún recurso para obtenerlo?; 3) Si le proporcionan un recurso, ¿es éste un mandamus emitido por esta Corte?

La Corte Suprema procedió a contestar estas interrogantes en el orden en que fueron formuladas. Luego de un análisis, la Corte concluyó de que sí, que Marbury tenía el derecho a que le entreguen el título, pues solo así podía ocupar el cargo para el que

había sido nombrado. En lo que respecta a la segunda pregunta, la Corte manifestó que las leyes de los Estados Unidos de Norteamérica en realidad deben proporcionar un recurso legal a Marbury. Referente a la tercera, la Corte se manifestó afirmativamente, en el sentido de que la acción legal del mandamus era un recurso apropiado. No obstante, la Corte formuló la interrogante: ¿era el recurso apropiado de Marbury la acción de mandamus iniciada en la Corte Suprema? Marbury, al entablar la acción de mandamus directamente ante la Corte Suprema se basó en la Ley Federal del Poder Judicial de 1789 que autorizaba a la Corte Suprema a: emitir un auto de mandamus o mandato en casos respaldados por los principios y usos del Derecho ante cualquier tribunal o funcionario que ostente un cargo público bajo la autoridad de los Estados Unidos.

La acción de Marbury fue obviamente la de mandamus, y el Secretario de Estado era indiscutiblemente una "persona con un cargo sujeta a la autoridad de los Estados Unidos de América". Sin embargo, la Corte Suprema manifestó que la Constitución de este país limita la jurisdicción original de este Tribunal a casos que impliquen a funcionarios diplomáticos y consulares y en los casos en los que un Estado (de los Estados Unidos de América) sea parte. Puesto que el caso de Marbury no se encontraba dentro de dichas categorías, la Corte Suprema concluyó que la Constitución le prohibía ejercer una jurisdicción originaria en este proceso. Por consiguiente, la Corte Suprema se enfrentaba a una ley federal que (tal como lo interpretara la Corte) le otorgaba jurisdicción original sobre este caso, y una disposición constitucional que (tal como la Corte interpretó la Constitución) prohibía que la Corte ejerciera jurisdicción originaria sobre aquel mismo proceso. La Corte manifestó que debe preferirse la Constitución a cualquier ley y por lo tanto, concluyó que carecía de jurisdicción originaria para ver el caso Marbury.

¿Cuánto del caso Marbury está considerado como "holding" (es decir, con valor de precedente), y cuánto de "dictum" (es decir, palabras o frases que no tienen fuerza de precedente)?

La respuesta a estas interrogantes dependen del Derecho Sustantivo y Procesal vigentes y aplicables. En el Common Law, un tribunal que carece de jurisdicción sobre el asunto en litigio, no tiene facultad para decidir sobre los méritos de la demanda. En cuanto al caso Marbury, la Corte Suprema declaró que carecía de jurisdicción para ver la causa en primera instancia. Puesto que carecía de ella, ineludiblemente no tenía autoridad para tratar o decidir sobre el fondo de la causa. Por consiguiente, la deliberación de la Corte Suprema sobre el derecho de Marbury al nombramiento y su correspondiente título y su afirmación de que el mandamus era un recurso apropiado, son consideradas como declaraciones dicta, que van más allá de las afirmaciones consideradas como necesarias

para la solución del caso. La deliberación de la Corte Suprema sobre este tema puede considerarse como persuasiva (es decir, que puede ejercer algún tipo de influencia) en otro tribunal y en un caso futuro, pero no es considerada como vinculante precisamente debido a que lo que la Corte afirmó en lo referente al derecho de Marbury en cuanto a su "título" y a su derecho al recurso de mandamus no eran relevantes, ya que lo que se discutía no estaba dentro de su jurisdicción, pues carecía de ella.

Por otro lado, las declaraciones de la Corte en lo que respecta a que la Ley Federal de la Judicatura implicaba el otorgamiento de jurisdicción originaria para las acciones de mandamus contra funcionarios públicos, no obstante que la Constitución prohibía presentarlas directamente ante la Corte Suprema en casos parecidos (a no ser que se trate de diplomáticos o de Estados), son consideradas como "holdings". Asimismo, el fallo de la Corte Suprema en cuanto a que (y consecuentemente, otros tribunales federales o estatales de los Estados Unidos) poseían la potestad de no aplicar leyes que entraran en conflicto con la Constitución, es considerado como holding (y en realidad, de gran trascendencia en el caso).

En la discusión alrededor del caso Marbury, la Corte Suprema aprovechó la oportunidad para ofrecer otros ejemplos de leyes que podrían ser inconstitucionales. La Corte manifestó, por ejemplo, que si el Congreso aprobaba una ley ex post facto (ley posterior al hecho), o una ley que imponga penas sin proceso previo (bill of attainder), o que permita una condena por traición con base en una confesión extrajudicial o con el testimonio de un solo testigo, tales leyes serían inejecutables en un tribunal puesto que violarían la Constitución. Estas declaraciones emitidas por la Corte no son consideradas holdings, ya que no versan sobre materias legales que han sido realmente analizadas por la Corte. Mientras que estas afirmaciones pueden poseer un efecto persuasivo en las cortes inferiores si es que tales tribunales tuvieran que tratar dichas leyes, las declaraciones de la Corte Suprema en relación al caso Marbury acerca de la ley ex post fact, leyes de imposición de penas sin proceso, y medios probatorios para evidenciar un fallo o condena por traición, son únicamente consideradas dicta, mas no reglas con el carácter de precedente.

La diferencia entre un holding que posee la fuerza de precedente, y un dictum que no lo tiene, es a menudo difícil de discernir. Por esta razón, las facultades de Derecho de los Estados Unidos invierten un tiempo considerable en el análisis y estudio de casos en los que la importancia de planteamientos judiciales en particular, tales como el holding y el dictum, representen en sí un asunto de discusión. En cualquier caso, los ejemplos antes

expuestos sobre el fallo *Marbury v. Madison*, ilustran los principios básicos para determinar qué planteamientos constituyen un "precedente" y cuáles no.

### **3.2.7 Condiciones para el establecimiento del precedente constitucional vinculante en el Perú.**

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

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

**i. Debe existir una relación entre el caso examinado y el precedente vinculante.**

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

Ahora bien, el Tribunal no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, cuando en realidad esta no se encontrare directamente ligada con la solución de aquel.

**ii. Debe generarse una decisión con autoridad de cosa juzgada.**

La decisión de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final sobre el fondo de la materia.

El establecimiento de un precedente vinculante, no debe afectar el principio de respeto a lo resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe alterar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada.

Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.

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

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

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

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

Actualmente, la figura del precedente constitucional vinculante en nuestro país no aparece sino es por la prerrogativa del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, el precedente vinculante ya se encontraba presente en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que hablar de él es referirse a todos los precedentes vinculantes (no solamente del Tribunal Constitucional), sino también de los que emite la Corte Suprema de la República. Por ejemplo, el art. 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo Nº 017-93-JUS), que ilustrando nos dice: “los jueces están constreñidos a seguir los precedentes de obligatorio cumplimiento emitidos por la Corte Suprema y los órganos superiores”. Igualmente, se manifiesta el art. 301º-A del Código de Procedimientos Penales que es un artículo casi idéntico al art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Díaz Muñoz, 2010). En consecuencia, la institución y los efectos de ley en el precedente vinculante del sistema constitucional peruano se incorporan por vez primera en el Código Procesal Constitucional de 2004, a través de su art. VII del Título Preliminar.

Éste precedente constitucional vinculante ha sido trillado del Derecho Anglo; sin embargo, también se hará referencia, brevemente, de cómo se aplica el precedente vinculante en Estados Unidos y en Inglaterra.

Y se va a diferenciar, que el precedente constitucional vinculante peruano si bien se extrae de la experiencia de los Estados Unidos, termina teniendo características muy parecidas al precedente vinculante Inglés; y además de ello, tiene otras características que el precedente inglés tampoco tiene y que el norteamericano tampoco.



Consecuentemente, tenemos un precedente constitucional vinculante, que en palabras de Donayre Montesinos (Donayre Montesinos, 2007) dice que es: “un precedente vinculante a la peruana”; es una regla jurídica con sus propias peculiaridades.

### 3.3 EL OVERRULING COMO TÉCNICA DEL PRECEDENTE VINCULANTE.

#### 3.3.1 El *overruling* como técnica y sus presupuestos.

El *overruling* es una especie del género de las denominadas “*judicial departures*”, es decir, de los casos de apartamiento de una regla jurisprudencial, Una hipótesis de apartamiento se da cuando el tribunal resuelve un problema jurídico solucionable por un precedente judicial, pero de forma diferente.

El juez apela, en esos casos, por una nueva regla jurídica que conduce a un resultado diverso de lo previsto por el precedente. Como explican Summers y Eng (1997, pág. 521), en las *judicial departures*, “la decisión precedente debe ser apropiadamente semejante al caso subsecuente”.

En última instancia, el precedente y el caso a ser decidido deben plantear las mismas cuestiones jurídicas, y el caso precedente ya debe haber resuelto la cuestión (...) En países de *Common Law*, una *departure* o apartamiento de un precedente por una corte superior puede, por regla general, ser fácilmente identificada como un reglamento [ruling] diferente para una cuestión puesta por hechos materiales relevantemente semejantes a los de la decisión precedente”. (Da Rosa de Bustamante, 2016, pág. 397 y ss.) Aunque en los sistemas jurídicos de *Civil Law* sea un poco más difícil identificar las *departures*, pues muchas veces ellas no son expresamente tematizadas, creo que la noción prevaleciente en el *Common Law* puede ser generalizada. Se da el “apartamiento (*departure*) de un precedente judicial cuando el tribunal posterior adopta una nueva norma concreta que decide un caso comprendido en la hipótesis de incidencia de una regla anterior de origen jurisprudencial”.

El *overruling*, sin embargo, no es el único caso de *judicial departure*. Como explica ENG citado por Da Rosa de Bustamante (2016, pág. 398), “es importante observar que *distinguish*, *overruling* y *fact-adjusting* son funcionalmente equivalentes; ellos sirven como medios alternativos para la misma finalidad”. En las tres situaciones, estamos delante de un caso de abandono de la regla adscrita (de origen jurisprudencial) que apunta para una determinada solución al problema jurídico enfrentado.

Lo que diferencia el *overruling* y lo vuelve especialmente relevante, es que éste no se refiere a un simple problema de aplicación del precedente judicial -no se satisface con la no ocurrencia de sus consecuencias en el caso concreto-, sino va más allá de eso, ya que representa una abrogación de la propia norma adscrita aceptada como precedente.

La manera más dramática de tratar con el precedente tiene lugar cuando el Tribunal que sentó el precedente lo desestima y lo reemplaza por uno nuevo. El ejemplo más conocido que registra la historia constitucional de los Estados Unidos, tuvo lugar en relación a la segregación racial impuesta por el Gobierno.

El año 1896, en el caso *Plessy vs. Ferguson*, la Corte Suprema decidió que una ley estatal que estipulaba que los pasajeros de ferrocarril, blancos y negros, ocuparan diferentes vagones por motivos de segregación racial, no violaba la Decimocuarta Enmienda sobre la protección igual ante la ley siempre que los asientos y el ambiente fuesen iguales en un sentido material y en su presentación. Por consiguiente, el precedente así establecido fue conocido como la doctrina de iguales, pero separados. Cincuenta y ocho años después, en 1954, la Corte analizó el caso *Brown v. Board of Education*, en el que los demandantes negros sostenían que la segregación racial en las escuelas públicas les negaba la "protección igual ante la ley" a pesar de cualquier "igualdad" tangible de estas escuelas. Por supuesto que la Corte Suprema se enfrentó a su precedente de iguales, pero separados y por unanimidad, decidió revocarlo. La Corte trató el asunto de la siguiente manera: "¿La segregación de los niños que se da en las escuelas públicas únicamente sobre la base de la raza, aunque las instalaciones físicas y otros bienes o instalaciones "tangibles" sean los mismos, privan a los niños del grupo minoritario de iguales oportunidades de educación?", "Concluimos que en el terreno de la educación pública, la doctrina "iguales, pero separados" no tiene cabida. Las instalaciones educativas por separado son intrínsecamente desiguales. Por consiguiente, sostenemos que los demandantes y otros que hayan sido similarmente afectados y que han dado motivo para iniciar este proceso, se encuentran, en virtud de la segregación denunciada, privados de la protección de igualdad ante la ley tal y como lo garantiza la Decimocuarta Enmienda...."

Mientras que el holding explícito en el caso *Brown* se limitó a la segregación racial en las escuelas públicas, la lógica del razonamiento de la Corte (que rechazó la doctrina igual, pero separados), señaló enérgicamente que toda segregación racial impuesta por el Gobierno, violaba el Derecho Constitucional de una protección igual ante la ley. En los años siguientes a este caso, los tribunales federales de primera instancia así como otros

tribunales estatales aplicaron el precedente *Brown* y declararon inconstitucionales las leyes de segregación racial en un gran número de situaciones.

En sus doscientos dieciocho años de existencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha desestimado sus propios precedentes en casi 204 veces, 124 de las cuales implicaban cuestionamientos constitucionales. Este debe ser un número aproximado, ya que los tribunales (incluyendo la Corte Suprema de los Estados Unidos) no siempre son explícitos acerca de si están "distinguiendo" o "revocando" un precedente en particular. Efectivamente, incluso cuando la Corte declara que está "distinguiendo" un caso anterior, algunas veces los jueces que se manifiestan discrepantes, acusan a la mayoría por efectuar una revocación *sub silentio*.

Ahora bien, la expedición de una sentencia que expone el apartamiento y sustitución de un precedente vinculante por otro, está sujeta al cumplimiento de los requisitos siguientes:

- i. Expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan dicha decisión. Ello implica que se consigne claramente la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta la modificación.
- ii. Determinación de sus efectos jurídicos en el tiempo.

Desde una perspectiva fáctica, la historia de los Tribunales Constitucionales acredita que el proceso de cambio surge por alguna de las circunstancias siguientes:

- i. Cuando se comprueba que el precedente ha generado consecuencias jurídicas políticas o sociales distintas a las previstas por el órgano jurisdiccional que lo expidió.
- ii. Cuando se comprueba que el precedente ha quedado desfasado en razón a los avances de la ciencia la tecnología, las mutaciones político-sociales, o las nuevas corrientes de fundamentación del derecho.
- iii. Cuando se comprueba la existencia de cambios en la Constitución por la vía de la Reforma Constitucional.
- iv. Cuando tras la renovación de los miembros del órgano jurisdiccional, se comprueba que los nuevos operadores tienen una cosmovisión diferente que la de sus predecesores.

Varios factores pueden condicionar -positiva o negativamente- la práctica de establecer y reformar precedentes judiciales de naturaleza vinculante. En la Suprema Corte norteamericana, por ejemplo, un estudio empírico-descriptivo informa que las siguientes

variables normalmente influyen sobre la probabilidad de que la Suprema Corte revoque sus precedentes judiciales: (Da Rosa de Bustamante, 2016, págs. 401-402)

- a. Cuanto mayor la discordancia ideológica entre un precedente y la corte subsecuente, mayor la probabilidad que ese precedente sea revocado.
- b. Un precedente judicial tendrá menos oportunidades de ser revocado, si se hubiese fundamentado en la interpretación de la legislación, en vez de en la interpretación de la Constitución.
- c. Mientras más frecuentemente la corte haya tratado un precedente positivamente (es decir, seguido el precedente), menor la oportunidad para que el precedente sea revocado.
- d. Mientras más frecuentemente la corte haya tratado un precedente negativamente, distinguiéndolo o limitándolo, mayor la oportunidad para que el precedente sea revocado.
- e. Mientras más próximo al contexto político-ideológico estuviera un precedente, menor la oportunidad de ser revocado.
- f. Un precedente tiene más oportunidades de ser revocado si la coalición que lo sustentó consistiera en una simple mayoría de juzgadores.
- g. Cuanto mayor el número de opiniones concurrentes que hayan sido publicadas con un precedente, mayores las oportunidades de ser revocado.

### 3.3.2 La eficacia del precedente vinculante.

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

En efecto, la decisión de otorgar expresa y residual eficacia prospectiva a un precedente vinculante es establecida en aras de procesar constructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre continuidad y cambio en la actividad jurisdiccional.

El uso de la técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y los poderes

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

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

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

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

El Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de utilizar la técnica de eficacia prospectiva del precedente vinculante en el caso Juan Carlos Callegari Herazo (2004), en donde se estableció con efecto diferido la aplicación de las nuevas reglas relativas al pase a la situación de retiro por causal de renovación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Así, en dicho proceso, fijó lo siguiente: "Este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, los nuevos casos en que la Administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen (...)".

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

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

### **3.3.3 Estabilidad y cambio en un sistema de precedentes y el principio de seguridad jurídica.**

Las situaciones que dan ocasión al *overruling* -la anulación de un precedente por el propio órgano jurisdiccional que lo estableció- suelen variar, en cada sistema jurídico, en función de los factores institucionales y extra-institucionales que influyen sobre la fuerza del precedente judicial. Sin embargo, la regla de oro sobre las *departures* -y el *overruling*, en especial- debe ser la misma, no importa la tradición jurídica o la fuerza del precedente en el caso concreto: siempre que un juez o tribunal se apartara de su propio precedente, éste debe ser considerado, de modo que la cuestión del apartamiento del precedente judicial sea expresamente tematizada. En ese sentido, apunta Rorive (2003, pág. 497) que en sistemas jurídicos tan diferentes como Bélgica -que adopta un modelo de casación semejante al francés- e Inglaterra -lugar de nacimiento del *Common Law*- aparecen teorías sobre el *overruling* o *revirement jurisprudential* cuya principal importancia es "proporcionar una justificación convincente de las modificaciones operadas [ en la jurisprudencia], que sea capaz de conciliar la fuerza normativa atribuida a los precedentes y la necesidad de recolocarlos en cuestión, en cierto momento". Todo abandono de un precedente judicial debe ser expresamente justificado.

Un sistema legal basado en el principio de *stare decisis* requiere que los precedentes, una vez que han sido establecidos, adquieran un grado importante tanto de respeto como de deferencia judiciales. Las invalidaciones frecuentes, arbitrarias o caprichosas de los precedentes existentes podrían destruir la base del sistema. Por otro lado, la adhesión absoluta al precedente podría impedir la corrección de errores manifiestos, y haría necesaria la aplicación de regulaciones que eran apropiadas en su momento, pero cuya *raison d'être* (razón de ser) dejó de existir tiempo atrás. Por lo tanto, la vigencia y el éxito de un sistema de precedentes dependen de la existencia de un equilibrio razonable entre la estabilidad y el cambio. Mientras que los juristas del *Common Law* concuerdan acerca de la necesidad de dicho equilibrio, a menudo discrepan sobre qué balance sería el apropiado, y específicamente, qué circunstancias justifican el des-conocimiento del precedente establecido. En los últimos años, este debate se ha tornado demasiado intenso en los Estados Unidos, y se centra en la jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del aborto.

El año 1973, en el caso de *Roe v. Wade*, la Corte Suprema de los Estados Unidos emitió el fallo más controversial en más de un siglo; tal vez la sentencia más polémica jamás emitida, cuando declaró que existía un Derecho Constitucional al aborto. Este fallo dio lugar a inmediatos reclamos para que sea revocado. Diecinueve años después, cuando la naturaleza arbitraria del fallo de 1973 sobre el aborto devino cada vez más evidente, y habiéndose producido diversos cambios en la composición de la Corte Suprema, mucha gente consideró que la Corte, en el caso de impugnación de la ley de Pennsylvania acerca de la restricción del aborto, desestimaría el caso *Roe v. Wade*. No obstante, por cinco votos contra cuatro, la Corte reafirmó su holding inicial en el caso *Roe* en cuanto a la existencia del Derecho Constitucional al aborto. Al no aceptar la posibilidad de desestimar este precedente, la Corte se manifestó en la parte pertinente:

[La decisión para revocar] es percibida generalmente (y de manera correcta), al menos como un planteo que afirma que un caso anterior había sido fallado de manera errada. Existe un límite en el número de errores que puede razonablemente ser imputado a tribunales anteriores. Si es que tal límite es excedido, la alteración de reglas anteriores se tomaría como prueba de que un justificado reexamen del principio ha dado lugar a fomentar resultados distintos en muy corto tiempo. La legitimidad de la Corte desaparecería en base a la frecuencia de sus vacilaciones.

El presidente de la Corte Suprema, William H. Rehnquist (quien en su calidad de juez asociado, había discrepado en el caso *Roe*) al redactar el voto de los cuatro jueces que podrían haber revocado el caso *Roe* señaló:

"La opinión [de la Corte] discute diversos aspectos del *stare decisis*, que según dice tienden a mantener parte del caso *Roe*. Dos de estos elementos son que el principal soporte fáctico de este proceso ha permanecido invariable y que su base doctrinal no es actualmente más débil de lo que era en 1973. Con toda seguridad no existe el requisito que considere necesario apartarse del *stare decisis* en un caso constitucional cuando se considera que hoy la decisión es más errada de lo que fue en el momento en que se adoptó. Si esto es verdad, la más extravagante decisión constitucional podría sobrevivir para siempre, basándose en el hecho de que no es ahora más extravagante que cuando fue originalmente establecida".

La opinión de la Corte también apunta a los intereses de referencia implicados en este contexto en cuanto a la finalidad para explicar por qué debe mantenerse un precedente para la propia vigencia del mismo.

Aparentemente, al darse cuenta que los principios convencionales del `stare decisis' no sustentan su posición, la opinión de la Corte anticipa el criterio de que es necesario conservar una parte del proceso Roe con el fin de proteger la 'legitimidad' de esta Corte.

Además, también afirma que cuando la Corte "resuelven un tipo de controversias sumamente enfrentadas tal como se reflejó en el caso Roe, y en otros procesos similarmente excepcionales, el fallo se encuentra exento de ser reconsiderado según los principios establecidos del `stare decisis' en cuanto a casos constitucionales. De acuerdo a este principio, cuando la Corte dictamina sobre un tema que causa controversias, aparentemente se encuentra impedida de desestimar dicho fallo por el simple hecho de que fue incorrecto, a no ser que la oposición al fallo original se haya extinguido. “[Énfasis en el original.]

La controversia acerca del precedente se inició nuevamente en lo que respecta al cuestionamiento de la protección constitucional al tema de la sodomía. El año 1986, la Corte Suprema en el caso *Bowers v. Hardwick*, decidió, en una votación de cinco contra cuatro, que la Constitución no garantizaba el derecho a la práctica de la sodomía. El año 2003, en el caso *Lawrence v. Texas*, nuevamente se suscitó la controversia ante la Corte. Por una votación de seis contra tres, los jueces desestimaron explícitamente el caso *Bowers* y declararon un Derecho Constitucional que protegía la sodomía. En su opinión para la Corte, el juez Anthony Kennedy (uno de los coautores de la Opinión de la Corte en el proceso *Casey*) manifestó: "La doctrina del *stare decisis* es fundamental para el respeto a los fallos de la Corte y a la estabilidad de la ley. El caso [*Planned Parenthood v. Casey*] observó que cuando se solicita a un tribunal que desestime un precedente reconociendo un interés constitucional de la libertad así como una dependencia individual o social en la existencia de tal libertad, procede prudentemente con particular solidez para no revertir el curso de lo existente. (La libertad no se refugia en la jurisprudencia de la duda). Sin embargo, el *holding* del caso *Bowers*, no ha inducido una dependencia perjudicial comparable a algunas situaciones en que se encuentran implicados derechos individuales reconocidos.



El proceso 'Bowers' no fue fallado de manera correcta, y no es considerado correcto en la actualidad. No debería considerarse como un precedente obligatorio. El caso 'Bowers v. Hardwick' debe ser, como ya lo es, revocado." El juez Antonin Scalia, en una opinión discrepante respaldada por el Presidente de la Corte Suprema, Rehnquist y el juez Clarence, respondió al argumento del juez Kennedy acerca del stare decisis de la siguiente manera: "Empiezo con la sorprendente disposición de la Corte en cuanto a reconsiderar un fallo emitido diecisiete años atrás en el caso Bowers v. Hardwick. En el caso Planned Parenthood v. Casey el 'stare decisis' significó la conservación de los derechos del aborto judicialmente inventados; la vasta crítica al caso Roe fue razón suficiente para reafirmarlos. Sin embargo, hasta hoy, la vasta oposición al caso Bowers, un fallo que implica un tema tan 'intensamente debatido' como el caso de Roe, es considerada como un argumento para desestimarla. El enfoque actual sobre el 'stare decisis' nos invita a desestimar un precedente erróneamente decidido (incluyendo un fallo 'sumamente controvertido') en caso de que: (1) sus bases hayan sido erosionadas por sentencias posteriores; (2) haya estado sujeto a una crítica 'fuerte y constante'; y (3) no haya conducido a una 'dependencia individual y social' que no aconseje su invalidación. El problema es que el mismo caso Roe, que la mayoría actual con seguridad no está dispuesta a desestimar, cumple con estas condiciones, al menos, en el mismo grado que el tema Bowers." [Énfasis en el original.] El debate acerca del grado de deferencia que debe darse al precedente nunca acabará; es algo inherente a nuestro sistema de stare decisis. Por supuesto que la intensidad del debate disminuiría si la Corte Suprema simplemente se abstuviera de inventar nuevos derechos "constitucionales" tales como los referentes al aborto y a la sodomía. No obstante, incluso una Corte Suprema menos ingeniosa tendrá que enfrentarse constantemente al conflicto entre la estabilidad y el cambio, que es inherente tanto a la teoría como a la práctica del stare decisis.

### 3.3.4 Efectos del precedente vinculante.

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

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

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

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

## **CAPÍTULO IV: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INTERPRETACIÓN.**

### **4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

Los llamados derechos fundamentales de la Constitución Política del Perú provienen de la necesidad de ratificar jurídicamente los principios y luchas de las grandes revoluciones y movilizaciones populares por la conquista de la libertad humana, la igualdad ante la ley, contra todo tipo de opresión y en favor de la dignidad del hombre. Los revolucionarios franceses, una vez constituida la Asamblea Nacional de 1789, se apresuraron a votar la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, uno de los primeros y más importantes antecedentes orgánicos del conjunto de derechos que consagró el liberalismo temprano (Rubio Correa, Marcial y Bernal Ballesteros, Enrique, 1983, págs. 19-28).

Por más de un siglo, las Constituciones se inspiraron en este documento francés o en la Declaración de Virginia para declarar los derechos individuales y populares. Los planteamientos liberales lograron expandirse y proponer un modelo de organización institucional que alcanzó particular vigencia en Europa y América.

Transcurrido el tiempo, las luchas por la constitucionalización de los derechos civiles y políticos se fueron ampliando hacia otros derechos. La incorporación a nivel constitucional de estos últimos ocurrido también por una revolución: fue la Constitución emergente de la Revolución Mexicana de 1917, la que por primera vez consagró los hoy llamados "derechos sociales".

Dos años después, la Constitución Alemana de Weimar dio el espaldarazo definitivo a la constitucionalidad de estos derechos al incorporarlos a su texto. Como suele ocurrir en la historia, primero se produjeron los hechos y, luego, los académicos desarrollaron teorías e interpretaciones sobre ellos. Los derechos nacieron sin una previa sistematización y continuaron desarrollándose así.

Un hito trascendental en la evolución jurídica de los derechos constitucionales fue, sin lugar a dudas, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, proclamada en 1948. Mediante ella, los países suscriptores convinieron en trabajar por una sociedad universal basada en los derechos humanos. Además, fue el punto de partida para la

instauración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, subsecuentemente, la constitucionalización detallada de estos derechos en las legislaciones internas de los Estados.

Apunta con razón el profesor Héctor Faundez (1996, pág. 20), que pretender que los derechos humanos son simplemente una exótica innovación en el campo del Derecho Internacional, equivale a no comprender sus verdaderas dimensiones ni el impacto de los mismos tanto en las sociedades nacionales como en la sociedad internacional: "Más allá de sus aspectos normativos, los derechos humanos son el producto de las luchas políticas y dependen de factores históricos y sociales, que reflejan los valores y aspiraciones de cada sociedad (...)".

Debe puntualizarse que luego de la puesta en vigencia de la Declaración Universal, una gran mayoría de naciones modificaron o reemplazaron sus constituciones, siendo la muestra más clara de esta nueva tendencia las Cartas Francesa de 1958 y española de 1978. El Derecho Constitucional, en general, sufrió una modificación sustantiva. Se entendió que no era suficiente con la sola incorporación en los textos de la dogmática general de los derechos humanos; éstos fueron ubicados, adicionalmente, en un contexto de defensa objetiva en el derecho positivo. De esta incorporación surgió lo que hoy se conoce como garantías constitucionales.

El constitucionalismo peruano, por su lado, fue explícito en el reconocimiento de los derechos civiles y políticos, primero, y luego, de los económicos y sociales.

Desde los albores de la Independencia se fueron dando los primeros pasos para allanar este camino. Uno de los primeros documentos constitucionales, el Estatuto Provisional de 1821 promulgado por el General José de San Martín, ya reconocía, por ejemplo, el derecho de todo ciudadano Ha conservar y defender su honor, su libertad, su seguridad, su propiedad y su existencia, y no podrá ser privado de ninguno de estos derechos sino por el pronunciamiento de la autoridad competente, dado conforme a las leyes (García Belaúnde, Las Constituciones del Perú, 1993, pág. 80). A partir de la Constitución de 1823 en adelante todos los textos peruanos incluyeron un capítulo especial referido a los derechos y garantías civiles, teniendo a la Carta de 1979 como la máxima expresión de este reconocimiento, que, inclusive, significó la ubicación de los derechos y deberes fundamentales de la persona en el primer Título de la referida norma.

## 4.2 LA PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

### 4.2.1 Reseñas preliminares.

Para efectos de la presente tesis, importa saber algunas referencias de lo que tenemos hoy en día en el Perú como “Test de Proporcionalidad”, con la finalidad de saber ante qué nos encontramos y pretendemos entender y analizar.

En realidad, sabido es que no siempre fue denominado así; su ingreso fue tímido e incipiente, relativamente cercano, pero interesante al fin y al cabo.

Una primera aproximación al tema lo dio la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0649-2002-AA/TC con fecha 20 de Agosto del 2002, la cual en su fundamento 3 establece algunos criterios de interpretación para justificar en qué casos cabría una tratativa especial de un derecho particular respecto de otro, entiéndase como un margen de diferenciación legítima –no uso el término razonable por razones de evolución que se explicará luego-. Este “trato diferenciado”, como sería llamado a partir de dicha sentencia, reconocería tres estándares:

- i. La igualdad ante la ley es un principio constitucional y a la vez que un derecho subjetivo que garantiza:
  - Trato igual de los iguales.
  - Trato desigual de los desiguales.
  
- ii. La medida diferenciadora debe sustentarse:
  - En una base objetiva.
  - Conforme con el test de razonabilidad.
  
- iii. Tratamiento diferenciado debe estar provisto de:
  - Una justificación.
  - Si entre la medida adoptada y la finalidad perseguida existe relación.
  - Determinar si se trata de una medida adecuada y necesaria (principio de proporcionalidad)

Lo que aparentemente resultaba una novedad, no hacía sino establecer una incipiente adaptación del criterio de ponderación establecido por el sistema de filtros de medidas acogido por la experiencia jurídica española, donde se puede apreciar en la sentencia

del Caso 66/1995 – España emitida el 08 de Mayo de 1995, la cual en su fundamento 5 definía en concreto cuando una “Medida impeditiva” (podríamos llamarle también “medida restrictiva de derecho”) -en ese caso referido al ejercicio del derecho de reunión- supera el juicio de proporcionalidad, siendo para ello necesario constatar el cumplimiento de ciertos requisitos:

- Medida susceptible de conseguir el objetivo propuesto.- Garantía del orden público sin peligro para personas y bienes.
- Medida necesaria.- No debe existir otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia.
- Medida proporcionada, en sentido estricto.- Elección ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Propio o no el origen, nuestro ordenamiento jurídico tomo en consideración que existían supuestos de hecho donde era necesario la provisión de un trato distinto, debido a que suelen enfrentar distintos intereses sustentados en derechos con especial relevancia, debiendo ser el trato diferenciado razonable a partir de la interpretación teleológica de la Constitución Política, y proporcional respecto de lo que pretende proteger y las condiciones para pretender ello.

Ya en posteriores sentencias se establecería una clara distinción de esta idea estableciendo un paralelo entre lo que se denominaría “Normas de discriminación” y “Normas de diferenciación” en aras de seguir avanzando en éste análisis. Así en el colofón de la sentencia recaída en el expediente N° 0018-2003-AI/TC emitida el 26 de Abril de 2004 se delimitan como indicadores de una situación propia para la aplicación del trato diferenciado lo siguiente:

- a. La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación;
- b. La acreditación de una finalidad específica;
- c. La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde le perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales;

- d. La existencia de proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad; y,
- e. La existencia de racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho el medio empleado y la finalidad que se persigue.

Nótese que se ha pretendido deslindar dos instituciones jurídicas: la proporcionalidad y la razonabilidad, ello en aras de un fenómeno meramente teorizador, que después involucraría determinarlos como Principios debido a su vital importancia dentro de la interpretación jurídica, problema subsanado ya por el mismo Tribunal Constitucional y la doctrina al establecer de forma congruente que dichos postulados son consustanciales al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo, por ende, su observancia se estima en obligatoria para todo operador del derecho.

Si bien ello aún no resuelve la dicotomía entre la razonabilidad y la proporcionalidad, si ha orientado de forma más clara lo que pretendemos lograr en problemas tendenciosos donde se establecen menudos problemas interpretativos, es así que en el fundamento 33 de la sentencia del expediente N° 0045-2004-P/TC (2005) expedida el 29 de Octubre del 2005 se establece como la forma final del “Test de Proporcionalidad” el siguiente orden:

- a. Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación.
- b. Determinación de la «intensidad» de la intervención en la igualdad.
- c. Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
- d. Examen de idoneidad.
- e. Examen de necesidad.
- f. Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

Como conclusión en este aspecto, se prevé que hasta nuestros días se ha consolidado prototipo de análisis de ponderación entre ciertos bienes jurídicos, directamente ligados al derecho a la igualdad, que no hace sino reconocer que existe paridad del disfrute de

ciertas categorías jurídicas como son los derechos, pero asimismo, reconoce la plausibilidad en situaciones de hecho específicas.

#### **4.2.2 Primera Fase: Determinar el ámbito normativo del derecho fundamental.**

Esta primera fase tiene como finalidad enmarcar los límites bajo los cuales se abordará la situación controvertida, por ende resulta propio identificar las principales referencias normativas que sean útiles considerar, sean por impulso de las partes, como las posiblemente introducidas por el Tribunal Constitucional en aras de una mejor tutela del derecho que se pretende proteger mediante la acción de inconstitucionalidad.

Así, resulta importante para esta fase establecer de forma objetiva los sentidos interpretativos que se haya en colisión al momento de ejercer la ponderación, identificando los cánones circunstanciales y accidentales que complementan la condición de hecho que dio origen a la ponderación.

#### **4.2.3 Segunda fase: Identificar la restricción en el ámbito prima facie garantizado por el respectivo derecho fundamental.**

Este punto implica considerar los aspectos normativos y cualitativos de los bienes jurídicos que serán sopesados a partir del juicio de proporcionalidad. A diferencia del primer paso, que está referida a la contextualización del marco de intervención jurídica, esta fase propone una consideración más estricta sobre los núcleos y subnúcleos de injerencia que serán abordados por el Juez constitucional al momento de analizar la causa controvertida, siendo insoslayable una adecuada medición normativa de los elementos que componen los bienes jurídicos ponderados.

#### **4.2.4 Tercera fase: verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada.**

En esta parte del análisis se versa la forma bajo la cual el Tribunal Constitucional ha analizado el bien jurídico a partir de los subprincipios propios del Test de Proporcionalidad, como son los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; siendo que en la parte final de cada argumento propiciaremos el análisis pertinente de ser el caso, para lograr los fines previstos por este artículo.



**a. Subprincipio de idoneidad.**

“El subprincipio de idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin entre el medio adoptado y el fin medio a fin, entre el medio adoptado y el fin propuesto. Es decir, se trata del análisis de una relación medio-fin.” (Programa de formación académica (PROFA), 2005, pág. F.J. 38)

**b. Subprincipio de necesidad.**

El subprincipio de necesidad busca examinar si existen otros medios alternativos al optado que no sean gravosos o al menos que lo sean optado que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptarse para alcanzar el mismo fin. (Programa de formación académica (PROFA), 2005, pág. F.J. 39)

“En el presente caso, se trata, entonces, de examinar si frente a la medida adoptada por la emplazada (...), existían medidas alternativas que, de un lado, hubiese ido aptas para alcanzar los objetivos propuestos por el legislador penal (...); y, de otro, hubiesen sido más benignas con el derecho intervenido.” [SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 008-2012-AI/TC, Fundamento 44, párrafo 1]

**c. Subprincipio de proporcional en sentido estricto.**

Este subprincipio consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Como se aprecia, en la ley están presentes los dos elementos: la afectación –o no realización– de un principio y la satisfacción -o realización- del otro.

Se establece así una relación directamente proporcional según la cual: cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación del derecho, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en el derecho habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la

afectación en el derecho sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en el derecho no estará justificada y será inconstitucional (Programa de formación académica (PROFA), 2005, pág. F.J. 40)

Este subprincipio a diferencia de los anteriores está provisto de una estructura argumentativa que ha de respetarse y seguirse para los fines más adecuados en la interpretación del bien jurídico a partir de lo esbozado por el TC, esta estructura está conformada de la siguiente manera:

- Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir:
  - i. La importancia o peso de la intervención o limitación del derecho fundamental (grado de desventajas); y,
  - ii. La importancia de la satisfacción del fin perseguido por la intervención legislativa (grado de ventajas).
- Comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.
- Construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo.

### **4.3 EL DERECHO DE MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.**

#### **4.3.1 Reseñas preliminares.**

Tal como se expone en la doctrina del Tribunal Constitucional, “[...] uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la Ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma,

garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponde resolver”, conforme ha quedado establecido en el fundamento jurídico N° 26 de la sentencia recaída en el expediente N° 6712-2005-HC/TC (Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, 2005). “El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituya automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales [...]”, [fundamento jurídico N° 7 de la sentencia recaída en el expediente N° 6712-2005-HC/TC] (Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, 2005). “La certeza judicial es el derecho de todo procesado a que las sentencias o resoluciones estén motivadas, la exposición de un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican.

Esta figura es acorde con la Constitución, cuando señala en su artículo 139°, inciso 5), que es un principio de la función jurisdiccional, (...) la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”. (Jaime Amado Álvarez Guillén, 2005, pág. F.J. 37)

El Tribunal Constitucional del Perú en el Expediente N.º 1480-2006-AA/TC (Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, 2006, pág. F.J. 2), ha precisado que, “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios. En tal sentido, (...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una

nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos”. Asimismo, agrega que, “El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.”

#### **4.3.2 Sobre las deficiencias de la motivación y la sentencia arbitraria.**

En el expediente N.º 3943-2006-PA/TC (Juan de Dios Valle Molina, 2006) y antes en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini referidas en el expediente N.º 1744-2005-PA/TC (Jesús Absalón Delgado Arteaga, 2005), ambos citados en el caso contenido en el expediente N.º 00728-2008-PHC/TC (Giuliana Flor de María Llamoya Hilares, 2008) el Tribunal Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

##### **4.3.2.1 Inexistencia de motivación o motivación aparente.**

Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

##### **4.3.2.2 Falta de motivación interna del razonamiento.**

La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe

invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

#### **4.3.2.3 Deficiencias en la motivación externa (justificación de las premisas).**

El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

#### **4.3.2.4 La motivación insuficiente.**

Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

#### **4.3.2.5 La motivación sustancialmente incongruente.**

El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental en su artículo 139º, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

#### **4.3.2.6 Motivaciones calificadas.**

Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal.

#### **4.3.2.7 La sentencia arbitraria por indebida motivación y el principio de la interdicción de la arbitrariedad.**

El Tribunal Constitucional, en el expediente N.º 05601-2006-PA/TC (Fidel Gregorio Quevedo Cajo, 2007, pág. F.J. 3) ha precisado que, “el derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas.

Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional". En ese sentido, si bien el dictado de una sentencia no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente o en todo caso legítimamente las decisiones adoptadas o no se observan los procedimientos constitucionales y legales establecidos para su adopción. La arbitrariedad en tanto es irrazonable implica inconstitucionalidad. Por tanto, toda sentencia que sea caprichosa; que sea más bien fruto del decisionismo que de la aplicación del derecho; que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón; que sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional.

Lo expuesto se fundamenta además en el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, el cual surge del Estado Democrático de Derecho (Perú G. d., 1993, pág. Art. 3º y 43º) y tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo, conforme se expone en el fundamento jurídico N° 12 del expediente N° 0090-2004-AA/TC, (Juan Carlos Callegari Herazo, 2004)

A lo dicho, debe agregarse que constituye deber primordial del Estado Peruano garantizar la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, interdictando o prohibiendo cualquier forma de arbitrariedad. (Perú G. d., 1993, pág. Art. 44º)

#### **4.3.2.8 Sobre la ausencia de justificación interna y externa.**

Sobre **la motivación como justificación interna**, Juan Igartúa Salaverría (2009, pág. 25) expone que, lo primero que ha de exigirse a la motivación es que proporcione un armazón argumentativo racional a la resolución judicial. En la sentencia, la decisión final es la culminación de una cadena de opciones

preparatorias. (...) En este marco, la buena andanza de la motivación pasa, necesariamente, por presentar la decisión final como el resultado de unas decisiones antecedentes (que funcionarían como premisas).

Que, asimismo, sobre la **motivación como justificación externa**, sostiene que, “cuando las premisas son opinables, dudosas u objeto de controversia, no hay más remedio que aportar una justificación externa. Y de ahí se siguen nuevos rasgos del discurso motivatorio: i) **La motivación ha de ser congruente** (y, a fortiori, no contradictoria). Debe emplearse una justificación adecuada a las premisas que hayan de justificarse, pues no se razona de la misma manera una opción a favor de tal o cual interpretación de un artículo legal que la opción a considerar como probado o no tal o cual hecho. Pero si la motivación ha de ser congruente con la decisión que intenta justificar, parece lógico inferir que también habrá de serlo consigo misma; de manera que sean recíprocamente compatibles todos los argumentos que componen la motivación; ii) **La motivación ha de ser completa**.

Es decir, han de motivarse todas las opciones que directa/indirectamente y total/parcialmente pueden inclinar el fiel de la balanza de la decisión final hacia un lado o hacia el otro; iii) **La motivación ha de ser suficiente**. No es una exigencia redundante de la anterior (la "completitud" responde a un criterio cuantitativo —han de motivarse todas las opciones—, la "suficiencia" a un criterio cualitativo —las opciones han de estar justificadas suficientemente—). No se trata de responder a una serie infinita de porqués. Basta con la suficiencia contextual” (2009, pág. 26).

Sobre la motivación insuficiente Juan Igartúa Salaverría argumenta que, “para hacernos cargo del significado de "motivación insuficiente" (no confundiéndola con la motivación incompleta o parcial, censada en el apartado anterior), reiteraré lo dicho antes subrayando que "motivación completa" y "motivación suficiente" no son expresiones redundantes. La primera (motivación completa) es la que justifica todas las decisiones relevantes que predeterminan la decisión final. La segunda (motivación suficiente) es la que aporta las razones (jurídicas y de otra índole) necesarias para ofrecer una justificación apropiada” (2009, pág. 33);



#### **4.3.3 Sobre el examen de constitucionalidad de las resoluciones judiciales.**

En relación al canon para el control constitucional de las resoluciones judiciales el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 03179-2004-AA/TC (Apolonia Ccollcca Ponce, 2005, pág. F.J. 23), ha precisado que, “el canon interpretativo que le permite al Tribunal Constitucional realizar, legítimamente, el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias está compuesto, en primer lugar, por un examen de razonabilidad; en segundo lugar, por el examen de coherencia; y, finalmente, por el examen de suficiencia.

##### **4.3.3.1 Examen de razonabilidad.**

Por el examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión del (...) proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.

##### **4.3.3.2 Examen de coherencia.**

El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con (...) la decisión judicial que se impugna (...).

##### **4.3.3.3 Examen de suficiencia.**

Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión [de la resolución judicial], a fin de cautelar el derecho fundamental demandado.

#### **4.3.4 Principio constitucional de seguridad jurídica.**

Diversos autores han discutido acerca de la seguridad. Así por ejemplo, el tratadista argentino Aníbal Alterini (1993, pág. 18) afirma sobre la seguridad lo siguiente: “Se dice que algo brinda seguridad cuando está dotado de las calidades de ser seguro y no presentar peligro; cuando es *securus*, porque está libre de cura, o sea de cuidado o riesgo”.

La seguridad es susceptible de ser apreciada desde el punto de vista del Derecho, configurándose ésta en seguridad jurídica: “La situación de hecho es jurídica cuando

está regida por el Derecho, como disciplina regulatoria de la convivencia humana. Por lo tanto, cuando la seguridad resulta del Derecho, hay seguridad jurídica. (...) La seguridad jurídica afirma la certeza y la permanencia de las situaciones jurídicas, vale decir de las que están regladas por el sistema del Derecho. En términos generales, hay seguridad jurídica cuando el sistema ha sido regularmente establecido, mediante leyes susceptibles de ser conocidas, que sólo se aplican a conductas posteriores – y no previas – a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad, y que son dictadas adecuadamente por quién está investido de facultades para hacerlo. Todo ello permite calcular razonablemente las consecuencias de Derecho que tendrá en el futuro lo que se hace hoy”. (Alterini, 1993, pág. 19) Es así como comprobamos las cualidades de la seguridad jurídica como sustrato de nuestro ordenamiento jurídico. Es la certeza, la previsibilidad en la aplicación del Derecho.

Entre los numerosos autores que la definen se encuentra Pedro Garrido (2000, pág. 37) el cual señala que: “La seguridad jurídica bien pudiera concebirse como la previsibilidad de los efectos de cualquier conducta humana, y concretamente, en el campo del derecho patrimonial, del establecimiento de una relación jurídica de verificación instantánea o de tracto duradero. El derecho será eficaz y útil, por tanto, en la medida en que sus normas se hayan dictado con la suficiente claridad y realismo para, por una parte, delimitar correctamente los supuestos de hecho a los que se refieren, y por tanto no permitir duda alguna sobre las consecuencias jurídicas que para cada uno de esos hechos deban seguirse, y por otra establecer unas consecuencias razonables y justas que hagan suficientemente aceptables sus resultados, con lo que se logrará el respeto generalizado de las mismas”.

La noción de seguridad jurídica, encuentra entonces, su punto de apoyo en principios generales de derecho de validez absoluta en cuanto a tiempo y lugar, subyace detrás de ella la idea de justicia, libertad, igualdad, y demás derechos inherentes a la persona humana. Según la definición dada por Cabanellas (1979, pág. 67) en su Diccionario de Derecho Usual, la seguridad jurídica consiste en: “La estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su Amparo eficaz ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha establecido que, “el principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La

predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (Sentencia del Tribunal Constitucional Europeo N° 36/1991, fundamento jurídico N° 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal."

Así pues, como se ha dicho, la seguridad jurídica (Colegio de Notarios de Junín, 2003) es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2º, inciso 24, párrafo a) ("Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe"), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, párrafo d) ("Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley") y 139º, inciso 3, ("Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación").

### 2.3. Hipótesis.

La aplicación de la técnica del *overruling* en los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional vulnera el derecho fundamental a la debida motivación establecida en la Constitución Política del Estado Peruano debido que modifican sus núcleos esenciales, generando un estado de inseguridad jurídica.

## CAPÍTULO 3. METODOLOGÍA

### 3.1. Operacionalización de variables

| VARIABLE 1                         | DEFINICIÓN CONCEPTUAL  | DIMENSIONES   | SUBDIMENSIONES   | ITEMS   |   |
|------------------------------------|--|---|--|---|---|
| La técnica del <i>overruling</i> . | Institución jurídica originaria del <b>sistema del <i>Common Law</i></b> , acogida en algunos países del <b>sistema del <i>Civil Law</i></b> , - <b>como el caso de la justicia constitucional peruana-</b> , que permite cambiar un criterio de interpretación preestablecido por un <b>precedente vinculante constitucional</b> , dando por efecto la aplicación inmediata del precedente. | Características propias del <i>overruling</i> en el <i>Common Law</i> . | Ausencia de regulación normativa.                          | ¿Es recomendable la ausencia de regulación del <i>overruling</i> en el Perú?  |   |
|                                    |  |   | Creación del precedente por los litigantes.                | ¿Los litigantes en un proceso constitucional contribuyen a crear el contenido del precedente vinculante constitucional?, ¿de qué manera?                      |   |
|                                    |  |   | Doctrina del <i>stare decisis</i> .                        | ¿Los precedentes vinculantes en el Perú afectan a las sentencias anteriores, las de pendiente resolución o a las emitidas al momento posterior al precedente? |   |
|                                    |  | Corrientes doctrinarias del <i>overruling</i> en el <i>Common Law</i> . | Doctrina de la <i>res iudicata</i> .                       | ¿Puede anularse un precedente vinculante constitucional cuando éste se sustentó en un presupuesto de hecho equivocado?  |   |
|                                    |  |   | Tipologías del <i>overruling</i> en el <i>Common Law</i> . | <i>Retrospective overruling</i> .   | ¿Qué efectos genera en los derechos fundamentales la aplicación del <i>retrospective overruling</i> ? |
|                                    |  |   |  | <i>Prospective overruling</i> .   | ¿Qué efectos genera en los derechos fundamentales la aplicación del <i>prospective overruling</i> ?   |
|                                    |  | <i>Limited overruling</i> .   |  | ¿Qué efectos genera en los derechos fundamentales la aplicación del <i>limited overruling</i> ?   |   |
|                                    |  | Instituciones jurídicas auxiliares en el sistema de                     | <i>Holding</i> .   | ¿Se aplica la institución del <i>holding</i> en el sistema de precedentes constitucionales del Perú?  |   |

|  |  |  |   |  |
|--|--|--|---|--|
|  |  | precedentes conexas al <i>overruling</i> en el <i>Common Law</i> . | <i>Dictum</i> .   | ¿Se aplica la institución del <i>dictum</i> en el sistema de precedentes constitucionales del Perú?  |
|  |  |  | <i>Distinguish</i>  | ¿Se aplica la institución del <i>distinguish</i> en el sistema de precedentes constitucionales del Perú?   |
|  |  | Regulación jurídica del <i>overruling</i> en el Perú               | Código Procesal Constitucional.   | ¿Cómo se regula el <i>overruling</i> en el Perú?   |
|  |  |  | Estructura de la motivación.  | ¿Existe una estructura común de argumentación en las sentencias que son declaradas precedentes vinculantes por el Tribunal Constitucional?   |
|  |  | Casos de <i>overruling</i> en el Perú.                             | Precedentes vinculantes constitucionales dejados sin efectos por aplicación del <i>overruling</i> en relación a derechos fundamentales. | - Sentencia del Tribunal Constitucional 01941-2002-AA/TC.<br>- Sentencia del Tribunal Constitucional 03361-2007-AA/TC.<br>- Sentencia del Tribunal Constitucional 03741-2004-PA/TC.<br>- Sentencia del Tribunal Constitucional 04853-2004-PA/TC. |
|  |  |  | Precedentes vinculantes constitucionales que han aplicado el <i>overruling</i> en relación a derechos fundamentales.                    | - Sentencia del Tribunal Constitucional 01412-2007-PA/TC.<br>- Sentencia del Tribunal Constitucional 03908-2007-PA/TC.<br>- Sentencia del Tribunal Constitucional 04293-2012-PA/TC.  |
|  |  | El precedente vinculante del Tribunal Constitucional al peruano.   | Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional.  | ¿Actúa con independencia y autonomía el Tribunal Constitucional?   |
|  |  |  |   | ¿Es la justicia constitucional una forma de jurisdicción?  |
|  |  |  |   | ¿De qué manera el Tribunal constitucional realiza control político?  |

|                            |  |  |  | ¿De qué manera el Tribunal Constitucional peruano crea el derecho?  |
|----------------------------|--|--|--|---|
|                            |  |  | Competencias del Tribunal Constitucional.              | ¿Qué tipo de competencia posee el Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales?   |
|                            |  |  |  | ¿Es conveniente la aplicación del principio Kompetenz-kompetenz en la justicia constitucional?  |
|                            |  |  | Criterio de interpretación de observancia obligatoria. | ¿Los actuales precedentes vinculantes han satisfecho el cumplimiento de los presupuestos habilitantes para la creación de un criterio de interpretación de observancia obligatoria? |
|                            |  |  |  | ¿De qué manera debe motivarse un precedente vinculante constitucional?  |
|                            |  |  |  | ¿Es relevante el tiempo de vigencia de un precedente vinculante constitucional?   |
| VARIABLE 2                 | DEFINICIÓN CONCEPTUAL  | DIMENSIONES  | SUBDIMENSIONES   | ITEMS   |
| Los derechos fundamentales | <b>Son derechos humanos recogidos como normas por la Constitución</b> de un Estado, los cuales se componen por núcleos, de los cuales sólo algunos son <b>plausibles de ponderación jurídica</b> , para garantizar su debido cumplimiento. | Clasificación de los derechos humanos recogidos por la Constitución Peruana. | Derechos autoaplicativos.                              | ¿De qué manera se motiva un precedente vinculante en caso de derechos fundamentales autoaplicativos?  |
|                            |  |  | Derechos programáticos.                                | ¿De qué manera se motiva un precedente vinculante en caso de derechos fundamentales programáticos?  |
|                            |  |  | Derechos estructurales.                                | ¿De qué manera se motiva un precedente vinculante en caso de derechos fundamentales estructurales?  |
|                            |  |  | Derechos operativos.                                   | ¿De qué manera se motiva un precedente vinculante en caso de derechos fundamentales operativos?   |
|                            |  | Teoría de los núcleos de   | Núcleos esenciales o                                   | ¿Un precedente vinculante, puede  |

|  |  |   |   |  |
|--|--|---|---|--|
|  |  | los derechos fundamentales                          | duros de derecho fundamental.                             | modificar el núcleo esencial de un derecho fundamental?  |
|  |  |   | Núcleos no esenciales o flexibles de derecho fundamental. | ¿Un precedente vinculante, puede modificar el núcleo no esencial de un derecho fundamental?  |
|  |  | Examen de ponderación de los derechos fundamentales | Principio de idoneidad.                                   | ¿El nuevo criterio establecido en el precedente vinculante mejora la tutela del derecho fundamental ponderado?   |
|  |  |   | Principio de necesidad.                                   | ¿El nuevo criterio establecido en el precedente vinculante es la mejor forma de tutelar el derecho fundamental ponderado?                                      |
|  |  |   | Principio de proporcionalidad en sentido estricto.        | ¿El nuevo criterio establecido en el precedente vinculante representa razonablemente mayor beneficio frente a la injerencia del derecho fundamental ponderado? |

### 3.2. Diseño de investigación.

- El tipo de investigación es No Experimental: descriptivo-correlacional.
- El diseño de la investigación es transversal.

Justificación: El propósito de la tesis fue describir las variables y analizar su incidencia a partir de los métodos establecidos en el punto 4.3.2.

- Esquema del Diseño Transversal:

|                |           |
|----------------|-----------|
| <b>Estudio</b> | <b>T1</b> |
| <b>M</b>       | <b>O</b>  |

Dónde:

M: Muestra

O: Observación

### 3.3. Unidad de estudio

#### 3.3.1. Unidad de estudio N.º 01

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano que haya modificado el criterio interpretativo asumido por un precedente vinculante mediante la aplicación de la técnica del *overruling* referido a derechos fundamentales.

- **Justificación:** Sólo se requiere las sentencias que estén directamente relacionadas con las dos variables del problema de investigación para que puedan incidir directamente en su medición, para arribar a conclusiones válidas.

#### 3.3.2. Unidad de estudio N.º 02

Abogado especialista en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, que haya impartido clases en dicha especialidad en instituciones de Educación Superior, a nivel de Pregrado o Postgrado, en la Carrera de Derecho, que cuente con conocimientos específicos en la aplicación de la técnica del *overruling* y en precedentes vinculantes constitucionales.

- **Justificación:** Sólo se requiere personas que tengan conocimientos especializados en el Derecho Constitucional que estén directamente relacionados con las dos variables del problema de investigación para que puedan incidir directamente en su medición, para arribar a conclusiones válidas.

### 3.4. Población.

#### 3.4.1. Población A (en relación a la unidad de estudio N.º 01):

La población de esta tesis está dada por tres sentencias del Tribunal Constitucional Peruano que han modificado el criterio interpretativo asumido por un precedente vinculante mediante la aplicación de la técnica del *overruling* referido a derechos fundamentales.

#### 3.4.2. Población B (en relación a la unidad de estudio N.º 02):

La población de esta tesis está dada por catorce abogados especialistas en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, que han impartido clases en dicha especialidad en instituciones de Educación Superior, a nivel de Pregrado o Postgrado, en la Carrera de Derecho, que cuentan con conocimientos específicos en la aplicación de la técnica del *overruling* y en precedentes vinculantes constitucionales.



### 3.5. Muestra.

#### 3.5.1. Tipo de muestreo

**a. No probabilístico “i”** (en relación a la población A)

Dada la circunscripción de la población A, y su respectiva unidad de estudio, el tipo de muestreo es no probabilístico debido a que se hará una investigación a fondo de las consideraciones teóricas que sustentan las decisiones del Tribunal Constitucional para aplicar el *overruling* y los criterios de interpretación que adopta; en consecuencia, no resulta relevante para el investigador establecer una evaluación estadística de esta muestra.

**b. No probabilístico “ii”** (en relación a la población B)

Dada la circunscripción de la población B, y su respectiva unidad de estudio, el tipo de muestreo es no probabilístico debido a que se requerirá únicamente las consideraciones teóricas personales que tienen los expertos en relación a los argumentos que sustentan las decisiones del Tribunal Constitucional para aplicar el *overruling* y los criterios de interpretación que adopta; en consecuencia, no resulta relevante para el investigador establecer una evaluación estadística de esta muestra.

#### 3.5.2. Diseño de la muestra

**a. Diseño de la muestra no probabilística “i”**

El diseño de la muestra no probabilístico “i” es para variables cualitativas con población finita: Ello en razón a lo que se pretende estudiar de las variables de conformidad a las condiciones que se establecen para la unidad de estudio N. ° 01 (véase el sub-punto 3.3.1) y la cantidad poblacional existente (véase el sub-punto “3.4.1. Población A”).

**b. Diseño de la muestra no probabilístico “ii”**

El diseño de la muestra no probabilístico “ii” es para variables cualitativas con población finita: Ello en razón a lo que se pretende estudiar de las variables de conformidad a las condiciones que se establecen para la unidad de estudio N. ° 02 (véase el sub-punto 3.3.2) y la cantidad poblacional existente (véase el sub-punto “3.4.2. Población B”).

### 3.5.3. Fórmula estadística aplicable

#### a. Para la muestra en relación a la población A

$$n = \frac{N \cdot Z^2 \cdot p \cdot q}{(N - 1) \cdot E^2 + Z^2 \cdot p \cdot q}$$

$$n = \frac{3 \cdot 2.58^2 \cdot 0.5 \cdot 0.5}{(3 - 1) \cdot 0.01^2 + 2.58^2 \cdot 0.5 \cdot 0.5}$$

$$n = \frac{4.9923}{0.0002 + 1.6641}$$

$$2.9996 = \frac{4.9923}{1.6643} = 3 \text{ (redondeado)}$$

Dónde:

- **Z = 2.58:** Valor de la distribución normal estandarizada para un nivel de confianza al 99% para arribar a resultados más precisos.
- **p = 0.5:** Valor decimal asignado en razón a la unidad, debido a la inexistencia de investigaciones anteriores que tengan el mismo tema de investigación.
- **q = 0.5:** Valor decimal asignado a la tesis en desarrollo en suplencia del valor de la unidad, en relación a inexistencia de anteriores investigaciones.
- **E = 1%:** Porcentaje del estimador del margen de error fijado por el investigador.
- **N = 3:** Tamaño de la población.
- **n = 3:** Tamaño de la muestra resultante redondeada.

#### b. Para la muestra en relación a la población B

Se elige una población-muestral de catorce abogados especialistas en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, que han impartido clases en dicha especialidad en instituciones de Educación Superior, a nivel de Pregrado o Postgrado, en la Carrera de Derecho, que cuentan con conocimientos específicos en el *overruling* y en precedentes vinculantes constitucionales; en consecuencia, no resulta pertinente la aplicación de una fórmula para determinar la muestra en relación a la población B.

### **3.5.4. Muestra seleccionada**

#### **a. Para la muestra en relación a la población A**

- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 01412-2007-PA/TC emitida el 11 de Febrero de 2009.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03908-2007-PA/TC emitida el 11 de Febrero de 2009.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04293-2012-PA/TC emitida el 18 de Marzo de 2014.

#### **b. Para la muestra en relación a la población B**

- Manuel Estuardo Luján Túpez.
- Pedro Paulino Grández Castro.
- Carlos Hakansson Nieto.
- Marcial Rubio Correa.
- Rubén Martínez Dalmau.
- Luis Felipe Bourguet Bermúdez.
- Francisco Javier Díaz Revorio.
- Néstor Pedro Sagüés.
- Eduardo Ferrer Mac-Gregor.
- José Luis García Guerrero.
- María José Majano Cano.
- María Elena Rebato Peño.
- Miguel Carbonell.
- Perfecto Andrés Ibáñez.

### **3.6. Técnicas, instrumentos y procedimientos de recolección de datos**

#### **3.6.1. Técnicas de recolección de datos.**

La técnica utilizada para la recolección de datos fue la siguiente

- El fichaje: técnica necesaria para la colección de información teórica y jurisprudencial.

#### **3.6.2. Instrumentos de recolección de datos.**

Los instrumentos utilizados para la aplicación de la técnica de recolección fueron las siguientes:

- La ficha bibliográfica: instrumento necesario para la recopilación de la información necesaria para la conformación de las bases teóricas de la presente tesis.
- La ficha de parafraseo: instrumento necesario para conceptualizar mediante proceso volitivo del autor, las consideraciones interpretaciones asumidas al momento del análisis hermenéutico de la muestra de estudio.

### **3.6.3. Procedimientos de recolección de datos.**

- Se consultó bibliografía escrita y virtual sobre profesionales especializados en Derecho Constitucional a nivel nacional e internacional que hayan realizado investigaciones sobre cualquiera de las variables de la presente investigación, recurriendo para ello a la visita de bibliotecas universitarias, librerías jurídicas y bibliotecas jurídicas virtuales de instituciones como la Universidad Autónoma de México, Universidad de Buenos Aires, UNED, Centro de Estudios Constitucionales de España, y otras plataformas como VLex.
- Luego de recabada la información en las fuentes aludidas en el punto precedente, se administrará la data pertinente con los instrumentos consignados: La ficha bibliográfica y la ficha de parafraseo.

## **3.7. Métodos, instrumentos y procedimientos de análisis de datos**

### **3.7.1. Métodos de análisis de datos.**

Los métodos utilizados para el análisis de los datos recopilados son los siguientes

- El análisis documental: que permitió procesar las bases teóricas en correlato a cada una de las variables para hacer el *adecuado* análisis de la muestra seleccionada.
- El análisis jurisprudencial: que permitió el análisis de las muestras seleccionadas, ya que son sentencias de un órgano de justicia; esto conllevará su adecuado procesamiento al momento de ser medidas.
- El juicio de expertos: técnica necesaria para la verificación de fuentes personales-profesionales especializados en la materia constitucional, procesal constitucional, y demás relacionadas al contenido de la muestra de la presente tesis.

### **3.7.2. Instrumentos de análisis de datos.**

Los instrumentos utilizados para el análisis de los datos recopilados son los siguientes:

- La guía de análisis documental: instrumento necesario para el análisis detallado de la información procesada a partir de la aplicación de las técnicas en la muestra seleccionada.
- La guía de análisis jurisprudencial: instrumento necesario para el análisis detallado de la información procesada a partir de la aplicación de la técnica de análisis jurisprudencial en la muestra seleccionada.
- La guía de juicio de expertos: instrumento necesario para interpretar la información sobre el contenido de las instituciones teóricas y jurisprudenciales propias de la naturaleza de la presente tesis.

### **3.7.3. Procedimientos de análisis de datos.**

- La guía de análisis documental: de las bases teóricas obtenidas, se analizó las relacionadas con las variables de la presente investigación, confrontando y unificando criterios de interpretación y posiciones jurídicas sobre distintos elementos necesarios para el examen final de las consideraciones dogmáticas y jurisprudenciales.
- La guía de análisis jurisprudencial: a partir del diseño propuesto en anexos, se examinó la justificación interna y externa de las premisas, así como el examen de fondo de la decisión constitucional prevista en el precedente, discriminando cada una de las partes y requisitos para su dación, para luego determinar la viabilidad de aplicación del *overruling*, y si dicha injerencia ha implicado una mejora en la tutela de los derechos fundamentales.
- La guía de juicio de expertos: se registró de forma escrita o verbal los principales comentarios de expertos en Derecho Constitucional acerca de las variables contenidas en la presente investigación a partir de un banco mínimo de preguntas signadas en anexos para su posterior discusión con la información teórica y jurisprudencial obtenida.

## CAPÍTULO 4. RESULTADOS

### 4.1. Resultados de la aplicación del instrumento: Guía de Juicio de Expertos.

#### 4.1.1. Objeto de estudio sobre la cual se aplicó el instrumento.

4.1.1.1. Muestra seleccionada en relación a la población B de la presente tesis citada en el punto 3.5.4, literal “b”.

#### 4.1.2. Resultados obtenidos.

- El precedente debe tener por objeto esclarecer los alcances de una disposición constitucional o también legal pero a la luz de la constitucionalidad; se logra por medio de la redacción de una regla jurídica impecable, es decir, que pueda perdurar en el tiempo y brindar la claridad necesaria para interpretar correctamente la vigencia de la separación de poderes y el respeto a los derechos humanos; por eso los precedentes son, por naturaleza, pocos en su producción y longevos en el tiempo.
- Si el precedente contiene elementos de dudosa constitucionalidad debería cambiarse por medio de otro precedente (*overruling*); ello podría ser corregido por el propio Tribunal Constitucional o, si fuese el caso, por un órgano supranacional para la protección de los derechos humanos (por ejemplo la Corte Internacional de Derechos Humanos).
- El Tribunal Constitucional puede cambiar sus precedentes vinculantes y, aún, invertir su contenido, es decir, decir no como vinculante donde antes decía sí, para lo cual tiene que fundamentar debidamente en sus partes considerativas, de acuerdo con los cánones de fundamentación que ha sostenido.
- El precedente vinculante se analiza a partir de casos homologados y no sólo del criterio jurídico asumido por el Tribunal Constitucional, el examen del primero justifica el examen del segundo, para determinar la aplicabilidad del precedente vinculante. El precedente judicial solo se puede aplicar cuando existe la misma relación lógica entre los dos casos y cuando las circunstancias históricas no son determinantes; no puede ser aplicado cuando no existe la relación lógica y cuando las circunstancias históricas plantean otro tipo de necesidades. De igual forma:

1. Que no exista un precedente previo, que el precedente de una respuesta jurídica y que sirva para casos semejantes, a fin de abonar a la certeza jurídica.
  2. Las cuestiones jurídicas que ya estén establecidas por el legislador en las normas o que hayan sido materia de precedentes anteriores, salvo en el caso que da nacimiento al precedente este de un cambio de precedente justificado para una mejor aplicación del derecho en el caso concreto
- **Sobre las partes de un precedente judicial (vinculante):**
    - La relación entre el conflicto presentado en el caso y la solución asignada (*Stare decisis*). La vinculación del precedente es esta relación, no la contingencia histórica donde se desarrolla. La argumentación se basa en la posibilidad de aplicación de un caso en el marco de las condiciones del caso que se está analizando.
    - *Reasons*: Razonamiento jurídico, consistente en la explicación o los motivos que han llevado al tribunal a adoptar dicha decisión.
    - Ratio decidendi: son los fundamentos de la decisión. Ésta es la que crea el precedente en la sentencia.
    - Obiter dictum: son observaciones incidentales sobre otras cuestiones distintas al motivo principal de la sentencia.
  - El *overruling* no es una figura de este sistema normativo escrito o positivo, los límites por lo tanto a su ejercicio no provienen de la Ley, sino de la misma jurisprudencia (sistema de autorregulación).
  - Como cualquier institución el derecho está sometido al tiempo, por ello, la existencia del *overruling* es necesaria, incluso al punto que se debe considerar que los precedentes en todos los países donde mejor ha funcionado (Inglaterra, Estados Unidos y Australia) son pocos y son añejos, por ello es necesario que no se dicten constantemente para evitar el abuso del *overruling*.
  - **Limitación interpretativa de los derechos fundamentales al momento de la aplicación del *overruling*:**
    - El *overruling* debe plantearse siempre en el marco de la evolución de los derechos, sin que el precedente pueda servir de mecanismo de anquilosamiento en la evolución de los derechos.

- Un nuevo precedente es determinante para la tutela de los derechos cuando las circunstancias que rodean el caso están direccionadas hacia la evolución del derecho.
- Las limitaciones se darán en razón de la materia, por ejemplo las fronteras no serán semejantes en materia tributaria. Otro tipo de limitación es la reiteración de casos para configurar el cambio de precedente. Por regla general, los derechos fundamentales están integrados por el principio universal de progresividad, esto en estricto sentido limita a la interpretación. Además cuentan con el principio de transversalidad y universalidad es decir, estos se encuentran en todos los derechos fundamentales y en todos los niveles del derecho.
- o Desde una visión del Derecho Constitucional como norma base de la regulación de los derechos fundamentales, el control de la constitución si debe alcanzar a los efectos de cualquier precedente, sin importar si es nuevo o no, por lo tanto los derechos fundamentales podrían ser restringidos siempre que cumplan con tres características:
  - Que la restricción sea emitida por la autoridad competente, es decir por un cuerpo legislativo (Congreso, Parlamento, Corte).
  - Que la restricción se emitida a través de una Ley, siempre que esté vinculada al objeto principal de la Ley.
  - Que la medida sea la menos restrictiva de todas las posibles.

## **4.2. Resultados de la aplicación del instrumento “Guía de análisis documental”.**

### **4.2.1. Objeto de estudio sobre la cual se aplicó el instrumento:**

- 4.2.1.1. Doctrina nacional y comparada citada en las bases teóricas de la presente tesis en el punto 2.2.
- 4.2.1.2. Sentencias del Tribunal Constitucional citada en las bases teóricas de la presente tesis en el punto 2.2.



#### 4.2.2. Resultados obtenidos:

##### 4.2.2.1. En relación a la institución jurídica del *overruling*.

- a. Según Robert S. Baker (2014, pág. 29) y Roger Rodríguez Santander, citado por García Toma (2009, pág. 55), en el Sistema Americano así como en el sistema peruano, sólo existe una designación a una regla general que se encuentra complementada, en el primer caso, por los principios sobre relaciones consuetudinarias y de derecho positivo; mientras que en el segundo, por la integración e interpretación del ordenamiento creado por el Juez a partir del caso planteado; en ambas situaciones, que permitan la resolución de casos posteriores de condición fáctica homóloga. Por su parte, el Tribunal Constitucional en el caso Ramón Salazar Yarlenque (2005) ha establecido que "el precedente es una técnica para la adecuación de la jurisprudencia permitiendo al mismo tiempo que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia ha ido delimitando paulatinamente (...)".
- b. Según Víctor García Toma (2009, pág. 64), así como Según Robert S. Baker (2014, pág. 35) los presupuestos que habilitan la dación de un nuevo precedente en aplicación del *overruling* son los siguientes:
  - Cuando se acredita que el precedente vinculante vigente ha generado consecuencias jurídicas políticas o sociales distintas a las previstas por el Tribunal Constitucional al momento de expedirla.
  - Cuando se comprueba que el precedente vigente ha quedado desfasado en razón a la nueva dinámica científica, social, política o jurídica.
  - Cuando se comprueba la existencia de cambios en la Constitución por la vía de la Reforma Constitucional.
  - Cuando tras la renovación de los miembros del órgano jurisdiccional, se comprueba que los nuevos operadores tienen una apreciación diferente que la de sus predecesores.
- c. Asimismo, el mismo autor (García Toma, 2009, pág. 64) sostiene que, la sentencia que dispone la aplicación del *overruling*, está sujeta al cumplimiento de, aparte de los requisitos necesarios para la constitución de un precedente vinculante, los requisitos siguientes en su motivación:

- Expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan dicha decisión, lo cual implica que se consigne claramente la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta la modificación. En este punto, el autor Robert S. Barker (2014, pág. 33 y ss.) expone que resulta necesario establecer la distinción expresa entre los *holdings*, y el *obiter dicta*, siendo que la doctrina nacional incorpora como elemento vinculante la *ratio decidendi*.
  - Determinación de sus efectos jurídicos en el tiempo; en ese orden de ideas, puede ser de aplicación el prospective *overruling*, *retrospective* o *limited*.
- d. El tiempo de vigencia del precedente vinculante es relevante debido a que su dación se sustenta en el principio de *stare decisis*, el cual establece que debe existir un equilibrio razonable entre la estabilidad y el cambio del precedente, es decir, velar por un sometimiento razonable al precedente en tanto ello no impida la corrección *a posteriori* de los errores que eran apropiados al momento de su expedición, pero cuya razón de ser dejó de existir tiempo atrás, ello precisamente conllevará la tutela de la seguridad jurídica en cuanto a quienes se someten al precepto jurídico.

#### 4.2.2.2. En relación a los derechos fundamentales.

- a. No existe en la doctrina ni en la jurisprudencia una alusión particular a la forma de motivación que debe tener un precedente vinculante en relación a derechos fundamentales, en ninguna de sus clasificaciones.
- b. Teniendo en cuenta lo anterior, ni la doctrina, ni la jurisprudencia hacen una alusión estricta a la modificación del núcleo esencial de un derecho fundamental en la aplicación del *overruling*.
- c. Desde la perspectiva estrictamente de la teoría de los derechos fundamentales, existen tres categorías de derechos fundamentales: autoaplicativos, programáticos, estructurales, los cuales merecen una especial motivación, dada su condición jurídica; en este sentido guarda especial consideración el derecho a la debida motivación que establece los parámetros de justificación de las premisas que componen la estructura de toda resolución, siendo para el caso el precedente constitucional vinculante.

### **4.3. Resultados de la aplicación del instrumento “Guía de análisis jurisprudencial”.**

#### **4.3.1. Objeto de estudio sobre la cual se aplicó el instrumento:**

4.3.1.1. Muestra seleccionada en relación a la población A de la presente tesis citada en el punto 3.5.4, literal “a”.

#### **4.3.2. Resultados obtenidos:**

##### **4.3.2.1. Del caso Loreto – Consorcio Requena (Expediente N. ° 04293-2012-PA/TC).**

- a. En relación a la institución jurídica del *overruling*.
  - Dejó sin efecto el precedente vinculante N.° 03741-2004-PA/TC (Caso Salazar Yarlenque), el cual autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo.
  - Los derechos objeto de examen constitucional que se analizaron fueron el derecho de defensa y el derecho a la igualdad en aplicación de la ley, estableciendo para ello una estructura de análisis diferenciada por ítems para cada derecho presuntamente vulnerado, consignando los argumentos relativos de cada parte procesal, así como las consideraciones del Tribunal Constitucional, para luego pasar a un subpunto de efectos de la sentencia, donde se realiza, la fundamentación del *overruling*, determinando que, conforme al fundamento 32 de la sentencia, a pesar de haberse fijado las reglas para el establecimiento de un precedente vinculante en el Expediente N.° 00024-2003-AI/TC, las mismas no fueron respetadas cuando se fijó el precedente contenido en el Expediente N.° 03741-2004-PA/TC en materia de control difuso administrativo, consignando como efecto del nuevo precedente únicamente la revocatoria del anteriormente estipulado en el caso Salazar Yarlenque, sin establecer una nueva regla.

b. En relación a los derechos fundamentales.

- Únicamente centraron su examen en el anterior precedente vinculante, respecto al deber de control difuso por parte de los órganos administrativos; siendo éste un derecho que se centra en el control de constitucionalidad, por ende, de naturaleza programática, dado que para su salvaguarda requiere de un pronunciamiento por autoridad competente para ser tutelada.
- En este caso, como se ha expuesto a partir de las consideraciones, en mayoría de cada uno de los argumentos vertidos por los magistrados del Tribunal Constitucional, se ha resuelto, más que un cambio de precedente, la revocatoria del precedente vinculante precisado en el caso Salazar Yarlenque, precisado, en la aparente transgresión del principio de división de poderes, así como, la constitucionalidad misma del contenido del control difuso como institución jurídica.

**4.3.2.2. Del caso Juan de Dios Lara Contreras (Expediente N. ° 01412-2007-PA/TC).**

a. En relación a la institución jurídica del *overruling*.

- Dejó sin efecto el precedente vinculante N.° 3361-2007-AA/TC (Caso Jaime Amado Álvarez Guillén) el cual establecía como criterio vinculante: i) la aplicación de la técnica del prospective *overruling*, para la resolución del caso *sub iudice* (fundamento 7 y 8); nuevos parámetros para la evaluación y ratificación de magistrados (fundamentos 17 a 20); y iii) derechos-reglas a ser observados en los procesos de ratificación de magistrados (fundamentos 26 a 43).
- El derecho objeto de examen constitucional que se analizó fue el debido proceso (artículo 139°, inciso 3), en lo referido a la motivación de las resoluciones administrativas; estableciendo para ello una estructura de análisis por ítems respecto a las premisas que analizan el derecho presuntamente vulnerado, consignando las consideraciones del Tribunal Constitucional, para luego pasar a un subpunto de efectos

de la sentencia, donde se realiza, la fundamentación del *overruling*, determinando como nuevo precedente que, conforme al tercer punto resolutivo, todas las resoluciones evacuadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales deben ser motivadas, sin importar el tiempo en que se hayan emitido; este criterio deberá ser tenido como fundamento a tener obligatoriamente en cuenta por los jueces de toda la República como criterios de interpretación para la solución de casos análogos.

b. En relación a los derechos fundamentales.

- Centrar el examen en el derecho al debido proceso, en su vertiente de la motivación de las resoluciones, por ende, de naturaleza programática, dado que para su salvaguarda requiere de un pronunciamiento por autoridad competente para ser tutelada.
- En este caso, se amplía el margen de observancia constitucional del deber de motivación de las resoluciones en los procedimientos de destitución y ratificación de jueces y fiscales. sin importar el tiempo en que se hayan emitido, sin precisar fundamentación alguna en relación al cambio de criterio de aplicación temporal del precedente.

**4.3.2.3. Del caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Expediente N. ° 03908-2007-PA/TC)**

a. En relación a la institución jurídica del *overruling*.

- Dejó sin efecto el precedente vinculante N.° 04853-2004-PA/TC, que estableció las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente en su fundamento 40.
- El presente precedente tuteló subrepticamente el derecho de la motivación de las resoluciones judiciales, en tanto alude a la ausencia de técnica legislativa utilizada para el análisis de las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente, señalando como nueva reglas procesales las dispuestas en el punto 3 de la parte

resolutiva de la sentencia *in comento*; sin la previsión de una estructura diferenciada de argumentación que de cuenta de la ineficacia de los argumentos vertidos por el precedente originario.

b. En relación a los derechos fundamentales.

- Centrarón el examen en el derecho al debido proceso, en su vertiente de la motivación de las resoluciones, por ende, de naturaleza programática, dado que para su salvaguarda requiere de un pronunciamiento por autoridad competente para ser tutelada.
- En este caso, se subrogan las reglas del recurso de agravio constitucional, sin embargo, no precisa el ámbito de aplicación temporal de eficacia del precedente vinculante.

## CAPÍTULO 5. DISCUSIÓN

### 5.1. Discusión de los resultados obtenidos de la aplicación del instrumento: Guía de Juicio de Expertos.

- De los resultados obtenidos en este punto, se tiene en cuenta que el efecto vinculante que genera precisamente la revocatoria del precedente en nuestro Estado obedece a la misma imposición de rango autorregulativo que se le atribuye al Tribunal Constitucional al momento de construir sus decisiones, precisamente de darle un efecto de estabilidad, la cual se deslinda del componente temporal de todo precedente vinculante.
  
- En este último alcance, tenemos que es el aspecto temporal un elemento indesligable que siempre está en relación a cada precedente, perspectiva doctrinaria que ha sido acogida por nuestro Estado, y que refleja la experiencia de otros Estados como Inglaterra o Estados Unidos.
  
- Otro punto relevante, conexo con la estabilidad temporal del precedente, es que la institución del *overruling* no debe ser una práctica frecuente, ello debido a dos razones:
  - a) Una razón está dada en cuanto a los presupuestos residuales que motivan su aplicación, como la dudosa constitucionalidad de un precedente previamente establecido; cabe destacar en este punto que, el cambio de precedente implica precisamente dos efectos: i) revocatoria del criterio anterior y, ii) formulación del nuevo criterio, debiendo ser este último antagónico al previamente establecido, esclareciendo consideraciones relativas a los alcances de una disposición constitucional.
  
  - b) Y, la segunda razón está determinada por la aplicabilidad de los precedentes vinculantes, la cual importa la sujeción a concertación de criterios uniformes para justificar su aplicabilidad en casos homólogos, es decir, no puede crearse precedentes, ni menos justificar el *overruling* de las mismas en criterios de contenido estrictamente normativo, sino fáctico, precisamente en este alcance se ha venido desarrollando la tesis anglosajona para conservar la naturaleza del precedente, siendo éstos longevos en el tiempo y exiguos en su producción.

- Finalmente, queda establecido que la técnica del *overruling* debe plantearse en congruencia con el principio de progresividad, en tanto debe consolidarse el contenido evolutivo de los derechos fundamentales, sin que la técnica pueda significar un mecanismo de detrimento del contenido esencial objeto de tutela. Sin dejar de estimar que éstos cuentan con el principio de transversalidad y universalidad es decir, estos se encuentran en todos los derechos fundamentales gozando en un especial lugar de tutela constitucional dentro del marco de las fuentes del derecho.

## 5.2. Discusión de los resultados obtenidos de la aplicación del instrumento “Guía de análisis documental”.

- En este apartado, se prevé que existe concordancia entre la doctrina nacional, comparada y la jurisprudencia a tenor del efecto normativo del precedente vinculante en nuestro Estado, donde conforme se advierte, se postula tan sólo la remisión a una regla general de referencia para justificar su existencia jurídica, más no para sus componentes, en tanto su fuerza vinculante deriva de la potestad que infringe en ella la autoridad constitucional.
- Sin perjuicio de lo anterior, cabe establecer que, no existe concordancia en cuanto a las fuentes que podrían servir precisamente para llevar a cabo tal construcción del precedente vinculante, dado que en la doctrina internacional hace alusión a principios sobre relaciones consuetudinarias y de derecho positivo, mientras que en la doctrina nacional se apela a la integración e interpretación del ordenamiento creado por el Juez a partir del caso planteado, lo que conlleva a dos efectos completamente distintos: en el primer caso, que el precedente se origine siempre en relación a la realidad o contexto de hecho bajo el cual se asumió la cognición del caso objeto de examen constitucional, facilitando la aplicabilidad por homologación casuística del precedente vinculante creado; mientras que en el segundo, tan sólo devendrá, como viene suscitándose, en la creación de reglas jurídicas que no requerirán de la homologación fáctica del caso, sino únicamente del *decissum* y *ratio decidendi* para poder aplicar el precedente.
- En cuanto a los presupuestos que legitiman la dación del *overruling* no existe mayor controversia, siendo que se han acogido directamente las mismas tanto la doctrina nacional como comparada, siendo éstos los siguientes:
  - Cuando se acredita que el precedente vinculante vigente ha generado consecuencias jurídicas políticas o sociales distintas a las previstas por el Tribunal Constitucional al momento de expedirla.



- Cuando se comprueba que el precedente vigente ha quedado desfasado en razón a la nueva dinámica científica, social, política o jurídica.
- Cuando se comprueba la existencia de cambios en la Constitución por la vía de la Reforma Constitucional.
- Cuando tras la renovación de los miembros del órgano jurisdiccional, se comprueba que los nuevos operadores tienen una cosmovisión diferente que la de sus predecesores.
- En relación a los requisitos que componen la constitución de un precedente en cuanto a su motivación, no existe concordia en relación a la expresión de los fundamentos que legitiman la decisión, en tanto que, la doctrina nacional acoge la posición de tener en cuenta a la *ratio decidendi* como parte del precedente vinculante, mientras que la doctrina internacional no la concibe, es decir, para la justicia constitucional es relevante considerar las premisas jurídicas que otorgan vinculatoriedad al precedente, lo cual refuerza la proposición referida a que en nuestro Estado Peruano se ha tergiversado la forma originaria de aplicación del precedente, siendo ésta únicamente para crear reglas jurídicas, más no para generar efecto vinculante a partir de la casuística homologada, como resulta en la experiencia anglosajona, lo cual trae inconvenientes de construcción jurídica de los precedentes, puesto sólo serán utilizables el precepto jurídico y no el examen de hechos para realmente concluir que el precedente resulta aplicable a un caso en concreto.
- Es punto esencial establecer que, dada la naturaleza del precedente vinculante, siempre debe motivarse el sentido de la aplicabilidad temporal del precedente y su eficacia frente a los sujetos que componen el Estado que se somete al precedente, pudiendo elegirse entre las tres manifestaciones de eficacia temporal, ya sea, *prospective overruling*, *retrospective* o *limited*.
- Cabe destacar además, que, conforme a la opinión del experto Marcial Rubio Correa, la ausencia de alguno de los componentes anteriores, implican la ausencia de un elemento sustancial del precedente, por lo que, su inobservancia implica irremediamente la invalidez del precedente vinculante, siendo su efecto inmediato, la ausencia de eficacia. En ese orden de ideas, dado que no existe un pronunciamiento al respecto del Tribunal Constitucional, dichos efectos aún persisten, -pero pueden ser cambiados en cualquier momento dada su condición advertida: inconstitucionalidad manifiesta-, por lo que existe un ámbito evidente de inseguridad jurídica, puesto que el precedente no tendría un

sustento correlativo consistente en su construcción para justificar las premisas de creación del criterio vinculante, más aun tratándose del caso de aplicación del *overruling*.

- Conforme a la doctrina nacional y comparada –en específico la estadounidense-, no existen puntos discutibles en relación a los derechos fundamentales, en tanto no existen estudios especializados en la afectación directa a los derechos fundamentales al aplicar el *overruling*, sin embargo, es preciso indicar que, dada su especial naturaleza, en el juicio de constitucionalidad, siempre será necesario que se respete su naturaleza según sea la categoría de derecho fundamental ante la cual se crea el precedente vinculante y bajo el cual se aplica el *overruling*. En lo que respecta al derecho a la motivación se exige una adecuada justificación externa e interna de las consideraciones que legitiman la asunción de la posición adoptada como criterio vinculante por el Tribunal Constitucional.

### **5.3. Discusión de los resultados de la aplicación del instrumento “Guía de análisis jurisprudencial” de forma conjunta a los resultados obtenidos en los puntos precedentes.**

- Existe una grave deficiencia en relación a la construcción de los precedentes vinculantes que entraron en vigencia a partir de la aplicación del *overruling*, en tanto que, en todos los casos, con excepción del caso Juan de Dios Lara Contreras (Expediente N.º 01412-2007-PA/TC), no existe pronunciamiento sobre el ámbito de aplicación temporal en que regirán sus entienda, la determinación de sus efectos jurídicos en el tiempo; sea en ese orden una aplicación del *prospective overruling*, *retrospective* o *limited*, lo que conlleva un estado de inconsistencia e inseguridad jurídica, pese a que la misma constituye una regla insoslayable de apreciación en el desarrollo de un nuevo precedente vinculante.
- Dentro de los cánones de la estructura del examen de constitucionalidad, no se prevé un arquetipo diferenciado o secuenciado de cada uno de los factores de constitucionalidad, así, en el caso Consorcio Requena (Expediente N.º 04293-2012-PA/TC) determinó únicamente la revocatoria del precedente previo sin mayor objeción que la ausencia de pragmática de los criterios establecidos en ella, conforme versa del fundamento 32 de la sentencias, aduciendo en ese sentido la ausencia de cumplimiento de los presupuestos habilitantes para ser constituido como tal, y peor aún, alude a que no se cambió ningún criterio anterior.

- En relación a la última precisión establecida, conforme a la opinión del experto Carlos Hakansson Nieto y Marcial Rubio Correa, el nuevo precedente no sólo debe dejar sin efecto sino suplir al anterior, a través de una nueva regla que corrija la manifiesta inconstitucionalidad del precedente anterior, esto precisamente acarrea especial relevancia, dado que, la misma naturaleza del *overruling* precisa justamente ello, el cambio de criterio. En ese orden de ideas, las consideraciones vertidas por el nuevo precedente tiende más que establecer un nuevo criterio, a desdecir las consideraciones de derecho que justificaron, en principio, la dación de un precedente vinculante, partiendo del hecho de que no debía ser asumido como tal; aduciendo aunado a las razones ya vertidas, que otorgar a los permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control de difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución y reservado para el Poder Judicial y/o el Tribunal Constitucional, según corresponda, conforme a los artículos 138º y 201º de la Constitución, respectivamente, afectando el principio de división de poderes, en tanto implicaría una injerencia del poder ejecutivo en el legislativo, a partir de la interpretación, lo cual únicamente se justifica en la intervención jurisdiccional; por lo que, sostener lo contrario conllevaría quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo.
- En ese extremo, comparto la opinión versada en el voto particular del magistrado Urviola Hani en dicha sentencia, en tanto sostuvo que el *estatu quo* de la administración pública sobre el control difuso no debe ser interpretado al albor de la literalidad, sino por el contrario, concibe una mejor acercamiento al respeto de la constitucionalidad por todos los órganos que componen el Estado.
- El nuevo precedente vinculante es inconstitucional. La razón de ser del *overruling*, implica, precisamente el cambio de cierto criterio preestablecido –para nuestros fines- que esté relacionado con derechos fundamentales-, sin embargo, en el presente caso, lo que se ha suscitado es únicamente una revocatoria de precedente, más no la instauración de un nuevo criterio que sopesa la vulnerabilidad de derechos en el procedimiento administrativo, entiéndase, que, para fines estrictamente prácticos, no estamos frente a un nuevo precedente vinculante, sino únicamente ante una revocatoria.
- El precedente vinculante objeto de análisis no reúne las condiciones para ser asumido como tal, más aún, no prevé una parte justificatoria que determine considerarlo como tal,

dado que no prevé un examen de relevancia constitucional definido, para meritar el ámbito jurídico y metajurídico que justifique la instauración del nuevo precedente.

- Ahora bien, en el caso Juan de Dios Lara Contreras (Expediente N. ° 01412-2007-PA/TC), sucede cuestiones similares a las advertidas: i) no se advierte una secuencia arquetípica ni menos constituida del examen de relevancia constitucional que justifique en primer lugar la revocatoria del precedente. Lo anterior se debe en tenor a dos circunstancias, la primera de ellas porque lejos de revocar un criterio previamente establecido, amplía los márgenes de tutela, por lo que podemos sostener que dicho precedente constituye uno de carácter aditivo.
  
- Sin perjuicio de lo anterior, cabe resaltar que dicho precedente, si bien enmarca su examen en el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, no hace una especial mención a las condiciones de aplicación en el tiempo, remitiéndose únicamente a la aplicación absoluta para cualquier presupuesto de hecho, entendiéndose el *overruling limited*, porque incluso extiende sus efectos con anterioridad al precedente, esto no hace sino establece un ámbito de inseguridad jurídica, puesto que implica una revisión que puede conllevar incluso la revocatoria de las decisiones en trámite conforme a las reglas impuestas en el anterior precedente, lo cual nos advierte una ausencia de consistencia en la justificación externa e interna de las premisas que componen el sustrato de fondo del precedente vinculante, ya que no prevé dicha situación de facto.
  
- En el caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Expediente N. ° 03908-2007-PA/TC), tenemos una tercera muestra de deficiencia de estipulación de los elementos de aplicación temporal, dado que no hace ninguna mención a este punto. Por otro lado, a diferencia de los dos casos anteriores, en especial del caso Salazar Yarlénque (Expediente N. ° 03741-2004-PA/TC), aquí si se cumple la dualidad funcional del *overruling* en cuanto a su aplicación: i) revocabilidad del precedente previo e, ii) implementación del nuevo criterio de suplencia; ahora bien, en este último extremo cabe destacar que, si bien la condición de la implementación del precedente vinculante involucra precisamente la instauración de una adecuabilidad jurídica para la resolución de casos de forma homóloga, también lo es el hecho que debe precisamente, es el juicio de posturas jurídicas entre las cuales el Tribunal debe instruir su juicio de valoración, por lo que, en dicho sentido, no es acertado la premisa que aborda el Tribunal Constitucional en relación a la adopción de posturas jurídicas por parte del anterior precedente.

- Otro problema que surge del caso citado en el párrafo precedente es que no ha justificado debidamente cada una de las premisas que instituye como nuevo precedente en la sentencia constitucional.
- Finalmente, ahondando en la justificación interna, conforme se ha revisado de las premisas jurídicas que sustentan el precedente vinculante, aparte del aspecto de eficacia temporal del precedente, resulta necesario establecer la distinción expresa entre los *holdings*, la *ratio decidendi* y el *obiter dicta*, sin embargo, en los tres casos no se hace una distinción clara o expresa entre los fundamentos que legitiman la parte decisoria del precedente y los que únicamente precisan un aspecto periférico del análisis, lo cual, lejos de ser un mero incidente de técnica jurídica, prevé un marco definido de acción y posición del precedente, esto último importante dado que un precedente puede abordar distintos derechos en examen, pero no todos serán consignados como precedentes vinculantes.
- La observación anterior se confronta con la opinión el experto Pedro Grández, quién manifestó que los precedentes vienen siendo aplicados por una inconsistencia de subsunción, puesto que, siendo el *overruling* una técnica que analiza la homologación de casos para luego generar la eficacia jurídica del precedente, actualmente dicha regla, connatural al *overruling*, se ha invertido, consignándose para efectos de aplicabilidad únicamente el precepto jurídico sin atender siquiera al real contexto de examen constitucional.

## CONCLUSIONES

### Conclusión General.

- La aplicación de la técnica del *overruling* en los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional ha incidido negativamente en el derecho fundamental a la Debida Motivación, establecido en la Constitución Política del Estado Peruano, debido que, no se advierte en el contenido de los nuevos precedentes vinculantes: i) los argumentos de la eficacia temporal del precedente; ii) la debida justificación de los presupuestos habilitantes de aplicación del precedente; y, iii) los argumentos que justifican los nuevos criterios vinculantes establecidos; lo que implica su inconstitucionalidad, por ende, su actual vigencia genera un estado de inseguridad jurídica.

### Conclusiones Específicas.

- **CE1.** La naturaleza jurídica del precedente vinculante constitucional, en el *Common Law* está dada por ser una técnica para la adecuación de la jurisprudencia judicial que permite la resolución de casos posteriores, siendo para el caso estadounidense vinculante únicamente el *decisum*, dentro del marco del *stare decisis*; mientras que en el *Civil Law*, y en específico para la justicia constitucional peruana, se presenta dentro de un contexto normativo por lo que además, de la *ratio decidendi*, crea sólo reglas jurídicas que no requieren homologación fáctica para su aplicación vinculante.
- **CE2.** La institución jurídica del *overruling*, en el Sistema Americano (*Common Law*) sólo es regulada a partir de una designación a una regla general que se encuentra complementada, en el primer caso, por los principios sobre relaciones consuetudinarias y de derecho positivo conforme al artículo IV, segundo párrafo de la Constitución estadounidense; mientras que en el sistema peruano (*Civil Law*), se regula por la integración e interpretación del ordenamiento creado por el Juez constitucional a partir del caso planteado, conforme al artículo VII del Código Procesal Constitucional; originando en el primer caso, criterios de homologación fáctica, y en el segundo, reglas jurídicas de orden normativo.
- **CE3.** Los presupuestos materiales que facultan al Tribunal Constitucional peruano dejar sin efecto un precedente vinculante por uno posterior, son, según la doctrina nacional y comparada:

- Cuando se acredita que el precedente vinculante vigente ha generado consecuencias jurídicas políticas o sociales distintas a las previstas por el Tribunal Constitucional al momento de expedirla.
  - Cuando se comprueba que el precedente vigente ha quedado desfasado en razón a la nueva dinámica científica, social, política o jurídica.
  - Cuando se comprueba la existencia de cambios en la Constitución por la vía de la Reforma Constitucional.
  - Cuando tras la renovación de los miembros del órgano jurisdiccional, se comprueba que los nuevos operadores tienen una cosmovisión diferente que la de sus predecesores.
- 
- **CE4.** La interrelación entre los derechos fundamentales respecto de la técnica del *overruling* de precedentes vinculantes se sustenta en que la aplicación de ésta última debe plantearse siempre en el marco de la evolución de los derechos, en tanto que por regla general, los derechos fundamentales están integrados por el principio universal de progresividad, lo que en estricto sentido limita a la interpretación, mereciendo una especial motivación al momento de plasmar el nuevo criterio vinculante a establecerse dada su especial condición en el ordenamiento jurídico.

## RECOMENDACIONES

En aplicación del artículo VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional deberá expedir nuevos precedentes vinculantes para revocar por inconstitucionalidad manifiesta, los precedentes examinados en la presente tesis, estableciendo para ello la siguiente estructura en la parte considerativa:

- a. Examen del caso.
- b. Aplicación del *overruling*.
  - i. Examen de constitucionalidad relevante.
  - ii. Examen de procedencia del *overruling*.
  - iii. Examen del precedente a revocar.
  - iv. Requisitos del nuevo precedente.
  - v. Presupuestos de aplicación del precedente vinculante.
  - vi. Justificación de los nuevos criterios vinculantes.
  - vii. Establecimiento del nuevo criterio vinculante y precisión de la condición de hecho que justifique su aplicación homóloga.

En ese orden liminar de examen, se asegurará una debida construcción de la motivación del nuevo precedente vinculante, sin embargo, para su pragmatización, el Tribunal Constitucional requiere el ejercicio del derecho acción de una causa constitucional homologada a los advertidos en los precedentes examinados –dado que no está dentro de sus facultades emitir precedentes vinculantes de oficio, pues más aún cuando ello implicaría desarraigar el presupuesto del examen de los fundamentos fácticos, siendo esto imprescindible para un sistema que se sustente en la aplicación homologada fáctica- signados en los expedientes: STC N° 01412-2007-PA/TC emitida el 11 de Febrero de 2009, STC N° 03908-2007-PA/TC emitida el 11 de Febrero de 2009 y STC N° 04293-2012-PA/TC emitida el 18 de Marzo de 2014; razón por la cual no se puede establecer un proyecto anticipado de nuevo precedente en la presente tesis.

En tenor a lo anterior, asimismo, deberá cambiarse el sistema tripartito de componentes del precedente vinculantes adoptado por el Tribunal Constitucional Peruano (*decissum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*), debiendo únicamente considerarse dos: i) el *decissum*, y ii) el *obiter dicta*; ello con la finalidad de construir un sistema de precedentes vinculantes de casos y no de reglas, puesto que esto último, lejos de ser una nueva forma de aplicación del precedente, implica una



desnaturalización de la institución jurídica en sí misma, a tenor de sus antecedentes históricos y su eficacia vinculante, en tanto sólo puede ser extensiva a la casuística de carácter homóloga que dio origen a la emisión del precedente vinculante; lo cual aunado a lo expuesto anteriormente, generará seguridad jurídica.

## REFERENCIAS

- Adrián Coripuna, J. A. (2007). *La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial*. Lima-Perú: Palestra editores.
- Alterini, A. A. (1993). *La inseguridad jurídica*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Álvarez Conde, E. (2000). *Curso de Derecho Constitucional* (Vol. 2). Madrid-España: Tecnos.
- Apolonia Ccollcca Ponce, 3179-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 18 de Febrero de 2005).
- Barker, R. S. (2014). *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*. Lima-Perú: Editora y librería jurídica Grijley E.I.R.L.
- Bin, M. (1999). *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*. En G. Visintini, *Metodologia nello studio della Giurisprudenza Civile e Commerciale* (págs. 199-2013). Milán: Giuffrè.
- Blume Fortini, E. (1996). *El Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución*. Lima, Perú: Derecho.
- Blume Fortini, E. (2002). *La reforma del Tribunal Constitucional peruano*. En V. C. Constitucional, *Tribunales y justicia constitucional: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (págs. 37-57). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VI. 14ª Edición*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, 01480-2006-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 27 de Marzo de 2006).
- Cappelletti, M. (1985). *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*. *REDC*(09), 9-46.
- Caso Juan Carlos Callegari Herazo, 0090-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 05 de Julio de 2004).
- Caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque, 3741-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 14 de Noviembre de 2005).
- Caso Royal Gaming S.A.C., 4227-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 02 de Febrero de 2006).

- Chiassoni, P. (2004). *La Giurisprudenza Civile - Metodi d'Interpretazione e Tecniche Argomentative*. Milán: Giuffrè.
- Colegio de Notarios de Junín, 0016-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 30 de Abril de 2003).
- Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (Corte Suprema de los Estados Unidos 1958).
- Da Rosa de Bustamante, T. (2016). *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*. Lima, Perú: Ediciones Legales.
- David, R. (1998). *Os grandes sistemas do directo contemporaneo*. São Paulo: Martins Fontes.
- De Vega García, P. (1998). El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*(01), 65-87.
- Decreto Supremo Nº 017-93-JUS, T. Ú. (s.f.).
- Díaz Muñoz, Ó. (2010). Precedentes vinculantes del Poder Judicial, Acuerdos Plenos Casatorios y Precedentes constitucionales vinculantes. En A. d. Magistratura, *Décimo Segundo Curso de Preparación para el Ascenso en la Carrera Judicial o Fiscal –Segundo, Tercer y Cuarto Nivel- de la Magistratura* (págs. 10, 11 y 23). Lima-Perú: Academia de la Magistratura.
- Donayre Montesinos, C. (2007). Precedente constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional. En P. y. Grández Castro, *Estudios al Precedente Vinculante* (págs. 101-120). Lima-Perú: Palestra editores.
- Donayre Montesinos, C. (Enero de 2007). Precedente constitucional vinculante a la peruana: algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional. *Justicia Constitucional: Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, III(05), 101, 102.
- Estados Unidos de América, G. d. (s.f.). Constitución de los Estados Unidos de América. Estados Unidos de América.
- Faundez Ledesma, H. (1996). *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Fernández Rodríguez, J. (2002). *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid-España: Tecnos.
- Fidel Gregorio Quevedo Cajo, 5601-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 16 de Julio de 2007).

- Fix-Zamudio, H. (1988). *La justicia constitucional en América Latina y la declaración general de inconstitucionalidad*. Porrúa, México.
- Fix-Zamudio, H. (27 de Febrero de 1991). <http://biblio.juridicas.unam.mx/>. Recuperado el 19 de Mayo de 2014, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=675>
- García Belaúnde, D. (1993). *Las Constituciones del Perú*. Lima-Perú: Ministerio de Justicia. WG Editor.
- García Belaúnde, D. (2000). *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional* (2ª ed.). Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley.
- García Toma, V. (2009). Las sentencias del Tribunal Constitucional y el precedente vinculante. En J. Tupayachi Sotomayor, *El precedente constitucional vinculante en el Perú* (pág. 870). Arequipa-Perú: Editorial Adrus S.R.L.
- García, A. (1984). *La interpretación constitucional*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- García-Pelayo, M. (1981). El 'status' del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 01(01), 11-34.
- Garrido Chamorro, P. (2000). *La función notarial, sus costes y sus beneficios*. Madrid, España: Consejo General del Notariado.
- Giuliana Flor de María Llamoya Hilaes, 0728-2008-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 13 de Octubre de 2008).
- Guastini, R. (2003). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Porrúa-México.
- Häberle, P. (1997). *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima-Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Igartúa Salaverría, J. (2009). *El razonamiento en las Resoluciones Judiciales*. Lima-Perú: Palestra Editores.
- Iturralde Sesma, V. (1995). *El precedente en el common law*. Madrid-España: Editorial Civitas.
- Jaime Amado Álvarez Guillén, 3361-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 12 de Agosto de 2005).
- Jesús Absalón Delgado Arteaga, 1744-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 11 de Mayo de 2005).
- Juan Carlos Callegari Herazo, 0090-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 05 de Julio de 2004).

- Juan de Dios Valle Molina, 3943-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 11 de Diciembre de 2006).
- Kaegi y Von Ihering. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, España: Civitas.
- Kelsen, H. (1972). *Teoría General del Estado*. México: Editora Nacional.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría general del derecho y del Estado*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kermit L. Hall y Mark David Hall. (2014). Obras Completas de James Wilson. En R. S. Baker, *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*. Lima-Perú: Editora y librería jurídica Grijley E.I.R.L.
- Landa Arroyo, C. (2003). *Tribunal Constitucional y Estado democrático (2° ed.)*. Lima-Perú: Palestra editores.
- Landa Arroyo, C. (2011). *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el Derecho y la Política*. Lima-Perú: Palestra editores.
- Leibholz, G. (s.f.). *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna*. Madrid-España: Instituto de Estudios Políticos.
- Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, 6712-2005-HC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 17 de Octubre de 2005).
- Malpartida Castillo, V. (2012). <http://tesis.pucp.edu.pe>. Recuperado el 18 de Mayo de 2014, de [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1595/MALPARTIDA\\_CAS\\_TILLO\\_VICTOR\\_CONSTITUCIONAL\\_JUDICIAL.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1595/MALPARTIDA_CAS_TILLO_VICTOR_CONSTITUCIONAL_JUDICIAL.pdf?sequence=1)
- Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, 0010-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 03 de Enero de 2003).
- Marinoni, L. G. (2013). *Precedentes obligatorios*. Lima: Palestra editores.
- Marshall, G. (1997). "What is binding in a precedent". En N. McCormick, & R. Summers, *Interpreting Precedents - A comparative study*. (págs. 503-517). Aldershot, Ashgate.
- Monroy Gálvez, J. (06 de Agosto de 2016). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25296.pdf>
- Montero Aroca, J. (1979). *Introducción al Derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*. (2° ed.). Madrid-España: Tecnos.
- Montesquieu. (1992). *Del espíritu de las leyes*. México: Porrúa.
- Moral Soriano, L. (2002). *El precedente judicial*. Madrid-España: Marcial Pons.

- Moreno Ortíz, L. J. (2002). ¿Hacia un sistema jurídico de precedentes? *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*(320), 133 - 134.
- Palomino Manchego, J. F. (2002). Control y magistratura constitucional en el Perú. En V. C. Constitucional, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (págs. 435-453). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pedro Sagües, N. (Julio de 2015). La autocorrección de las sentencias definitivas de los tribunales constitucional. Análisis comparativo entre Argentina y Perú. *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*(10), 9-28.
- Pérez Tremps, P. (1985). *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid-España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Perú, G. d. (1993). Constitución Política del Perú. República del Perú.
- Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 0019-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 21 de Julio de 2005).
- Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 0027-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 20 de Febrero de 2006).
- Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 3º de la Ley 27466, modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura., Expediente N° 0045-2004-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 29 de Octubre de 2005).
- Programa de formación académica (PROFA), 0045-2004-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 29 de Octubre de 2005).
- Quiroga León, A. (1990). *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima, Perú: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rivera Santiváñez, J. A. (2007). La jurisprudencia constitucional y su fuerza. En P. y. Grández Castro, *Estudios al precedente constitucional* (págs. 151-173). Lima-Perú: Palestra editores.
- Rodríguez Patrón, P. (2005). *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*. Madrid-España: Iustel.
- Rodríguez-Patrón, P. (2003). *La autonomía procesal del Tribunal Constitucional*. Madrid-España: Civitas.
- Rorive, I. (2003). *Le revirement de Jurisprudence, Étude de Droit ANglais et Droit Belge*. Bruxelles: Bruylant.

- Rubio Correa, M. (2005). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima-Perú: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Correa, Marcial y Bernalles Ballesteros, Enrique. (1983). *Constitución y sociedad política*. Lima-Perú: Mesa Redonda Editores.
- Rubio Llorente, F. (1988). La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho. *REDC(22)*, 9-51.
- Ruíz Riquero, J. H. (Noviembre de 2012). <http://tesis.usat.edu.pe>. Recuperado el 20 de Mayo de 2014, de [http://tesis.usat.edu.pe/jspui/bitstream/123456789/95/1/TL\\_Ruiz\\_Riquero\\_Jos%C3%A9.pdf](http://tesis.usat.edu.pe/jspui/bitstream/123456789/95/1/TL_Ruiz_Riquero_Jos%C3%A9.pdf)
- Sagües, N. P. (1985). *Un tema polémico: La magistratura constitucional especializada*. Buenos Aires, Argentina: Jurisprudencia Argentina.
- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, 0044-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú. 18 de Mayo de 2005).
- Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 0047-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 24 de Abril de 2006).
- Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 006-2006-PC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 12 de Febrero de 2007).
- Simpson, A. W. (1961). *The ratio decidendi of a case* (Vol. 20). Estados Unidos: Modern law review.
- Soberanes Díez, J. M. (Julio de 2015). La falibilidad de la jurisprudencia constitucional. *Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional*, 107-124.
- Summers, R., & Eng, S. (1997). Departures from precedent. En N. McCormick, & R. Summers, *Interpreting precedents - A comparative study*. (págs. 519-530). Aldershot: Ashgate.
- Tushnet, M. (2013). *Constitucionalismo y Judicial Review* (Primera ed.). Lima, Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.
- United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (Corte Rehnquist 2000).

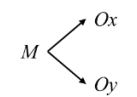
## ANEXOS

### ANEXO n.º 1.

#### MATRIZ DE CONSISTENCIA

#### Proyecto de Investigación Descriptiva.

#### Título: “EL OVERRULING EN LOS PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y SU AFECTACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”.

| PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA  | OBJETIVOS   | HIPÓTESIS  | VARIABLES E INDICADORES   | MUESTRA   | DISEÑO  | INSTRUMENTO   | ESTADÍSTICA  |
|---|---|--|---|---|---|---|--|
| <p><b>Pregunta general:</b><br/>¿De qué manera la aplicación de la técnica del <i>overruling</i> en los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional incide en los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Estado Peruano?</p> | <p><b>Objetivo general:</b><br/>Determinar de qué manera la aplicación de la técnica del <i>overruling</i> en los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional incide en los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Estado Peruano.</p>                           | <p><b>Hipótesis general:</b><br/>La aplicación de la técnica del <i>overruling</i> en los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional vulnera el derecho fundamental a la debida motivación establecida en la Constitución Política del Estado Peruano debido a que modifican sus núcleos esenciales, generando un estado de inseguridad jurídica.</p> | <p><b>Variable 1.</b><br/><b>La técnica del <i>Overruling</i>.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Es recomendable la ausencia de regulación del <i>overruling</i> en el Perú?</li> <li>• ¿Los litigantes en un proceso constitucional contribuyen a crear el contenido del precedente vinculante constitucional?, ¿de qué manera?</li> <li>• ¿Los precedentes vinculantes en el Perú afectan a las sentencias anteriores, las de pendiente resolución o a las emitidas al momento posterior al precedente?</li> <li>• ¿Puede anularse un precedente vinculante constitucional cuando ésta se sustentó en un presupuesto de hecho equivocado?</li> <li>• ¿Qué efectos genera en los derechos fundamentales la aplicación del <i>retrospective overruling</i>?</li> <li>• ¿Qué efectos genera en los derechos fundamentales la aplicación del <i>prospective overruling</i>?</li> <li>• ¿Qué efectos genera en los derechos fundamentales la aplicación del <i>limited overruling</i>?</li> <li>• ¿Se aplica la institución del holding, dictum o distinguish en el sistema de precedentes constitucionales del Perú?</li> <li>• ¿Cómo se regula el <i>overruling</i> en el Perú?</li> <li>• ¿Existe una estructura común de argumentación en las sentencias que son declaradas precedentes vinculantes por el Tribunal Constitucional?</li> <li>• Sentencia del Tribunal Constitucional 01941-2002-AA/TC.</li> <li>• Sentencia del Tribunal Constitucional 03361-2007-AA/TC.</li> <li>• Sentencia del Tribunal Constitucional 03741-2004-PA/TC.</li> <li>• Sentencia del Tribunal Constitucional 04853-2004-PA/TC.</li> </ul> | <p><b>I. UNIDAD DE ESTUDIO:</b></p> <p><b>a. Unidad de estudio N.º 01.</b><br/>Sentencia del Tribunal Constitucional peruano que haya modificado el criterio interpretativo asumido por un precedente vinculante mediante la aplicación de la técnica del <i>overruling</i> referido a derechos fundamentales.</p> <p><b>b. Unidad de estudio N.º 02.</b><br/>Abogado especialista en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, que haya impartido clases en dicha especialidad en instituciones de Educación Superior, a nivel de Pregrado o Postgrado, en la Carrera de Derecho, que cuente con conocimientos específicos en el <i>overruling</i> y en precedentes vinculantes constitucionales.</p> <p><b>II. POBLACIÓN:</b></p> <p><b>a. Población A (Und. Est. 01).</b><br/>La población de este proyecto está dada por tres sentencias del Tribunal Constitucional peruano que han modificado el criterio interpretativo asumido por un precedente vinculante mediante la aplicación de la técnica del <i>overruling</i> referido a derechos fundamentales.</p> <p><b>b. Población B (Und. Est. 02).</b><br/>La población de este proyecto está dada por catorce abogados especialistas en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, que han impartido clases en dicha especialidad en instituciones de Educación Superior, a nivel de Pregrado o Postgrado, en la Carrera de Derecho, que cuentan con conocimientos específicos en el <i>overruling</i> y en precedentes vinculantes constitucionales.</p> <p><b>III. MUESTRA:</b></p> <p><b>Tipo de muestreo:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- No probabilístico “i” (Población A)</li> <li>- No probabilístico “ii” (Población B)</li> </ul> | <p><b>Método.</b><br/>Descriptivo.</p> <p><b>Nivel de investigación.</b><br/>Descriptivo.</p> <p><b>Diseño.</b><br/>Descriptivo.</p> <p>El diseño se diagrama de la siguiente manera:</p>  <p>Donde:<br/>M = Muestra.<br/>Ox = Observaciones a la variable 1.<br/>Oy = Observaciones a la variable 2.</p> | <p><b>De recolección de información.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Ficha bibliográfica.</li> <li>• Ficha de parafraseo.</li> </ul> <p><b>De análisis de información.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La guía de análisis documental.</li> <li>• La guía de análisis jurisprudencial.</li> <li>• La guía de juicio de expertos</li> </ul> <p><b>TECNICA</b></p> <p><b>De recolección de información.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El fichaje.</li> </ul> <p><b>De análisis de información.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El análisis documental.</li> <li>• El análisis jurisprudencial.</li> <li>• El juicio de expertos.</li> </ul> | <p>No corresponde por la naturaleza del proyecto de tesis.</p> |
| <p><b>Preguntas específicas:</b><br/>No han sido establecidas por la naturaleza de la tesis.</p>  | <p><b>Objetivos específicos:</b><br/>OE1. Describir la naturaleza jurídica de la técnica del precedente vinculante en el sistema jurídico del Common Law y Civil Law, a partir del estudio de la doctrina nacional y comparada.<br/>OE2. Establecer de qué manera ha sido regulada la institución</p> | <p><b>Hipótesis específicas</b><br/>No han sido establecidas por la naturaleza de la tesis.</p>  |   |   |   |   |  |



|  |   |  |   |  |  |  |
|--|---|--|---|--|--|--|
|  | <p>jurídica de la técnica del <i>overruling</i> en el sistema jurídico del Common Law y Civil Law, a partir del estudio de la doctrina nacional y comparada.</p> <p>OE3. Establecer los presupuestos materiales que utiliza el Tribunal Constitucional peruano aplicar la técnica del <i>overruling</i>, a partir de la doctrina y jurisprudencia nacional y el juicio de expertos.</p> <p>OE4. Analizar la interrelación de los Derechos Fundamentales respecto de la técnica del <i>overruling</i> de precedentes vinculantes, tomando en consideración la doctrina nacional y comparada y el juicio de expertos.</p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencia del Tribunal Constitucional 01412-2007-PA/TC.</li> <li>• Sentencia del Tribunal Constitucional 03908-2007-PA/TC.</li> <li>• Sentencia del Tribunal Constitucional 04293-2012-PA/TC.</li> <li>• ¿Actúa con independencia y autonomía el Tribunal Constitucional?</li> <li>• ¿Es la justicia constitucional una forma de jurisdicción?</li> <li>• ¿De qué manera el Tribunal constitucional realiza control político?</li> <li>• ¿De qué manera el Tribunal Constitucional peruano crea el derecho?</li> <li>• ¿Qué tipo de competencia posee en Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales?</li> <li>• ¿Es conveniente la aplicación del principio Kompetenz-kompetenz en la justicia constitucional?</li> <li>• ¿Los actuales precedentes vinculantes producto de la aplicación del <i>overruling</i> han satisfecho el cumplimiento de los presupuestos habilitantes?</li> <li>• ¿De qué manera debe motivarse un precedente vinculante constitucional?</li> <li>• ¿Es relevante el tiempo de vigencia de un precedente vinculante constitucional?</li> </ul> <p><b>Variable 2.</b><br/><b>Los derechos fundamentales.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿De qué manera se motiva un precedente vinculante en caso de derechos fundamentales autoaplicativos?</li> <li>• ¿De qué manera se motiva un precedente vinculante en caso de derechos fundamentales programáticos?</li> <li>• ¿De qué manera se motiva un precedente vinculante en caso de derechos fundamentales estructurales?</li> <li>• ¿De qué manera se motiva un precedente vinculante en caso de derechos fundamentales operativos?</li> <li>• ¿Un precedente vinculante, puede modificar el núcleo esencial de un derecho fundamental?</li> <li>• ¿Un precedente vinculante, puede modificar el núcleo no esencial de un derecho fundamental?</li> <li>• ¿El nuevo criterio establecido en el precedente vinculante mejora la tutela del derecho fundamental ponderado?</li> <li>• ¿El nuevo criterio establecido en el precedente vinculante es la mejor forma de tutelar el derecho fundamental ponderado?</li> <li>• ¿El nuevo criterio establecido en el precedente vinculante representa razonablemente mayor beneficio frente a la injerencia del derecho fundamental ponderado?</li> </ul> | <p><b>Diseño de la muestra:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Para variable cualitativa con población finita para muestra no probabilística "i".</li> <li>- Para variable cualitativa con población finita para muestra no probabilística "ii".</li> </ul> <p><b>Fórmula estadística aplicable:</b></p> <p><b>a. Para la muestra en relación a la población A:</b></p> $n = \frac{NZ^2 pq}{(N-1)E^2 + Z^2 pq} =$ <p><b>b. Para la muestra en relación a la población B:</b><br/>Se elige una población-muestral de catorce abogados especialistas en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, que han impartido clases en dicha especialidad en instituciones de Educación Superior, a nivel de Pregrado o Postgrado, en la Carrera de Derecho, que cuentan con conocimientos específicos en el <i>overruling</i> y en precedentes vinculantes constitucionales.</p> <p><b>Muestra seleccionada:</b></p> <p><b>a. Para la muestra en relación a la población A:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencia del Tribunal Constitucional N° 01412-2007-PA/TC emitida el 11 de Febrero de 2009.</li> <li>• Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03908-2007-PA/TC emitida el 11 de Febrero de 2009.</li> <li>• Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04293-2012-PA/TC emitida el 18 de Marzo de 2014.</li> </ul> <p><b>b. Para la muestra en relación a la población B:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Manuel Estuardo Luján Túpez.</li> <li>• Pedro Paulino Grández Castro.</li> <li>• Carlos Hakansson Nieto.</li> <li>• Marcial Rubio Correa.</li> <li>• Rubén Martínez Dalmau.</li> <li>• Luis Felipe Bourguet Bermúdez.</li> <li>• Francisco Javier Díaz Revorio.</li> <li>• Néstor Pedro Sagüés.</li> <li>• Eduardo Ferrer Mac-Gregor.</li> <li>• José Luis García Guerrero.</li> <li>• María José Majano Cano.</li> <li>• María Elena Rebato Peño.</li> <li>• Miguel Carbonell.</li> <li>• Perfecto Andrés Ibáñez.</li> </ul> |  |  |  |
|--|---|--|---|--|--|--|

**ANEXO N.º 2.**

**GUÍA DE JUICIO DE EXPERTOS.**

Entrevistado : \_\_\_\_\_

Grado : \_\_\_\_\_

Institución : \_\_\_\_\_

Cargo : \_\_\_\_\_

**I. En relación a la Institución jurídica del *Overruling*.**

- ¿Qué opina de la ausencia de regulación del *overruling* en el Perú?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

- ¿Puede anularse un precedente vinculante constitucional cuando ésta se sustentó en un presupuesto de hecho equivocado?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

- ¿Qué efectos genera en los derechos fundamentales la aplicación del retrospective *overruling*, prospective y limited?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

- ¿Los actuales precedentes vinculantes producto de la aplicación del *overruling* han satisfecho el cumplimiento de los presupuestos habilitantes?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

- ¿De qué manera debe motivarse un precedente vinculante constitucional?

---

---

- ¿Es relevante el tiempo de vigencia de un precedente vinculante constitucional?

---

---

## II. En relación a los derechos fundamentales.

- ¿De qué manera se motiva el precedente vinculante en caso de derechos fundamentales autoaplicativos, programáticos, estructurales y operativos?

---

---

- ¿Un precedente vinculante, puede modificar el núcleo esencial de un derecho fundamental?

---

---

## III. Conclusiones.

---

---

**ANEXO N.º 3.**

**GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL**

Título : \_\_\_\_\_  
Autor : \_\_\_\_\_  
Referencia : \_\_\_\_\_  
Conexidad : \_\_\_\_\_

**I. En relación a la Institución jurídica del *Overruling*.**

- ¿Es recomendable la ausencia de regulación del *overruling* en el Perú?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

- ¿Puede anularse un precedente vinculante constitucional cuando ésta se sustentó en un presupuesto de hecho equivocado?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

- ¿Qué efectos genera en los derechos fundamentales la aplicación del retrospective *overruling*, *prospective* y *limited*?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

- ¿Los actuales precedentes vinculantes producto de la aplicación del *overruling* han satisfecho el cumplimiento de los presupuestos habilitantes?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

- ¿De qué manera debe motivarse un precedente vinculante constitucional?

---

---

- ¿Es relevante el tiempo de vigencia de un precedente vinculante constitucional?

---

---

## II. En relación a los derechos fundamentales.

- ¿De qué manera se motiva un precedente vinculante en caso de derechos fundamentales autoaplicativos, programáticos, estructurales y operativos?

---

---

- ¿Un precedente vinculante, puede modificar el núcleo esencial de un derecho fundamental?

---

---

## III. Conclusiones.

---

---

**ANEXO N.º 4.**

**GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

Caso : \_\_\_\_\_  
Expediente : \_\_\_\_\_  
Fecha : \_\_\_\_\_  
Materia : \_\_\_\_\_

**I. En relación a la Institución jurídica del *Overruling*.**

- ¿Cuál fue el precedente vinculante dejado sin efecto? Reseñe el criterio vinculante modificado (aspecto material y consecuencias fácticas) y el tiempo de su vigencia.

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

- ¿Cuáles fueron los derechos materia de análisis constitucional?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

- ¿De qué manera se realizó el examen de constitucionalidad?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

- ¿De qué manera se realizó la motivación del nuevo criterio vinculante?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

- ¿Cuántos votos suscribieron el nuevo precedente constitucional? Si hubieron votos singulares, exponga en qué sustentaron sus posiciones.

---

---

## II. En relación a los derechos fundamentales.

- ¿Qué tipología de derechos fundamentales fueron examinados y calificados por el nuevo precedente vinculante?

---

---

- ¿El precedente vinculante modificó el núcleo esencial de un derecho fundamental? Exponga el desarrollo jurisprudencial y su incidencia.

---

---

## III. Apreciación crítica.

- ¿El precedente vinculante es inconstitucional? Análisis pormenorizado del nuevo precedente.

---

---

## IV. Conclusiones.

---

---