

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**EXTRALIMITACIONES Y DESACIERTOS EN LA POTESTAD
CREADORA DE DERECHO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:
LA FIGURA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL
VINCULANTE EN EL PERÚ**

TESIS

PRESENTADA POR:

JOSÉ ARTURO YUCRA PUMA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PROMOCIÓN XXXVI

PUNO – PERÚ

2018

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

EXTRALIMITACIONES Y DESACIERTOS EN LA POTESTAD CREADORA
DE DERECHO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA FIGURA DEL
PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE EN EL PERÚ

TESIS PRESENTADA POR:
JOSÉ ARTURO YUCRA PUMA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:
ABOGADO



APROBADA POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:

PRESIDENTE :

Abog. Peter Jesus Manzaneda Cabala

PRIMER MIEMBRO :

Abog. Rafael Teófilo Pérez Monroy

SEGUNDO MIEMBRO :

Mg. Francisco Tipula Mamani

DIRECTOR / ASESOR :

Abog. Jesus Leónidas O. Belón Frisancho

ÁREA : Ciencias Sociales
LÍNEA : Derecho
SUB LÍNEA : Derechos Humanos y Derecho Constitucional
TEMA : Interpretación de la Norma Constitucional

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 17 de diciembre de 2018.

DEDICATORIA

*A Juan y Natalia, mis padres,
por su entrega y apoyo
inecondicional.*

JOSÉ

AGRADECIMIENTOS

A los amigos y demás personas que, directa o indirectamente, coadyuvaron en la realización de este trabajo.

JOSÉ

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE ACRÓNIMOS	8
RESUMEN	9
ABSTRACT	10
I. INTRODUCCIÓN	11
1.1. EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN	11
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	12
1.2.1. PROBLEMA GENERAL	12
1.2.1. PROBLEMAS ESPECÍFICOS	12
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	13
1.3.1. OBJETIVO GENERAL.....	13
1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	13
II. REVISIÓN DE LITERATURA	14
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	14
2.1.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN A NIVEL NACIONAL.....	14
2.2. MARCO TEÓRICO.....	33
2.2.1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	33
2.2.1.1. Su antecedente inmediato: el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de Política del Perú de 1979	33
2.2.1.2. El nuevo órgano de control de la Constitución: El Tribunal Constitucional en la Constitución Política del Perú de 1993	37
2.2.2. DERECHOS CONSTITUCIONALES	41
2.2.3. MODELOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL	43
2.2.3.1. Modelos Originarios.....	44
2.2.3.1.1. Control orgánico político o no jurisdiccional	44
2.2.3.1.2. Control orgánico jurisdiccional	50
A) Sistema Americano o de Jurisdicción Difusa	50

B) Sistema Europeo de Jurisdicción Concentrada.....	54
2.2.3.2. Modelos Derivados	58
2.2.3.2.1. Control orgánico mixto	59
2.2.3.2.2. El control orgánico dual o paralelo	61
2.2.3.3. El caso del Perú	62
2.2.4. LA CONSTITUCIÓN Y LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO FUENTES DE DERECHO	64
2.2.4.1. La Constitución y la creación de derecho	64
2.2.4.2. El Tribunal Constitucional como creador de Derecho	66
2.2.4.2.1. Normas constitucionales directamente estatuidas	68
A. Normas constitucionales directamente estatuidas desde disposiciones orgánicas.....	68
B. Normas constitucionales directamente estatuidas desde disposiciones dogmáticas....	70
2.2.4.2.2. Normas constitucionales adscritas a una norma constitucional directamente estatuida	72
2.2.4.3. Las sentencias del Tribunal Constitucional como fuente de derecho	74
A. Sentencia de inconstitucionalidad.....	74
B. Doctrina jurisprudencial.....	75
C. Precedente Vinculante.....	77
2.2.5. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE	78
2.2.5.1. Partes de una sentencia	79
2.2.5.2. La técnica del distinguish	84
2.2.5.3. Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante.	85
2.2.5.4. Condiciones para el establecimiento del precedente constitucional vinculante ..	86
2.2.5.5. La aplicación del precedente vinculante.....	87
2.2.5.6. La eficacia prospectiva del precedente vinculante (prospective overruling)	87
2.2.5.7. El cambio de precedente vinculante: el Overruling.....	89
2.2.5.8. Modalidades para la creación de precedentes constitucionales vinculantes.....	91
A. Cuando el Tribunal define la regla jurídica en la que consiste el precedente	91

B. cuando el Tribunal Constitucional se limita a indicar los fundamentos jurídicos desde los cuales se han de concluir las reglas jurídicas en la que consisten los precedentes	92
C. Cuando el Tribunal declara que toda la sentencia o la síntesis de la misma es precedente vinculante	93
2.3. MARCO CONCEPTUAL	95
2.3.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	95
2.3.2. PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE	95
2.3.3. CREACIÓN DE DERECHO	95
2.3.4. NORMA CONSTITUCIONAL ADSCRITA	96
2.4. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	96
2.4.1. HIPÓTESIS GENERAL	96
2.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS	97
III. MATERIALES Y MÉTODOS	98
3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	98
3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA DE INVESTIGACIÓN	98
3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	99
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	100
4.1. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE N° 3741-2004-AA/TC (LIMA - RAMÓN HERNANDO SALAZAR YARLENQUE)	100
4.2. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE N° 4293-2012-PA/TC (LORETO – CONSORCIO REQUENA) ..	104
4.3. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE N° 5057-2013-AA/TC (JUNÍN – ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO HUATUCO)	105
V. CONCLUSIONES	110
VI. RECOMENDACIONES	111
VII. REFERENCIAS	112
ANEXOS	115

ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

Const.	: Constitución Política del Perú
CPCnst.	: Código Procesal Constitucional del Perú
LOTC	: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
TC	: Tribunal Constitucional del Perú
TGC	: Tribunal de Garantías Constitucionales
PJ	: Poder Judicial del Perú
CCD	: Congreso Constituyente Democrático
PCV	: Precedente Constitucional Vinculante
D. Leg.	: Decreto Legislativo
T.U.O.	: Texto Único Ordenado

RESUMEN

La Investigación aborda la extralimitación y los desaciertos en los que incurre el Tribunal Constitucional a la hora de ejercer su potestad creadora de derecho, la cual efectúa mediante la figura del Precedente Constitucional Vinculante, ello se desarrollará en el marco de la teoría del Derecho Constitucional, que a la vez se circunscribe en el área del Derecho Constitucional.

En el marco teórico se abordarán sucesivamente los siguientes temas: primero se brindará un panorama histórico en torno al surgimiento del Tribunal Constitucional, órgano encargado de la elaboración del precedente constitucional vinculante; en seguida, y brevemente se conceptualizará sobre los derechos constitucionales; luego se pasará a dar un bosquejo en cuanto a los modelos de control de constitucionalidad, difuso y concentrado, siendo éste último el modelo que aplica el Tribunal Constitucional.

Posteriormente se tratará sobre la constitución en los tipos de sentencias que emplea el Tribunal Constitucional, y cómo éstas se constituyen en fuentes del derecho constitucional. Después se tratará todo sobre lo concerniente a la figura del precedente constitucional vinculante, y que es también uno de los tipos de sentencia que emplea el Tribunal constitucional. Finalmente, se expondrán los resultados, a los cuales se arribó en la investigación, en torno a la manera en que el Tribunal se extralimitó y cometió desaciertos al momento de emplear la figura del Precedente Constitucional Vinculante.

Palabras Clave: Tribunal constitucional, Precedente constitucional vinculante, Creación de derecho y Norma constitucional adscrita.

ABSTRACT

The investigation addresses the overreaching and errors that the Constitutional Court incurs when exercising its creative power of law, which is carried out through the figure of the binding constitutional precedent; this will be developed within the framework of the Constitutional Law theory, which at the same time is circumscribed in the area of Constitutional Law.

In the theoretical framework, the following topics will be dealt with successively: first, a historical panorama will be provided around the emergence of the Constitutional Court, the body in charge of preparing the binding constitutional precedent; then, and briefly conceptualize about constitutional rights; then we will go on to give an outline as to the control models of constitutionality, diffuse and concentrated, the latter being the model applied by the Constitutional Court.

Subsequently, the constitution will be dealt with in the types of judgments used by the Constitutional Court, and how these constitute sources of constitutional law. Afterwards everything will be dealt with concerning the figure of the binding constitutional precedent, and which is also one of the types of sentence used by the Constitutional Court. Finally, the results will be exposed, which were reached in the investigation, about the way in which the Tribunal overreached and committed errors when using the figure of the binding constitutional precedent.

Keywords: Constitutional Court, Binding constitutional precedent, Creation of right and Ascribed constitutional rule.

I. INTRODUCCIÓN

1.1. EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

El estudio de Investigación plasmado en el presente trabajo, versa sobre las extralimitaciones y desaciertos en las que incurre el Tribunal Constitucional a través de la facultad creadora de derecho del Tribunal Constitucional que posee, facultad ésta, bastante cuestionada tanto por magistrados como por juristas nacionales y extranjeros, para ello se centra en el análisis de las principales sentencias constituidas en Precedente Constitucional Vinculante, poniéndose atención tanto en las extralimitaciones como en los desaciertos que se verifican en las referidas sentencias declaradas como Precedente por parte del Tribunal Constitucional.

Su importancia radica en que es un tema controvertido, pues la figura del precedente lo fue así desde un inicio, y aunque las investigaciones en torno a él no son pocas, pocas veces se ha tratado sobre sus extralimitaciones o desaciertos, limitándose la mayoría de trabajos respecto al tema, solamente en indicar que si los hay, mas nada más dicen en torno al tema, mucho menos indican cuales son los precedentes que han incurrido en extralimitación desacierto o incorrección.

La figura objeto de estudio se ha venido aplicando durante casi 15 años, siendo su naturaleza y fines, todavía desconocido por la gran mayoría de personas, no sólo por parte de las personas en general, sino también por parte de los diferentes operadores del derecho, muchos de los cuales ven en él un sinsentido que carece de relevancia, otros lo ven como una figura peligrosa que

no cumple con su función de predictibilidad sino que más bien es un instrumento del Tribunal para entrometerse en las competencias de los otros poderes del estado, como por ejemplo el legislativo el cual aduce que sólo a él se le ha otorgado expresamente la facultades legislativa.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

El Tribunal Constitucional al momento de ejercer su potestad creadora de derecho no lo ha hecho conforme al empleo adecuado de la figura del Precedente Constitucional Vinculante pues ha incurrido en extralimitaciones y desaciertos, justificando así la posición de sus críticos. Dichas incorrecciones han llevado a que muchas veces se infrinjan los principios de predictibilidad y de protección de los derechos constitucionales.

1.2.1. PROBLEMA GENERAL

¿El Tribunal Constitucional ha incurrido en extralimitaciones al momento de ejercer su potestad creadora de derecho, empleando inadecuadamente el Precedente Constitucional Vinculante?

1.2.1. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

1. ¿Cuáles son los principales casos en los que el Tribunal Constitucional se extralimitó e incurrió en desaciertos al emplear su facultad legislativa mediante la figura del Precedente Constitucional Vinculante?

2. ¿En qué consiste la facultad legislativa que le delegó el artículo VII del Código procesal Constitucional al Tribunal Constitucional?

3. ¿Ha sido pertinente la potestad o facultad legislativa que le delegó el artículo VII del Código procesal Constitucional al Tribunal Constitucional?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar si el Tribunal Constitucional ha incurrido en extralimitaciones al momento de ejercer su potestad creadora de derecho, empleando inadecuadamente el Precedente Constitucional Vinculante.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Analizar los principales casos en los que el Tribunal Constitucional se extralimitó e incurrió en desaciertos al emplear su facultad legislativa mediante la figura del Precedente Constitucional Vinculante.

2. Determinar en qué consiste la facultad legislativa que le delegó el artículo VII del Código procesal Constitucional al Tribunal Constitucional.

3. Determinar si ha sido pertinente la potestad o facultad legislativa que le delegó el artículo VII del Código procesal Constitucional al Tribunal Constitucional.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Respecto a los antecedentes, en la elaboración del trabajo de investigación se ha indagado principalmente en torno a tesis (trabajos de investigación) realizadas en el territorio nacional, esto porque la figura del precedente constitucional vinculante tiene una configuración particular en nuestro país.

2.1.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN A NIVEL NACIONAL

1.- Tesis presentada por los bachilleres: William Jhony Muñoz Valeriano y Alber Pérez Acuña, (2017), bajo el título: “La Función del Precedente Constitucional en el Perú: El Papel de los Precedentes Constitucionales emitidos por el Tribunal Constitucional durante el Periodo 2005 - 2015” para optar el título profesional de Abogado, sustentada en la Universidad Nacional del Altiplano.

Tesis donde se llegó a las siguientes conclusiones: (1) Las funciones de los precedentes constitucionales emitidos por el Tribunal Constitucional durante el periodo 2005 – 2015 son: a) garantizar la seguridad jurídica; b) el derecho a la igualdad, y, c) colmar lagunas que se presentan en el sistema jurídico. Luego de evaluar cada uno de los precedentes constitucionales se constata que su expedición respondió a necesidades concretas, tales como son: la regulación de la procedencia del proceso de amparo en material laboral, el establecimiento de plazo para la prisión preventiva, la determinación del contenido esencial del derecho a la pensión, la regulación de las vías

igualmente satisfactorias (subjettiva y objetiua); la procedencia del Recurso de Agrauio Constitucional, entre otros. (2) El precedente constitucional en el país se ha ido erigiendo como un mecanismo para garantizar la seguridad jurídica, especialmente, en la predictibilidad de las decisiones judiciales, asimismo, ha brindado pautas para la uniformidad de los criterios jurisprudenciales dispersos. En los casos que podemos advertir esta particularidad del precedente constitucional son: a) la procedencia del recurso de agrauio constitucional (sentencia interlocutoria denegatoria); b) la procedencia del amparo laboral; c) la determinación del contenido esencial del derecho a pensión; d) la importación de vehículos automotores usados, entre otros. (3) El precedente constitucional ha colaborado con la consolidación del principio de igualdad y la coherencia del sistema jurídico. La aplicación del precedente constitucional es obligatorio e ineludible cumplimiento cuando se presenten hechos que tengan los supuestos de la regla jurídica (precedente). Los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dejan sentado que los jueces deben interpretar y aplicar las leyes tomando en cuenta las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, asimismo, esta disposición recobra fuerza cuando las sentencias tienen la calidad de cosa juzgada. Además, en la investigación advertimos que con la emisión de los precedentes constitucionales se logró establecer márgenes y reglas claras para la aplicación de las reglas jurídicas a concretos supuestos de hecho (véase el precedente constitucional que regula la improcedencia del proceso de amparo en casos de reposición para las personas que no ingresaron a la Administración Pública sin previo concurso de méritos). (p. 178-179).

2.- Tesis presentada por: Francisco Humberto Morales Saravia, (2016), bajo el título: “El precedente constitucional vinculante y su aplicación por el Tribunal Constitucional del Perú (Análisis jurisprudencial de la última década 2005 - 2015)” para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional, sustentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tesis donde se arribó a las siguientes conclusiones: (1) En los Estados Unidos existe una sola tradición y técnica del precedente que se aplica a todos los ámbitos del Derecho (Constitucional, legal, common law) y en todo el sistema de justicia americana sea Federal o Estadual. (2) Una de los rasgos definitorios del precedente en los Estados Unidos es su carácter flexible y dinámico. Los jueces no están totalmente obligados por los precedentes ya que pueden apartarse de ellos cuando generen alguna injusticia en su aplicación. En el caso peruano la práctica nos demuestra que la aplicación, de algunos precedentes constitucionales, generó situaciones de injusticia y desprotección de derechos. (3) En España no se ha instaurado una práctica del precedente constitucional al estilo americano, a lo sumo lo que existe es un control externo del TCE por violación del derecho de igualdad sobre decisiones de un mismo órgano judicial en casos similares (precedente horizontal), siempre que no motiven adecuadamente porque resolvieron de forma diferente en casos similares. (4) En España se aplica el concepto de jurisprudencia constitucional vinculante de las interpretaciones efectuadas por el TCE sobre los preceptos y principios constitucionales que son vinculantes para todos los jueces en todo tipo de procesos y que es el antecedente del tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. (5) En Colombia la Corte Constitucional ha incorporado, a través de su jurisprudencia, la tradición y

práctica del precedente constitucional con las notas características, flexibilidad y dinamismo, propias del modelo norteamericano. En esa línea es el segundo juez quien define qué precedente seguir y también puede apartarse a condición que fundamente adecuadamente. (6) El Tribunal Constitucional ha efectuado una interpretación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, no ciñéndose a la tradición del precedente según los modelos de referencia (Estados Unidos y Colombia). (7) El TC peruano ha desarrollado una interpretación que genera un precedente de tipo autoritario que más se parece a una legislación para imponer a los jueces constitucionales del Poder Judicial, algunas interpretaciones controversiales, como por ejemplo el recurso de agravio constitucional del precedente o el control difuso en sede administrativa. En general, este modelo de precedente autoritario, adoptado por el TC, constituye una vulneración del principio de independencia judicial de los jueces constitucionales de grados inferiores. (8) Con base en el estudio y análisis global de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional podemos comprobar que se ha sobredimensionado la importancia de los precedentes. Numéricamente representan un ínfimo porcentaje del número de casos resueltos por el TC. La jurisprudencia constitucional, es mucho más rica y amplia en el desarrollo de aspectos constitucionales, así como en la interpretación de los derechos fundamentales. (9) Los precedentes dictados por el TC abordan temas coyunturales, legales y en algunos casos de trascendencia constitucional irrelevante, por ejemplo, el precedente sobre bonificaciones al salario de algunos servidores estatales. Los precedentes que abordan aspectos constitucionales son menos que los de tipo legal, razón suficiente para reformar la práctica del TC en la emisión de los

precedentes. (10) En relación a la función del Tribunal Constitucional y el derecho de acceso a la justicia comprobamos que los precedentes vinculantes que disponen su aplicación inmediata a los procesos en trámite (ocho sentencias con varios precedentes), constituyeron una barrera para el acceso a la jurisdicción constitucional ya que cambiaron las reglas vigentes para el conocimiento de esos casos en la vía del amparo, ciertamente más favorables, decretando ipso facto la improcedencia de miles demandas de amparo. (11) Esos mismos precedentes incumplieron la finalidad de los procesos constitucionales, por ejemplo en el amparo, la cual es proteger los derechos constitucionales. En dichos casos se puede comprobar que se desatendió también el derecho a un recurso efectivo para la protección judicial de los derechos constitucionales, puesto que los procesos de amparo iniciados resultaron inútiles para una protección efectiva y rápida. (12) Se hace necesario que el TC modifique su práctica en la emisión de los precedentes a fin de descartar la interpretación que ha dado origen a un precedente autoritario y pasar a una interpretación que genere una práctica que se asemeje a los modelos de referencia, Estados Unidos y Colombia, cuya práctica se caracteriza por un uso del precedente flexible y dinámico. (p. 176-178).

3.- Tesis presentada por: Massiel Mirla Ramos Cruz, (2016), bajo el título: “Análisis de la Ratio Decidendi y la Obiter Dicta en Sentencias con Calidad de Precedente Vinculante emitidas por el Tribunal Constitucional 2005 - 2015” para optar el título profesional de Abogado, sustentada en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.

Tesis donde se llegó a las siguientes conclusiones: (1) Se puede afirmar que un precedente constitucional es una regla que establece parámetros normativos para la resolución de futuros casos que emerge de una continuidad de criterios dados por el Tribunal Constitucional. (2) Es importante distinguir la ratio decidendi de la obiter dicta, ya que el primero es vinculante y el segundo no, estableciendo fundamentos con la finalidad de proteger derechos fundamentales. (3) En el expediente 206-2005 PA/TC, se fija como precedente el criterio de procedibilidad; en el expediente 2877-2005 HC/TC, se fija como precedente la aplicación correcta del recurso de agravio constitucional; en el expediente 1333-2006 PA/TC, se fija como precedente la interpretación respecto a la ratificación de magistrados; en el expediente 4650-2007 PA/TC, se fija como precedente la actuación del juez respecto al cumplimiento de la sentencia en segunda instancia; y, en el expediente 5057-2013 PA/TC, se fija como precedente el ingreso de los trabajadores al sector público. (4) Los jueces al momento de resolver los procesos constitucionales, tienen que diferenciar los efectos vinculantes (ratio decidendi) de los que no lo son (obiter dicta); para así, motivar correctamente las resoluciones judiciales. (5) Es importante precisar la mejora de los mecanismos de protección asumiendo una actitud integradora de los derechos fundamentales, mas no restándolos como sucede en el precedente Huatuco (STC N° 5057- 2013 PA/TC), donde a partir del caso se limitan derechos laborales. (6) Existe una débil visión de los principios constitucionales como el principio de primacía de la realidad; así como el procedimiento establecido por ley, reconociendo que estos no están siendo tomados en cuenta como sucede en los expedientes N° 206-2005 PA/TC (caso Baylon Flores) y 5057- 2013 PA/TC (caso Huatuco) (7)

A través de los fundamentos vinculantes, el Tribunal Constitucional demuestra la relación entre la debida motivación y la protección de los derechos fundamentales (como el debido proceso y tutela procesal efectiva). (8) Para el Tribunal Constitucional, el fundamento 20 del expediente N° 2877-2005-HC/TC sobre el recurso de agravio constitucional es obiter dicta; pero, dada la importancia que tienen en la sentencia, debieran establecerse como ratio decidendi. (p. 112-113).

4.- Tesis presentada por: Edwin Adolfo Morocco Colque, (2016), bajo el título: “El Overruling en los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional Peruano y su Incidencia en los Derechos Fundamentales” para optar el título profesional de Abogado, sustentada en la Universidad Privada del Norte.

Tesis donde se arribó a las siguientes conclusiones: (1) 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. (2) 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. (3) 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. (4) 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. (5) 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. (p. 134-135).

5.- Tesis presentada por: María del Pilar Angles Huaricayo, (2015), bajo el título: “Tribunal Constitucional un Cuarto Poder Neutro bajo la Tesis de las Sentencias Interpretativas en el Perú” para optar el grado académico de Magíster en Derecho, sustentada en la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.

Tesis donde se llegó a las siguientes conclusiones: (1) El Tribunal Constitucional es un cuarto poder neutro en nuestro país, debido a que controla, ordena y recomienda cómo estructurar el sistema jurídico; asimismo, establece de qué manera deben legislar los parlamentos y por último, ordena o pone las pautas de qué manera se deben aplicar las normas en el Poder Judicial. También el Tribunal Constitucional cumple una función complementaria, reguladora, limitadora y de control respecto a los demás órganos del Estado. (2) La división clásica de poderes del Estado se encuentra desactualizado, desfasado y descontextualizado por el evidente rol dinámico del Tribunal Constitucional en nuestro país. Poner las cosas en orden, controlar o limitar el poder del gobierno de turno, al legislador y los jueces, es lo que sabe hacer bien y con eficacia. Esas funciones son propias de un poder del

Estado actual lo que la mayoría llama equilibrio de poderes. (3) Teoría del poder neutro, la supremacía constitucional, el neoconstitucionalismo y sus variados precedentes vinculantes, son los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales para considerar al Tribunal Constitucional como un cuarto poder neutro en nuestro país. (4) La función de legislar como legislador negativo, controlar, limitar, aplicar e interpretar, son las verdaderas funciones y roles que cumple el Tribunal Constitucional a través de las sentencias interpretativas en nuestro país, esto con relación a los otros poderes de nuestro país. (p. 173).

6.- Tesis presentada por: Araceli Acuña Chavez, (2014), bajo el título: “Funciones y Competencias del Tribunal Constitucional Peruano” para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional, sustentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tesis donde se arribó a las siguientes conclusiones: (1) Desde la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales con la Constitución de 1979, hasta el actual Tribunal Constitucional reconocido por la Constitución de 1993, este organismo se ha ido perfilando en el tiempo, dotándole de una serie de características y funciones que han delimitado su estructura y han definido sus límites y competencias. (2) Hoy en día el Tribunal Constitucional peruano es concebido como un órgano autónomo e independiente que tiene una naturaleza compleja, pues es considerado como un órgano constitucional y jurisdiccional, por lo tanto, aun cuando su organización, composición y estructura se encuentra regulada en la Constitución vigente y en su Ley Orgánica, su valor fundamental se centra en su legitimidad, la misma que se ve

muchas veces mellada por la forma de elección de sus magistrados y por el periodo de permanencia en el cargo, por lo que se requiere de ciertos reajustes en estos rubros a efectos de no perder su posición y su valor como el máximo órgano que ejerce la justicia constitucional. (3) La posición primordial que tiene el Tribunal Constitucional en relación a las entidades sujetas al control constitucional no lo convierte en un órgano de control e interpretación constitucional ilimitado, pues tiene la obligación de ejercer sus atribuciones conforme a los límites que la propia Constitución ha establecido; por lo que es deber de esta institución autocontrolarse, más aun si nuestra Constitución no ha establecido la existencia de un órgano determinado encargado del control de las actuaciones del Tribunal Constitucional. Sin embargo, si el Tribunal se excediera en el ejercicio de sus atribuciones, existen controles meta constitucionales encargados de esta función, tales como el control supranacional ejercido por la CIDH, el control de la opinión pública, el control del Congreso y hasta el control del Presidente de la República. (4) De conformidad con el artículo 202 de la Constitución, las competencias de nuestro Tribunal Constitucional pueden clasificarse en: competencias exclusivas, competencias compartidas y competencias no previstas. Respecto a las primeras, el Tribunal Constitucional tiene competencia exclusiva para conocer los procesos de inconstitucionalidad (acción de inconstitucionalidad) y los procesos de conflicto de competencia y/o de atribuciones, mientras que en los procesos de tutela de derechos (habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento) conoce únicamente en última instancia a través del denominado recurso de agravio constitucional (RAC), pues la primera y segunda instancia se sustancian ante el Poder Judicial a través de sus Juzgados y Cortes

competentes. En tanto que el Poder Judicial tiene competencia exclusiva para conocer los procesos de tutela derechos en primera y segunda instancia y el proceso constitucional de acción popular, aunque existe una fuerte tendencia por transferir esta última competencia al Tribunal Constitucional, a fin de que sea este órgano el que concentre el conocimiento de los procesos de defensa de la legitimidad constitucional. (5) En cuanto a las competencias compartidas, tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial tiene competencia para ejercer el control difuso de las normas legales. Y en cuanto a las competencias no previstas, algunos Tribunales y Cortes Constitucionales de la región tiene determinadas competencias que no han reconocida expresamente a favor de nuestro Tribunal Constitucional, como son: El control de las omisiones constitucionales, el control de constitucionalidad de las normas infralegales, el control previo de tratados, el control de los decretos que declaran los estados de excepción, el control del procedimiento de reforma constitucional, el control constitucional de los proyectos de ley observados por el Poder Ejecutivo, el control de las convocatorias a consultas populares y plebiscitos, el control de los estados de excepción, el control de la constitucionalidad de la actuación de los partidos políticos, entre otras. (6) De este catálogo de competencias no previstas, algunas como el control de omisiones legislativas y el control de constitucionalidad de normas infralegales, deben recibir el nombre de “competencias implícitas”, pues a pesar de no estar expresamente previstas en la Constitución vienen siendo ejercidas por nuestro Tribunal Constitucional porque concretizan las competencias que sí se encuentran previstas en la Constitución, pero bajo fórmulas genéricas. (7) Otras competencias no previstas, como el control de constitucionalidad de las actuaciones de los

partidos políticos, han sido asignadas a otros órganos constitucionales, como es el caso del Jurado Nacional de Elecciones; por lo que el único control que puede ejercer el Tribunal Constitucional sobre este tipo de actos es un control indirecto, a través de una acción de amparo contra lo resuelto por el Jurado Nacional de Elecciones. (8) En cuanto a las competencias no previstas de control previo de constitucionalidad de instrumentos internacionales (tratados), de convocatorias a consultas populares o plebiscitos, de proyecto de reforma constitucional y de proyecto de ley observados por el Poder Ejecutivo, deben ser incorporadas previamente en nuestro ordenamiento para que puedan ser ejercidas por el Tribunal Constitucional, porque nuestro sistema de control constitucional no es preventivo, sino posterior. (9) Como nuestra Constitución no contiene una cláusula abierta de competencias, se requiere de una reforma constitucional, de acuerdo a lo establecido en el artículo 206 de la Constitución, para poder implementar nuevas competencias a favor del Tribunal Constitucional, salvo que se traten de competencias implícitas que no requieren de ningún reconocimiento legal para poder ser ejercidas por el Tribunal, pues su uso se encuentra justificado porque concretizan las competencias genéricas consagradas en el artículo 202 de la Constitución. (10) Una comparación de las competencias de nuestro Tribunal Constitucional con las asignadas a otros Tribunales y Cortes Constitucionales en América del Sur, nos permite afirmar que el Constituyente de 1993, a diferencia del de 1979, fue bastante conservador en cuanto a la posibilidad de otorgar mayores funciones a nuestro supremo intérprete de la Constitución, por ejemplo cualitativa y cuantitativamente hablando, se advierte que el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, la Corte Constitucional de Colombia, el Supremo

Tribunal Federal de Brasil, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela y el Tribunal Constitucional de Chile, tienen asignadas diez o más atribuciones o competencias, la mayoría de las cuales no se encuentran asignadas a nuestro Tribunal Constitucional; sin embargo, este hecho no ha impedido que nuestro Tribunal haya hecho uso de algunas competencias implícitamente reconocidas. (11) Existe una tendencia actual a sobrecargar a los Tribunales Constitucionales con funciones que ya en encuentran implícitamente reconocidas a su favor, y peor aún, con funciones ajenas a las jurisdiccionales, que atrofian su naturaleza, como por ejemplo: interferir en las atribuciones de las comisiones permanentes del Congreso, resolver sobre inhabilitaciones constitucionales o legales de Ministros de Estado o de parlamentarios, calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario para el cargo de Presidente de Estado y pronunciarse sobre su renuncia al cargo, o decidir si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente de la República y de altos cargo del Estado. (12) La ampliación del catálogo de competencias a favor del Tribunal Constitucional no debe significar que se le está otorgando mayor poder a este órgano constitucional para que ejerza superioridad respecto de los demás órganos y poderes del Estado. En todo caso, será obligación y responsabilidad del propio Tribunal Constitucional autorregularse y autocontrolarse a fin de no generar tensiones que perjudiquen el sistema constitucional, que es el basamento de nuestro Estado de Derecho. (13) El desarrollo de la justicia constitucional ha ido moldeando la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, lo cual ha incidido directamente en su propia naturaleza, por lo que la actual realidad institucional del Tribunal Constitucional impone cambios necesarios y urgentes en determinados

aspectos de su composición y estructura, a fin de mantener su independencia y autonomía, controlar los excesos del poder y tutelar los derechos fundamentales. En esa medida, la legitimación del Tribunal Constitucional depende de una regulación coherente que asegure su independencia y su propia capacidad de autolimitación, sólo así se podrá evitar incurrir en excesos que lo conviertan en un órgano arbitrario. (p. 155-158).

7.- Tesis presentada por: José Humberto Ruiz Riquero, (2012), bajo el título: “La Aplicación de la Teoría del Precedente Vinculante Norteamericano en el Perú y sus Repercusiones Jurisprudenciales” para optar el título profesional de Abogado, sustentada en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

Tesis donde se arribó a las siguientes conclusiones: (1) La creación de una jurisdicción constitucional independiente, el establecimiento de una acción autónoma para la protección de los derechos fundamentales y cambios en la cultura jurídica nacional (en parte ocasionados por la recepción del Neoconstitucionalismo con circulación transnacional) han sido, entre otros, algunos de los factores que han generado modificaciones importantes en las formas cómo los operadores jurídicos enfrentan los problemas de fuentes, interpretaciones y legitimidad en la creación del derecho. Efectivamente, la existencia de una jurisdicción constitucional, que incluye tribunales o cortes especializadas, incluso salas generalmente calificadas de constitucionales, a pesar de sus problemas y debilidades, es hasta nuestros días el mejor sistema que se ha creado para asegurar la supremacía de la Constitución como norma decidida por el poder constituyente, para impedir que los poderes constituidos

rebasen la competencia y atribuciones que expresamente les señala la propia Constitución, y para la protección real de los derechos fundamentales. En otras palabras, es la mejor defensa del Estado Constitucional de Derecho. (2) El sentido del Neoconstitucionalismo se relaciona a modo de una teoría jurídica de argumentación y razonabilidad que programa que las normas legales deben demarcar rigurosamente los poderes estatales y salvaguardar con claridad los derechos fundamentales. Asimismo pasa de un Estado Legal de Derecho a un Estado garantista de derechos constitucionales. De esta manera, el Neoconstitucionalismo encumbra a la naturaleza de normas o leyes escritas a una serie de derechos considerados como consustanciales a la dignidad. Así que, las Constituciones que han adoptado el influjo de esta forma conceptual de entender su propio rol e importancia, tienen en los contenidos de sus artículos y en su estructura, una representación importante de principios éticos, así como, ciertas características novedosas en el tema de la interpretación, integración y aplicación de la norma constitucional. (3) No cabe duda de que el TC es el órgano encargado del control de la Constitución (como fundamento del sistema jurídico y político democrático), pues así lo ha señalado ella. Tal control aparece como un cometido intrínseco al estatus que ostenta el TC dentro de nuestro Estado Constitucional de Derecho que requiere la existencia de una institución que vele por la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sobre esta base, en el CPCont., se le ha reconocido el imperio, validez y eficacia de ser órgano supremo de interpretación constitucional, cosa natural de su función como TC. (4) La figura del precedente vinculante se encuentra enraizada en el sistema anglosajón, donde la jurisprudencia expedida por los órganos jurisdiccionales debe ser

obligatoria tanto para ellos mismos como para los jueces de nivel inferior. Sin embargo no son pocos los ordenamientos de tradición romano germánica que consagra normas expresas en la que regula la institución del precedente. Actualmente el precedente vinculante se aplica en el Perú, España y Alemania, por aparecer reguladas tales facultades en las leyes orgánicas de sus Tribunales Constitucionales. En México también aparece en su Ley de Amparo; en Colombia por creación jurisprudencial y en el caso brasileño por una enmienda ha quedado establecido que la jurisprudencia constitucional sea vinculante. (5) La única diferencia que hay entre ratio decidendi que no es precedente vinculante y ratio decidendi que si es precedente vinculante, es el carácter general con la que se formula una u otra; no se diferencian por una obligación particular, pues ambas vinculan, lo cual, no debemos olvidar y resaltar que aunque vinculan, el magistrado no deja de ser juez del caso concreto. Él puede examinar y concluir razonadamente que el caso es un supuesto de hecho distinto respecto del cual se formula el precedente vinculante o respecto del cual se formula una ratio decidendi. De esta manera, el juez sólo va aplicar la consecuencia de la regla jurídica cuando tiene cumplido el supuesto de hecho, si no se cumple el supuesto de hecho no se aplica la consecuencia jurídica. Por tanto, no se podría sancionar funcional ni penalmente a un magistrado, so pretexto de que ha incumplido el precedente vinculante, puesto que el magistrado no renuncia a ser autoridad del caso concreto; decir lo contrario es condenar al juez a ser mero replicador de lo que dice el TC, es decir, convertir al juez en la boca muerta que repite el precedente vinculante. (6) El precedente vinculante no solo tendría valía por provenir de un poder conferido al TC, sino por derivar de la Constitución

misma, de su cimiento material y axiológico. Lo que el TC hace, en esas normas generales y abstractas a las que llama precedente vinculante, es dar tal forma expresa de normas generales y abstractas a lo que ya era norma implícita o tácitamente presente en la Constitución. El precedente, en esta perspectiva, valdría por ser explicitación de una norma constitucional que hasta ese momento no se había hecho visible para todos, aunque cualquiera que el adecuado método de conocer ya podía antes encontrarla allá donde vive, en la Constitución (material) misma. (7) Desde este esquema, cabe además comprender que no puede constituirse un precedente vinculante dentro de un proceso de inconstitucionalidad. Si un precedente se establece para resolver un caso en concreto, y a través de éste, la regla jurídica abstracta que resuelve se convierte en precedente con efectos erga omnes. En un proceso de inconstitucionalidad los efectos de esa sentencia también son erga omnes, pero en cambio, si más bien se tratase de un proceso de amparo o de hábeas corpus, y el TC solamente resuelve sin la calidad de precedente, sus sentencias no tendrían efectos erga omnes, puesto que se tendría que establecer un precedente vinculante. Entonces, la doctrina nacional dice que el precedente vinculante en un proceso de inconstitucionalidad ya no sería necesario ni imperioso, porque la naturaleza de las sentencias de inconstitucionalidad no involucra efectos inter partes sino que son de naturaleza erga omnes. Por tanto, establecer un precedente vinculante en este tipo de proceso ya sería innecesario; más bien en los procesos constitucionales de la libertad si es necesario, porque en estos procesos sus efectos no son generales para todos sino que involucra efectos inter partes, pero si se quisiese otorgar a una sentencia con efectos erga omnes implicaría

tener que configurar un precedente constitucional vinculante. (8) La justificación de la vinculación de los jueces del PJ a la jurisprudencia del TC se revela inmediatamente después de constatar que tanto la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico nacional está compuesto por disposiciones abiertas y que necesitan concreción para su efectiva aplicación, como que la posición jurídica del mencionado Colegiado Constitucional es la de ser supremo interprete de la norma fundamental, es decir, el que con carácter último establece las distintas concreciones y determinaciones de la norma constitucional. A la vez, la importancia de establecer los correctos alcances de esta vinculación surge de la constatación de que la actividad jurisdiccional de los jueces del PJ debe desenvolverse según el principio de independencia y autonomía. (9) 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. En este contexto es posible señalar que el TC crea derecho, pero no cualquier derecho, sino Derecho de rango constitucional, y éste, por ser base de todo Estado Democrático debe realizarse en el marco de competencias jurisdiccionales

delimitadas y sin invadir las funciones de los demás órganos constitucionales.
(p. 239-242).

2.2. MARCO TEÓRICO

2.2.1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha sido quizás el órgano autónomo que mayores cambios ha experimentado, no sólo desde la dación de la ley N° 28237, por la que se creó el Código Procesal Constitucional, mismo que contemplaba la figura del Precedente Constitucional Vinculante, sino ya desde su antecedente en la Constitución del 79, el Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual ciertamente no gozó del mismo realce que el TC, debido a que no llegó a cumplir de manera adecuada con sus funciones, esto en parte a que esta institución era nueva no sólo para el Perú, sino para el resto de países de la región Sudamericana. Para ello se brinda un breve repaso de su historia desde la creación del TGC hasta el momento en que el TC empieza ya, a ejercer activamente su novísima labor creadora de derecho, a través de la figura de los Precedentes Constitucionales Vinculantes.

2.2.1.1. Su antecedente inmediato: el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de Política del Perú de 1979

Mediante la Constitución Política del Perú del año de 1979 se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), constituyéndose en ese entonces como una novedad en el Perú, pues por primera vez el país incorporaba el modelo de control constitucional concentrado (Morales Saravia, 2014). No obstante, no sólo se trató de una novedad para el Perú, puesto que

también lo fue para el resto de Latinoamérica, debido a que el Perú además fue el primer país latinoamericano en incorporar un tribunal especializado en el control de la constitución. Al respecto, el artículo 296 de la mencionada constitución se refería a dicho modelo de control, de la siguiente manera:

“Artículo 296.- El Tribunal de Garantías Constitucionales es el órgano de control de la Constitución. Se compone de nueve miembros.

Tres designados por el Congreso; tres por el Poder Ejecutivo; y tres por la Corte Suprema de Justicia.”

Fue mediante este artículo que se erigió al Tribunal de Garantías Constitucionales como el órgano encargado del control de la Constitución, componiéndose éste de nueve miembros, los cuales eran designados en cuotas proporcionales por los tres poderes del estado.

Con respecto a los requisitos, el artículo 297 lo estableció de esta forma:

“Artículo 297.- Para ser miembro del Tribunal, se exigen los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema y probada ejecutoria democrática y en defensa de los Derechos Humanos. Le alcanzan las incompatibilidades del artículo 243. El período dura seis años. El Tribunal se renueva por tercios cada dos años. Sus miembros son reelegibles. No están sujetos a mandato imperativo. No responden por los votos u opiniones emitidos en el ejercicio de su cargo. No pueden ser denunciados ni detenidos durante su mandato, salvo los casos de flagrante delito y de acusación constitucional.”

Por su parte el artículo 298 de la misma, fijaba así su competencia:

“Artículo 298.- El Tribunal de Garantías tiene jurisdicción en todo el territorio de la República. Es competente para:

1.- Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravinieran la Constitución por la forma y por el fondo y

2.- Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo, agotada la vía judicial.”

Es así que, bajo estos parámetros, el TGC, empezó a funcionar en noviembre de 1982 para ser disuelto, casi diez años después, el 5 de abril de 1992 a raíz del autogolpe de Estado realizado por el expresidente Alberto Fujimori Fujimori (Morales Saravia, 2014), siendo la evaluación de su funcionamiento, sobre todo por especialistas de principios de los noventa, en su mayoría desfavorable.

Ya en el poder Fujimori y su movimiento Cambio 90 y, poco antes del autogolpe, el TGC dictó dos sentencias parcialmente estimatorias de inconstitucionalidad, la primera en enero de 1992, sobre el Decreto Legislativo N° 651, que liberalizaba las tarifas de transporte urbano, la segunda en marzo del mismo año, sobre el Decreto Legislativo N° 650, que reformaba el pago de la compensación por tiempo de servicios en el sector laboral privado, formando ambos decretos legislativos parte de un grupo mayor de normas expedidas por el Gobierno en virtud de las facultades legislativas que le concedió el Congreso de la República para reformar el Estado y liberalizar la economía (Morales Saravia, 2014).

En uno y otro caso el TGC declaró la inconstitucionalidad parcial de dichos decretos legislativos, asumiendo así una posición contraria al embrionario modelo económico neoliberal que implementó el gobierno de Alberto Fujimori en su breve etapa democrática, debido a dicho fallo es que el Gobierno y los partidos políticos conservadores representados por el Parlamento criticaron duramente la decisión del TGC, planteando incluso la disolución de dicho órgano constitucional.

Consumado el autogolpe del 5 de abril de 1992 con la disolución del Congreso, y ya en pleno año de 1993 e instalado el denominado Congreso Constituyente Democrática es que se realizó el debate sobre el Tribunal Constitucional. El cual se caracterizó por una fuerte crítica a la pobre labor del TGC y fue así que desde el primer momento el Gobierno y sus principales voceros propusieron que la función de control de la Constitución sea atribución sólo del Poder Judicial. Así lo propuso Carlos Torres y Torres Lara, principal artífice de la Constitución de 1993, en cuyo documento de propuesta, arrojaba esta facultad a la “Corte Suprema Nacional” órgano de mayor jerarquía dentro del PJ, modelo según el cual esta Corte es quien debería atender de manera exclusiva los casos relativos a los derechos constitucionales.

En la 38ª sesión, el 1 de abril de 1993, tuvo oportunidad la exposición de Manuel Aguirre Roca, exmagistrado del TGC, quien alegó a favor de que se mantuviera un órgano con esas facultades independiente del PJ, posteriormente muchas de sus opiniones serían recogidas para el nuevo modelo de Tribunal Constitucional de la futura Constitución de 1993, como son: designación de magistrados, que en la Constitución de 1979 la efectuaban los 3

poderes, ahora sólo le correspondía al Congreso, eliminación de la reelección para el cargo de magistrado del TC, reducción de la edad para postular al cargo de 50 a 45 años, reducción del periodo de 6 a 5 años.

De igual manera en la 43ª sesión del 13 de abril del mismo año, el profesor universitario Domingo García Belaunde se pronunciaría también a favor de mantener el TC. Es así que en la 29ª sesión matinal del 12 de agosto de 1993 Carlos Torres y Torres Lara anunciaba ante el pleno del CCD, el cambio de postura de la mayoría y su voluntad de restituir el TC. Dicha decisión se llegaría a plasmar en el artículo 201 de la Constitución de 1993. No ha de olvidarse que la referida institución ya desde aquel momento no era del agrado del partido de gobierno, después de todo “hay que tener en cuenta que la Constitución en mención, no es una democrática, pues surgió en el marco de una dictadura, pues una cosa es la normatividad de la Constitución y otra su legitimidad democrática”. (Martínez Dalmau, 2015, pág. 52).

2.2.1.2. El nuevo órgano de control de la Constitución: El Tribunal Constitucional en la Constitución Política del Perú de 1993

Con la dación de la nueva constitución, el 30 de diciembre de 1993, la labor de control de la constitución efectivamente le fue encomendada al Tribunal Constitucional.

Este órgano constitucional, el TC, como tal, poseía 3 características principales: órgano jurisdiccional, órgano colegiado u órgano especializado. Al respecto, el artículo 201 de la Constitución de 1993, se refería en la siguiente manera:

“Artículo 201.- Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.”

Mediante este artículo se le confiere al TC la cualidad de órgano autónomo e independiente, en efecto, con el devenir de los años el TC adquiriría tal relevancia en mérito a su labor, muchas veces correctiva y limitadora del Poder Legislativo llegaría a tener también una labor limitadora tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Judicial, particularmente con este último llegaría a tener constantes fricciones, las cuales llevarían a que los magistrados del PJ cuestionen la existencia de este Órgano Constitucional, así como sus atribuciones especiales, así pues, gracias a su labor, se llegaría además a propugnar la teoría de la superación de la “división clásica” del estado en tres poderes.

En cuanto a las diferentes funciones que tendría a su cargo el TC, los artículos 202 y 204 disponen lo siguiente:

“Artículo 202.- Atribuciones del Tribunal Constitucional

Corresponde al Tribunal Constitucional:

- 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.*
- 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.*
- 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.”*

En el anterior artículo se enuncian las atribuciones, llamémosles, ordinarias del TC, esto debido a que su existencia no acarrea mayores discusiones, al menos no que sean polémicas acaloradas y causen constante controversia. Además se tratan de las mismas o similares funciones que también se les han asignado a sus pares o equivalentes en el derecho comparado. Así por ejemplo en Europa también se habla de la protección de la constitución como “la primera de las funciones de un órgano al que expresamente se le considera un tribunal de casación en el orden constitucional, la razón de ser de la institución”. (Tajadura Tejada, 2007, pág. 222).

“Artículo 204.- Sentencia del Tribunal Constitucional

La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.”

De la misma manera, la acción de inconstitucionalidad es una institución que tampoco genera mayores controversias, no al menos en lo que respecta a su existencia. Es más, se podría decir que en esencia ésta fue la razón de ser del TC, y lo es también en los demás países que han adoptado esta institución, cuyo fin es expulsar del ordenamiento nacional cualquier ley que contravenga manifiestamente a lo dispuesto por la Constitución Política del Perú.

Al principio el TC no tuvo labor alguna que fuera relevante, al punto que muchos opinaban que no tendría ninguna mejora con respecto a la labor del antiguo TGC, esto en parte gracias al dominio que tuvo, de prácticamente todas las instituciones, el gobierno encabezado por Alberto Fujimori. En efecto “sus miembros solo se instalaron en 1996, para que a los pocos meses 3 de ellos fueran desaforados, con lo cual se privó parte importante de sus atribuciones”. (Gutiérrez Canales, 2014, pág. 9).

Seria recién con la caída de dicho régimen, tras la difusión del llamado “video Kouri Montesinos”, el 14 de setiembre de 2000, que a raíz de la reorganización del aparato estatal que el TC, empezaría a tener una notoriedad preponderante, así pues “en el año 2001, el TC empezaría a experimentar por un proceso de consolidación institucional, identificándose con el paradigma de

la recuperación del sistema democrático y con la reestructuración de las relaciones entre los poderes”. (Gutiérrez Canales, 2014, pág. 19).

Ya durante el gobierno de Alejandro Toledo Manrique se sistematiza toda la llamada legislación procesal en materia constitucional que hasta ese momento estaba dispersa, a través del Código Procesal Constitucional (CPCnst.) Ley N° 28237, esto en fecha 07 de mayo de 2004, y, el primero de julio de mismo año, se promulga la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) Ley 28301, la cual establecía que el TC era el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es mediante estas normas que aparece la figura del Precedente Constitucional Vinculante, tal y como la conocemos hoy en día, no obstante de haber pasado por una evolución no necesariamente libre de retrocesos y desaciertos.

2.2.2. DERECHOS CONSTITUCIONALES

Hubo un largo periodo en donde se consideró que no todos los seres humanos tenían derechos inherentes a su naturaleza humana, sería el liberalismo del siglo XVIII quien llegó a desarrollar una posición contraria y así llegarían al Derecho las primeras declaraciones, que se inician en el estado norteamericano de Pensilvania, para proseguir con la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano producto de la Revolución Francesa de 1789. Esta última delineó el rumbo para las declaraciones constitucionales de derecho por casi 130 años. Vista hoy en día los derechos que en aquel entonces se estatuyeron se ven insuficientes y se aprecia nítidamente que eran el reflejo de una época individualista ya superada. (Rubio Correa, 2011, pág. 42) Sin embargo, establecer la libertad desagregada en varios tipos, como la

libertad física, de pensamiento, de reunión, de inviolabilidad de domicilio, el principio de igualdad ante la ley, fue realmente transformador en relación a la antigua arbitrariedad del poder casi ilimitado ejercido en el antiguo régimen.

De ahí en adelante, el ciudadano tendría derechos intocables, al menos según las normas, y el número de tales derechos crecería con el tiempo. Las constituciones, mexicana de 1917, fruto de la revolución, y la alemana de Weimar de 1919, dada gracias a la representación socialdemócrata, abrirían paso a lo que se llegó a denominar como Derechos Sociales. Nuestra Constitución de 1933 llegaría ya a hablar de estos.

La llegada de la Segunda Guerra Mundial y sus nefastas consecuencias llevarían a los estados a la necesidad de proclamar algo aún más avanzado: esto es, afirmar el que la humanidad tenía unos derechos que le eran inherentes por su calidad de tal (la calidad de ser seres humanos). Aparecen en poco tiempo: los derechos humanos esto mediante la Declaración de las Naciones Unidas de 1948, que siguió pronto a la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre de la Organización de Estados Americanos y, desde entonces, numerosas declaraciones fueron enriqueciendo la defensa y protección de los derechos humanos en el derecho internacional así como en los diferentes derechos nacionales.

Siguiendo esta línea, es que se inscribe el reconocimiento jurídico peruano de los derechos constitucionales, ya sea en sus textos legislativos como en la Constitución. El régimen constitucional nacional establece un sistema amplio de defensa de los derechos, esto mediante las garantías

constitucionales contenidas en el artículo 200 de la actual Constitución de 1993.

La presencia de estos derechos esboza ciertas condiciones positivas para el desenvolvimiento de la vida social y política. (Rubio Correa, 2011, pág. 43) En suma ellas son 2:

- Del lado de las personas, la existencia de los derechos trae correlativamente el deber de respetarlos en las demás personas, de manera que se pueda acceder cada vez a formas superiores de vida civilizada y solidaria, dentro de la sociedad a nivel mundial.

- Del lado de los órganos estatales, su autoridad y la de quienes ejercen funciones en ellos queda limitada por los derechos establecidos, pues al estar constitucionalmente garantizados, ninguna autoridad puede vulnerarlos por su sola voluntad, más bien y por el contrario, debe protegerlos y promoverlos.

En nuestro tiempo, los derechos humanos vienen a ser un elemento fundamental de todo lo que significa o se llame democrático, en cualquier lugar donde los derechos humanos sean vulnerados o postergados no se puede aceptar que exista democracia. Así pues, la práctica de los derechos humanos, se manifiesta como una obligación de todos y de cada uno.

2.2.3. MODELOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Una de las principales funciones del nuevo Tribunal Constitucional es el llamado control concentrado de la constitucionalidad y en cierta forma la facultad de crear precedentes también se deriva de esta especial función

otorgada al TC. Los modelos, llamados también sistemas, de control de la constitucionalidad pueden ser divididos en originarios y derivados:

2.2.3.1. Modelos Originarios

Son aquellos que históricamente han surgido como consecuencia de la actividad creadora de principios, categorías y reglas destinadas a asegurar la supremacía de la constitución, siendo estos de dos clases: el Control Orgánico Político y el Control Orgánico Jurisdiccional. (García Toma, 2010, pág. 655).

2.2.3.1.1. Control orgánico político o no jurisdiccional

Consiste en un modelo que confía el control de la constitucionalidad al órgano parlamentario en su condición de portavoz omnicompreensivo de la soberanía popular. Y de manera excepcional puede ser encargada a un ente ad hoc no jurisdiccional constituido sobre la base de una designación puramente política.

Su existencia se fundamenta y radica en el principio genérico de la autonomía legislativa, que impide el control judicial de la legislación parlamentaria. En tal sentido, se argumenta que la magistratura únicamente puede participar *secundum legem* y no como *legisvus*.

Ello en atención a que la magistratura no se origina de la voluntad ciudadana, sino de la designación hecha por un órgano estatal, por este motivo se halla impedido de anular o abrogar una ley, que es la expresión final de aquella soberanía.

En este modelo un mismo órgano, el Parlamento, se convierte simultáneamente en juez y parte de sus propias decisiones, lo cual supone el apostar y confiar en la capacidad institucional de la autocensura y la moderación corporativa, así como en la presencia activa de las minorías parlamentarias como agente de control de los excesos legisferantes de la mayoría.

Dicho modelo se sustenta en la premisa que el parlamento como expresión directa de la soberanía popular, representa un valor político absoluto que no admite ninguna erosión del principio de la omnipotencia de la ley, además de preservar la renovación legislativa y la acción reformadora que el propio órgano parlamentario pudiera estar llevando a cabo. (García Toma, 2010, pág. 656).

Los antecedentes del control orgánico político se encuentran en la Ley del 16-24 de agosto de 1790, a través de la cual la Convención francesa dispuso que: “los tribunales no podrán tener directa o indirectamente ninguna injerencia en el ejercicio del Poder Legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo sancionados por el rey, bajo pena de prevaricación”.

Así también, en la Constitución de 1791 se fijó de manera clara que: “los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo ni suspender la ejecución de las leyes”. Todo lo señalado apuntaba a exaltar la ley y abatir al juez.

En medio de este contexto aparece la propuesta esbozada por el abate Emmanuel Sieyès durante los debates de la Constitución francesa en 1795 la

cual era la de crear un Jurado o Magistratura Constitucional. Éste ente alcanzaría parcial concretización en la Constitución de 1852.

Con respecto a ello, se debe anotar que la desconfianza en el operador jurisdiccional provino de los ataques ideológicos perpetrados por la en ese entonces sobreviviente magistratura del Ancien Regime en contra de las bases del constitucionalismo democrático procedentes de la Revolución Francesa.

La expresión de este modelo llegó a plasmarse en la Constitución estalinista de 1936, luego se promoverá su difusión al resto de los países de la entonces pujante orbita socialista. La incorporación de este modelo en la experiencia estadual marxista leninista proviene de la doctrina del centralismo democrático y en donde el parlamento se constituye en el portador clasista de la soberanía nacional.

En América Latina llegó a parecer en las constituciones de Perú y Bolivia de 1826 con la creación de la Cámara de Censores, en la Constitución de Brasil de 1830 y en las constituciones ecuatorianas de 1830 y 1851.

Este sistema confía el control o salvaguarda de la constitucionalidad, hacia un órgano íntegramente político.

Las razones para su aplicación son éstas (García Toma, 2010, pág. 657):

a) Concentración y unidad de las funciones de elaboración-control de la legislación en el órgano parlamentario, al que se considera como supremo poder estatal:

Se asume que siendo aquel órgano (legislativo) el portador de la soberanía popular, le debe corresponder en exclusividad el ejercicio del control de la constitucionalidad. Consecuentemente, surge la atribución de establecer la normatividad, verificar que su actividad legisferante sea armónica y coherente con el texto fundamental, y vigilar la efectividad de su aplicación.

b) Defensa del principio de exonerabilidad consistente en la no posibilidad de que los actos parlamentarios puedan ser objeto de observancia o control por otros órganos estatales:

La defensa de la constitucionalidad se confía al propio órgano Legislativo, debido a razones históricas, ideológicas y pragmáticas que tienden a elevar el papel de dicho ente, manifestando una vocación escéptica y recelosa de la actividad jurisdiccional, y a generar una motivación prejuiciosa contra el órgano Ejecutivo, acusado de voraz y abusivo. De esta manera, le corresponde al órgano parlamentario el conocer de las infracciones constitucionales producto de las normas que él mismo creó, así como por el accionar del Ejecutivo y los particulares.

Entre los procedimientos usados por los órganos de control político, se tienen (García Toma, 2010, pág. 658):

1) El procedimiento de la cuestión previa:

Se da al deliberar sobre una propuesta o proyecto de ley. En cuyo caso, le corresponde al Presidente del ente parlamentario declarar ya sea de oficio o a petición de parte que no abrirá paso a la deliberación de fondo de un proyecto de ley, debido a que la propuesta normativa es en apariencia

inconstitucional. Por lo demás, cualquier parlamentario puede peticionar dicha declaración por la razón señalada.

En cualquiera de los casos se apela al Pleno del Parlamento para que se decida preliminarmente sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del proyecto presentado.

2) El procedimiento por acción popular:

Se da a través de una petición hecha por un mínimo determinado de ciudadanos, a fin de que se reexamine la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley.

Como se puede apreciar, existe en el primer caso un control a priori, y en el segundo un control a posteriori o reexaminador de una decisión normativa originada en el Parlamento.

Respecto a lo señalado se pueden citar las siguientes experiencias:

La Constitución de Finlandia de 1919, tras la reforma constitucional del 2000, ha ratificado su adscripción a dicho modelo que data de 1882.

En tal sentido, el referido texto señala que es función de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento, el emitir su dictamen sobre la constitucionalidad de las proposiciones de dación de ley.

La Comisión señalada posee carácter permanente. La tradición parlamentaria exige que como mínimo la mitad de sus miembros tenga formación en materias constitucionales, asimismo que el ente cuente con el apoyo de expertos externos.

La constitución cubana de 1976 establece que le corresponde a la Asamblea Nacional del Poder Popular decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos leyes y demás disposiciones legales. Para ello, al interior de éste se creó la Comisión de Asuntos Constitucionales, quien es la encargada de emitir dictámenes propositivos a la Asamblea Nacional.

La Constitución china de 1982 señala que le corresponde al Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional el interpretar y supervisar el cumplimiento de la Constitución, incluso posee facultades de revocación de todas las disposiciones legales contrarias a la Constitución.

De manera especial aparece en la Constitución francesa de 1958 el llamado Consejo Constitucional. Éste ente se compone de 9 miembros, los que son designados paritariamente por el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado.

El Presidente del Consejo es designado por el Presidente de la República.

Tiene la responsabilidad de examinar preventivamente las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias. También, se pueden someter al examen de constitucionalidad las leyes antes de su promulgación por el Órgano Ejecutivo.

La calidad de ente político es empleada por Bernard Chenot, expresidente del referido órgano, al afirmar en 1977 que “el Consejo Constitucional es un cuerpo político por su reclutamiento y por las funciones

que cumple”. Por ende, deviene en la perspectiva francesa en una “pieza clave de contención política”.

2.2.3.1.2. Control orgánico jurisdiccional

Consiste en un modelo que confía el control de la constitucionalidad ya sea de manera directa o de manera indirecta a un ente que administra justicia.

A la vez dicho modelo puede ser clasificado en 2, siendo estos: el sistema americano y el sistema europeo. La distinción calificativa entre estos 2 radicaría en que el sistema americano o de jurisdicción difusa se orienta principalmente a generar garantías sobre los derechos fundamentales, mientras que el sistema europeo o de jurisdicción concentrada está orientado a cautelar la conformidad constitucional de la elaboración y contenido de una ley. (García Toma, 2010, pág. 659).

A) Sistema Americano o de Jurisdicción Difusa

En este la defensa de la Constitución está a cargo del órgano judicial ordinario, es denominado también de revisión judicial (Judicial Review) o de contralor judicial. De esta manera, la pluralidad de los jueces ordinarios tienen la potestad o facultad de establecer la inconstitucionalidad de las normas dentro del marco de una controversia judicial concreta, así, los alcances de tal inconstitucionalidad son aplicables única y de manera exclusiva a las partes intervinientes en dicho proceso judicial.

No existiendo un órgano contralor especial o ad hoc, puesto que son los jueces comunes los que ante una determinada controversia deben examinar si hay alguna contradicción entre la norma invocada y los alcances de la propia

Constitución, para amparar un derecho, y de ser el caso, aplicarán el texto fundamental y dejarán de hacer uso de la ley inconstitucional.

Siendo así, la facultad contralora no se reduce a una sola sala o tribunal, sino que se reparte o disgrega en la amplitud de todos los órganos jurisdiccionales del ente judicial, los cuales tienen el poder-deber de no aplicar una ley inconstitucional en aquellos casos sometidos a su conocimiento.

La situación de inconstitucionalidad se entenderá como una cuestión incidental respecto a la controversia concreta, por tanto, no se puede plantear como una acción directa. Por otro lado, la decisión judicial tiene efectos declarativos, consecuentemente, al decidirse la inaplicabilidad de la ley al caso concreto, genera su inobservancia, por tanto, dicha ley no surte ningún efecto en el caso sometido a consideración.

El juez no anula la ley, tan solo declara una nulidad preexistente, así, los efectos de su declaración son lógicamente retroactivos, y debido al carácter incidental de la demanda limitados sólo al caso concreto.

En consecuencia, la ley en pugna con la Constitución no es afectada, en principio, en cuanto a su vigencia general. Empero, en aplicación del principio de stare decisis, los jueces están ya vinculados por la fuerza del precedente, por lo que en la práctica, a través del tiempo tal declaración llega a alcanzar efectos de carácter total.

En resumen a este sistema se le puede ubicar bajo el signo de la acción defensiva. La ley apreciada como inconstitucional no es anulada, sino que simplemente se rechaza su aplicación, se inaplica, dentro del pleito generado

por un accionante. Así, mediante una decisión judicial el juez “veta” la aplicación de una ley inconstitucional para resolver una controversia. El juez al estatuir interpartes reviste su decisión con la autoridad de la cosa juzgada. (García Toma, 2010, pág. 661) Las características de este sistema son las siguientes:

a) Control extendido:

La declaración de inconstitucionalidad es una atribución que corresponde ser ejercida por cualquier autoridad judicial, no importando su grado o jerarquía funcional.

b) Control incidental:

El pronunciamiento de inconstitucionalidad surge a raíz de la existencia previa de una cuestión judicial generada a través de cualquier proceso rutinario, y planteada entre personas naturales y/o jurídicas.

c) Control con eficacia relativa:

El pronunciamiento de inconstitucionalidad tan solo alcanzará a las partes comprometidas en una cuestión judicial. En ese sentido, la declaración de inconstitucionalidad solo tiene efectos, inicialmente, interpartes e inaplicativos.

Aun así, es oportuno señalar que de manera mediata por efecto del stare decisis un pronunciamiento podrá llegar a alcanzar eficacia plena. Ello en mérito a que respecto al precedente vinculante, un órgano jurisdiccional deberá seguir lo decidido por otro de mayor jerarquía, de manera obligatoria.

d) Control residual:

Dicho pronunciamiento surge de una actividad “añadida” a la tarea judicial de dirimencia en los conflictos derivados entre 2 partes litigantes.

El origen de dicho modelo se remonta a comienzos del siglo pasado, cuando, en los Estados Unidos, el Presidente de la Suprema Corte, John Marshall, en la histórica sentencia dictada en el caso Marbury vs. Madison, del 24 de febrero de 1803, aplicó a un caso particular y concreto el principio de supremacía de la Constitución frente a una norma con rango de ley del Estado, así como la atribución de la judicatura para revisar judicialmente la validez constitucional de los preceptos legales. (García Toma, 2010, pág. 662).

Los alcances de dicha jurisdicción se resumen en que la validez constitucional de una ley, es la última cuestión a examinarse en el marco de un proceso judicial sobre derechos en conflicto. Existirá abstención de pronunciamiento en caso se constate la existencia de una “cuestión política”. Así también, en lo relativo a la Corte Suprema esta posee discrecionalidad para decidir si va a conocer o no va a conocer un determinado proceso judicial.

Se puede advertir que ante lo resuelto por la instancia inmediata inferior (Corte de Apelaciones) la Corte Suprema expide o se abstiene de otorgar el auto de avocación.

Tal auto es la manifestación del instituto denominado certiorari, por el cual la Corte Suprema decide de manera discrecional, en atención a la importancia de los intereses jurídicos en juego, el revisar o no revisar una resolución judicial.

B) Sistema Europeo de Jurisdicción Concentrada

En este sistema la defensa de la Constitución está a cargo de un órgano jurisdiccional especial denominado ad hoc o de contralor concentrado, por él, el control de la constitucionalidad se confía a un ente particular y autónomo del resto de los órganos del poder estatal.

Las primeras experiencias de este tipo de control están sólidamente ligadas a la desmembración del imperio austro-húngaro tras su derrota en la Primera Guerra Mundial. Justamente, el 21 de octubre de 1918 se constituirá la Asamblea Nacional Provisional de la República de Austria, la cual mediante la Constitución de 1920 instituyó un órgano ad hoc para el control de la constitucionalidad al cual se denominó Tribunal Constitucional. (García Toma, 2010, pág. 663).

Hans Kelsen tuvo protagónica responsabilidad para dicha creación, el cual posteriormente fundamentó sus alcances doctrinarios en una obra denominada “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. En éste escrito Hans Kelsen desestimará la capacidad de autocensura y moderación legislativa por parte del Parlamento en lo concerniente al resguardo de la jerarquía normativa de la Constitución, y postulará las bondades de un órgano autónomo de éste para que actúe como legislador negativo, es decir, que posea facultades de anulación de las leyes contrarias a la Constitución.

La constitución austriaca concibió al novísimo Tribunal Constitucional con una composición conformada por un Presidente, un Vicepresidente y un mínimo adicional de titulares y suplentes con cargo a establecerse reglamentariamente.

Así de esta manera, en 1918 se crea el Estado de Checoslovaquia, el cual mediante la Ley del 29 de febrero de 1920 creó un ente al que se denominó también Tribunal Constitucional, el cual estaba integrado por 7 miembros. A ese Tribunal se le encargó la responsabilidad de apreciar la conformidad constitucional de las leyes de la República Checa y de la Dieta de Rusia Subcarpática. El ente, si bien entró en funciones a finales de 1921, a diferencia de la experiencia austriaca, no llegó a conocer ninguna acción de inconstitucionalidad. Más todavía como no se renovó su composición en 1931, en la práctica quedó desactivada.

Así finalmente éste modelo será incorporado en la II República Española (1931-1933) mediante la Constitución de 1931. En el mencionado texto se instituirá el denominado Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual entre otras competencias tenía el de conocer en instancia única el recurso de inconstitucionalidad.

Domingo García Belaunde indica que el sistema de jurisdicción concentrada se caracteriza por entregar el control a “un órgano jurisdiccional especial y concentrado, pero que está fuera de la tríada clásica de poderes y sin relación de dependencia con el Poder Judicial”. Este órgano posee atribuciones exclusivas y excluyentes para determinar la declaración de inconstitucionalidad de una ley, declaración que produce efectos generales, y se desarrolla por vía principal y sin necesidad de que exista un conflicto particular previo. Es decir, existe un órgano especialmente encargado de conocer las acciones de inconstitucionalidad.

Como resultado de la intervención jurisdiccional, la ley cuestionada es anulada, es decir, se la considere inexistente, esta decisión se reviste de la autoridad absoluta que emana de la cosa juzgada. Por tanto, la impugnación de la ley, por esta vía, puede llevar a su cancelación definitiva en el ordenamiento jurídico, generalmente desde el momento mismo del pronunciamiento jurisdiccional, efectos erga omnes y ex nunc.

El efecto ex nunc se fundamenta mediante el propósito de tutelar principios como la estabilidad y la seguridad jurídica, que podrían verse gravemente afectados en caso de que se admitiesen alcances retroactivos del fallo declaratorio de inconstitucionalidad. (García Toma, 2010, pág. 664).

En puridad, este sistema se fundamenta en la existencia de un órgano del Estado, diferente y autónomo de los tradicionales (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) el cual ejerce control a partir de una privativa jurisdicción constitucional. A este ente, compuesto por magistrados orgánicamente ajenos al cuerpo administrador de justicia ordinaria, se le reserva el derecho excluyente y exclusivo de determinar la inconstitucionalidad de una ley y, por extensión, la facultad de su derogación con efectos rescisorios generales, además del establecimiento de los mecanismos de corrección del acto inconstitucional.

Se trata pues de un control abstracto de las normas, que se rige no en función de un conflicto de interés, para cuya solución sea menester dilucidar con carácter previo la norma de decisión, sino simplemente por una discrepancia absoluta sobre la interpretación del texto constitucional con relación a su compatibilidad con una ley singular.

Las características de este modelo son las siguientes (García Toma, 2010, pág. 664):

a) Control Condensado:

La declaración de inconstitucionalidad corresponde ser ejercida única y exclusivamente por un órgano especializado.

b) Control principal:

El pronunciamiento de inconstitucionalidad se da cuando se plantea directamente, ante el órgano especializado, un proceso especial denominado acción de inconstitucionalidad. Por ello, no es obligatoria la existencia previa de un juicio, causa o cuestión judicial.

c) Control abstracto:

El órgano especializado se encarga de analizar una norma cuestionada de inconstitucionalidad, en forma aislada y de manera independiente a la existencia de un caso concreto que afecte intereses particulares. En ese contexto, se promueve una resolución de puro derecho.

d) Control con eficacia general:

El pronunciamiento de inconstitucionalidad se da de manera derogante y de manera genérica. Las consecuencias de la decisión del órgano especializado afectan tanto al Estado como a todos los ciudadanos así como a los adscritos a él. En ese sentido, la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos erga omnes y abrogativos.

En el modelo de jurisdicción concentrada, el juzgador ad hoc responde en los hechos a una iniciativa legislativo-jurisdiccional en donde se le plantea que decida a favor de la derogación de una ley inconstitucional.

Este modelo se inspiró en el pensamiento de Hans Kelsen, quien en su papel de asesor del canciller de la naciente república austriaca (ex imperio Austro-Húngaro) lo propició con entusiasmo y pasión. La creación de la Alta Corte Constitucional (Constitución austriaca de 1920) llegó a romper con la concepción tradicional por la cual no era posible modificar, anular o suprimir la vigencia de una ley, ya que ella estaba, hasta aquel entonces, la expresión omnímoda del pueblo reunido en el Parlamento. Al respecto, debe anotarse que Carlos Luis de Secondat, barón de la Brede y Montesquieu había señalado en “El Espíritu de las Leyes” lo siguiente: “El juez es simplemente la boca que pronuncia las palabras de la ley, un ser inanimado que no puede mitigar ni su fuerza ni su rigor”. (García Toma, 2010, pág. 665).

El sistema europeo o de jurisdicción concentrada se puede apreciar en países como Austria, Alemania, España, Italia, etc. En América Latina puede verse en Guatemala, Ecuador, Bolivia Perú, Chile Y Colombia.

2.2.3.2. Modelos Derivados

Son aquellos que recogiendo la matriz de algún modelo originario sufren la adaptación a una necesidad o realidad político-constitucional específica. Se insertan en aquellos estados carentes de tradición jurídica propia, los cuales en ese contexto se empeñan en desarrollar una tarea de trasplante de instituciones, así sucede con los países latinoamericanos. Siendo a la fecha 2 las adaptaciones conocidas:

2.2.3.2.1. Control orgánico mixto

Esta variante surge como consecuencia de la mezcla, fusión o combinación de 2 o más modelos originarios, constituyendo un modelo sui géneris que, por tal, deriva en uno distinto de aquellos que le sirvieron de base.

Al respecto, Domingo García Belaunde indica que “cuando las influencias son tan fuertes, se adquiere una nueva fisonomía”. Así, a partir de las influencias asimiladas se genera en la práctica un modelo medianamente diferente.

Esta mezcla o combinación de 2 o más sistemas o modelos, produce un tertium, en donde los rasgos sincréticos permiten vislumbrar o apreciar algo distinto, pero no como para llegar a calificarlo como algo original. Así, de la imitación y la recepción surge algo medianamente diferente.

En este sistema el órgano administrador de la justicia ordinaria (Poder Judicial) ejerce al mismo tiempo un control difuso y uno concentrado, según sea la naturaleza de la acción objeto de su conocimiento.

Con referencia a ello, son citables las experiencias de Brasil, Venezuela y México.

Para el caso del Brasil, al máximo órgano de la justicia ordinaria denominado Supremo Tribunal Federal se le han atribuido las decisiones que son propias dentro de una jurisdicción concentrada a una Corte o Tribunal Constitucional.

Entre las diferentes modalidades procesales surge la acción directa de declaración de inconstitucionalidad, bajo las modalidades de acción de declaración de inconstitucionalidad interventiva y genérica.

No obstante también emerge el recurso extraordinario para revisar una sentencia supuestamente contraria a la Constitución.

Así, Ernesto Blume Fortini citado por García Toma señala que: “A pesar de la existencia de un control disperso de constitucionalidad se ha incorporado la acción directa de inconstitucionalidad, bajo las modalidades interventiva y genérica. La primera controladora del orden interno respecto de los ordenamientos federales, y la segunda, cauteladora de la constitucionalidad de las leyes en general”.

Para el caso de Venezuela, existe el control difuso a cargo de todos los magistrados del Poder Judicial, y concretamente se cuenta también con un control concentrado el cual está a cargo de la Corte Suprema que tiene facultades exclusivas y excluyentes para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de aquellos actos violatorios de la Constitución.

Para el caso de México, hay un control difuso a cargo de todos los magistrados del Poder Judicial, y al mismo tiempo se le ha conferido a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer las acciones de inconstitucionalidad hacia normas generales.

En ese sentido Arturo Zaldívar Telo de Sarria, citado por García Toma, indica que México cuenta “con un sistema de justicia constitucional complejo, formado por distintos instrumento procesales: a) controversias constitucionales,

b) acciones de inconstitucionalidad, c) medios de impugnación en materia política electoral, y d) juicio de amparo”.

En relación a lo señalado, Domingo García Belaunde plantea que se trata de un control orgánico mixto en razón a que “un solo órgano, el cual es la Corte Suprema aparece como única instancia final, pues conoce tanto del control incidental (modelo americano) como del control abstracto (a través de la acción popular de inconstitucionalidad). (García Toma, 2010, pág. 669).

En concreto, se fusionan de manera armoniosa las peculiaridades tanto del modelo americano como del europeo, y dan origen a un tertium quid”.

2.2.3.2.2. El control orgánico dual o paralelo

Este sistema aparece a consecuencia de la aplicación de 2 modelos originarios que coexisten de manera independiente o autónoma, manteniendo cada uno de ellos sus propias características.

En este caso se da una aplicación paralela sin proceso alguno de mezcla o fusión entre los modelos originarios trasplantados.

Domingo García Belaunde, autor de la nomenclatura aquí adoptada, citado por García Toma indica que el modelo dual o paralelo “es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse”.

Así pues, se trata de un modelo que plantea la coexistencia del control jurisdiccional concentrado y el control jurisdiccional difuso, sin que haya interferencia mutua.

La propuesta de García Belaunde sería entonces aplicable para el Perú en lo concerniente al ámbito orgánico, dado que el Tribunal Constitucional al margen de las competencias del Poder judicial, opera con facultades monopólicas para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y para resolver los conflictos de competencia.

Por otra parte hay un control mixto en el ámbito personalista al intervenir el Tribunal Constitucional como última instancia nacional en la solución de los procesos vinculados con las acciones de garantía.

2.2.3.3. El caso del Perú

En el Perú aparece un sistema derivado y sinérgico en donde se acredita la existencia de un control político preventivo y un control jurisdiccional reparador en sus 2 variables. Dicha expresión contralora se caracteriza por la promoción de una acción. (García Toma, 2010, pág. 670).

Dicha denominación la recibe debido a la asimilación de la pluralidad de modelos originarios, ésta procura una acción simultánea de varios entes que tienden a lograr un efecto único: la salvaguarda de los principios, valores y normas constitucionales, frente a las conductas irregulares o arbitrarias de gobernantes y ciudadanos. Con relación a ello se puede anotar lo siguiente:

A raíz de una interpretación concordada entre los artículos 94 y 102 de la Constitución, el Congreso de la República ha establecido dentro de su

organización parlamentaria la Comisión Ordinaria de Constitucionalidad y Reglamento.

La referida comisión consiste en un grupo de trabajo especializado de congresistas que entre otras tareas, tiene la del estudio y dictamen de los proyectos de ley.

Particularmente para este caso, la Comisión de Constitución y Reglamento expide dictámenes, los cuales son documentos que contienen una exposición documentada, precisa y clara sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un proyecto de ley.

Este dictamen aprobado por la Comisión es elevado al Pleno del Congreso de la República, el cual luego del respectivo debate procederá a aprobar o desestimar el dictamen.

En esta circunstancia existe la posibilidad de que un proyecto sea enviado al archivo por habersele encontrado un vicio de inconstitucionalidad que impide la continuación del trámite para convertirse en ley.

Al mismo tiempo, el artículo 138 de la Constitución establece un control jurisdiccional difuso. Con relación a ello, el artículo señalado refiere lo siguiente:

“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

Al mismo tiempo, el artículo 201 de la Constitución señala que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Y como tal conoce, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

2.2.4. LA CONSTITUCIÓN Y LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO FUENTES DE DERECHO

2.2.4.1. La Constitución y la creación de derecho

Inicialmente durante el desarrollo y configuración de lo que conocemos como Estado de Derecho, la Constitución sólo era entendida como una simple norma política que carecía de contenido jurídico vinculante, conteniendo solamente una serie de disposiciones regulatorias para el accionar de los poderes públicos; esta visión cambiaría con el tiempo, hoy en día ya no hay duda de que se trata de la norma jurídica suprema para el ordenamiento normativo nacional. (Landa Arroyo, 2010, pág. 195).

Aquella transición fue posible a raíz de 2 procesos sucesivos: El primero toma lugar al transformarse los derechos públicos subjetivos del Estado liberal en derechos fundamentales, incorporando valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos para con el estado Social de Derecho. Ello obligaría principalmente a jueces y tribunales, a aplicar directamente la Constitución. Ya no solamente dentro de lo devino sino además dentro de lo posible. El segundo proceso se da al legitimarse la Constitución como norma democrática suprema,

teniendo carácter vinculante tanto para ciudadanos como para los poderes públicos.

Con todo ello, la Constitución fue desplazando a la ley y, a su principio de legalidad, como fuente suprema del Derecho. Por todo esto se señala que si la Constitución tiene eficacia directa no será solamente una norma sobre otras normas, sino más bien norma aplicable, no solamente fuente de producción sino que será también fuente de derecho sin más. (Landa Arroyo, 2010, pág. 196) Es decir, norma *normarum* (norma de creación de normas) y *lex legis* (ley suprema) extendida a todas las ramas del Derecho, cuyos principios y disposiciones no solamente son de aplicación a la esfera del ordenamiento jurídico público, sino además al del privado, en vista de su alcance general.

Cabe señalar además, que la creación de Derecho no es algo que se nos presenta ya acabado y dado por la norma, se convierte más bien en el resultado de una interpretación constructiva a raíz de la relación establecida entre un sujeto (el TC), un objeto (la Const.) y un método (tanto tipos de interpretación como tipos de sentencias). Lo referida relación no es posible de entender mediante el clásico positivismo jurídico, sino a través del nuevo paradigma constitucional de valores y principios que le brindan sentido de unidad al orden jurídico.

Aníbal Torres señala también y de manera polémica: “la sentencia dictada por el juez debe ser norma para las partes en litigio, para el propio juez y, en general, para todos los peruanos, sin distinción alguna”. (Torres Vasquez, 2009).

El nuevo rol de creación judicial del derecho, es consecuencia natural del desarrollo del llamado Estado Constitucional y particularmente de la puesta en escena de la justicia constitucional personificada en los llamados tribunales constitucionales, cada vez en aumento en los países de tradición romano-germánica.

2.2.4.2. El Tribunal Constitucional como creador de Derecho

Tradicionalmente queda claro que es el Congreso de la República (órgano legislativo) el que por excelencia es el encargado de la creación del Derecho mediante la ley, no obstante, el Tribunal también participa aunque de manera subsidiaria en la creación de Derecho a través de la Interpretación de la Constitución. Teniendo amplias facultades para controlar tanto la forma como el contenido de las normas y actos demandados como inconstitucionales. (Landa Arroyo, 2010, pág. 198).

Por su parte García Toma asevera refiriéndose al TC que “los órganos encargados del control de la constitucionalidad tienen una naturaleza funcional binaria, vale decir, constan de dos elementos: el jurídico y el político” y citando a Garrorena Morales agrega que “la actividad jurisdiccional de la jurisdicción constitucional se presenta como acto procesal, como actividad de interpretación e integración creadora del derecho y como decisión política” (García Toma, 2005, pág. 174).

Refiriéndose al caso colombiano Vargas Hernández señala “en efecto, no hay duda de que hoy en día se encuentra superada la concepción kelseniana del tribunal Constitucional como un “legislador negativo”, para pasar

a desempeñar una función positiva creadora”. (Vargas Hernández, 2011, pág. 17).

Así también en España, se entiende que actualmente cortes como el TC a través de su jurisdicción constitucional crean derecho, innovando el ordenamiento, pero, no es creación libre, sino vinculada. (Rubio Llorente, 1988, pág. 38).

Hablando sobre el efecto vinculante de la llamada Súmula Vinculante brasileña, Rodrigo Paladino señala: (Traducción propia) “el efecto vinculante es la obligatoriedad conferida a determinado enunciado jurisprudencial, por tanto, la súmula que posee efecto vinculante pasa a obligar a los demás órganos de la judicatura para que adopten el contenido de este pronunciamiento, apartándose de esta forma de la mera orientación. (Paladino Pinheiro, 2011).

A todo esto Cappelletti, refiere “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” (Cappelletti, 1984).

El citado autor refiere ciertamente que actualmente el problema, no es tanto el hecho de si el Tribunal puede o no crear derecho, sino más bien cuáles son los límites con los que cuenta o debe contar a la hora de crear derecho para evitar despropósitos por los cuales en lugar de procurar justicia termine incurriendo en lo contrario.

En cuanto al tipo de normas que se obtienen por medio de la labor creadora del Tribunal Constitucional, Luis Castillo citando a Robert Alexy, nos brinda una ilustrativa clasificación, siendo ésta la efectuada entre Normas directamente estatuidas y Normas adscritas:

2.2.4.2.1. Normas constitucionales directamente estatuidas

Son aquellas que han sido expresadas directamente por enunciados de la Ley Fundamental (Constitución), de manera que para su fundamentación correcta basta por lo general con una mera referencia al texto de la Constitución, esto debido a que éstas son producto de una interpretación literal. (Castillo Córdova, 2018, pág. 31).

La norma constitucional directamente estatuida puede también ser conceptuada como aquel contenido normativo atribuible a la voluntad del Legislador constituyente, de manera que puede ser tenida como la decisión que el constituyente adoptó sobre determinado asunto. (Castillo Córdova, 2018, pág. 32).

En pocas palabras son las que encontramos enumeradas en la Constitución, y se tienen por tales sin necesidad de mayores o complejos procesos de interpretación. Este tipo de normas a la vez se clasifican en dos, las que son:

A. Normas constitucionales directamente estatuidas desde disposiciones orgánicas

Se tratan de reglas constitucionales orgánicas mediante las cuales se crean órganos públicos, previéndose sus competencias y su organización.

Como ejemplo se tiene el artículo 90 de la Constitución, de éste se extrae la siguiente regla “(...) El número de congresistas es de ciento treinta (...)”, de aquí solamente es posible extraer un significado, es único, no es posible llegar a formular otro significado adicional, por ello, viene a conformar de frente la norma directamente estatuida, enunciándose de la siguiente manera: “Está ordenado que el número de congresistas sea ciento treinta”.

Anteriormente se dijo que las normas directamente estatuidas son aquellas que se obtienen sin necesidad de mayores o complejos procesos de interpretación, esto es cierto, lo cual no quiere decir que a veces no sea necesario dilucidar el contenido exacto de la disposición, empero aquella interpretación definitivamente no ha de ser compleja. Ejemplo de ello es el artículo 142 de la Constitución, que dice: “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral (...)”. La cual admite dos posibles significados, los que son:

Primero: Está prohibido revisar en sede judicial las resoluciones del Jurado nacional de Elecciones en materia electoral, siempre y en cualquier caso.

Segundo: Está prohibido revisar en sede judicial las resoluciones del Jurado nacional de Elecciones en materia electoral, cuando vulnere derechos fundamentales.

Debido a que ambas normas concluidas, son contrarias entre sí, es necesario un proceso de irradiación desde los derechos fundamentales, que reclama una interpretación normativa de la Constitución, según la cual todos los contenidos de la Constitución vinculan de modo efectivo, de forma que

todos los contenidos iusfundamentales vinculan efectivamente, y una interpretación teleológica, según la cual todo el sistema jurídico-constitucional está destinado a favorecer la plena realización de la Persona en la mayor medida de lo posible. (Castillo Córdova, 2018, pág. 35). Teniéndose finalmente como norma directamente estatuida la contenida en el segundo significado.

B. Normas constitucionales directamente estatuidas desde disposiciones dogmáticas

Se tratan de reglas constitucionales dogmáticas, ese decir, aquella que han sido extraídas de la parte orgánica de la Constitución. En esta clase de normas, la irradiación anteriormente referida, tiene mayor impacto, pues se trata de disposiciones que reconocen y regulan los llamados derechos fundamentales. (Castillo Córdova, 2018, pág. 36) Como ejemplo se tiene el artículo 2, numeral 4 de la Constitución, el cual señala:

“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho: (...)

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”.

A partir de este enunciado, es posible obtener 2 significados, los que son:

Primero: Está ordenado reconocer el derecho de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno, siempre y en todo caso.

Segundo: Está ordenado reconocer el derecho de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno, siempre que no vulnere otros derechos fundamentales como el derecho al honor o el derecho a la intimidad.

Nuevamente se aprecia que ambos significados son mutuamente contrarios. El primero proviene de la literalidad de la disposición individualmente considerada y permite vulneraciones de derechos fundamentales, como son el derecho al honor o a la intimidad; mientras que el segundo es producto de una interpretación literal pero sistemática proscribida que el ejercicio de la libertad de expresión e información vulnere a otros derechos fundamentales.

Para ello, se deberá reconocer valor normativo únicamente a aquel significado sustentado en razones correctas y que por tanto cumpla con realizar el valor justicia. Así entonces, sólo el segundo enunciado cumple con este requisito puesto que no sólo asegura el contenido esencial del derecho a la libertad de información, sino que, también, manda a no agredir el contenido esencial de otros derechos fundamentales. (Castillo Córdova, 2018, pág. 37).

2.2.4.2.2. Normas constitucionales adscritas a una norma constitucional directamente estatuida

Son aquellas que, valen si para su adscripción a una norma de derecho fundamental directamente estatuida es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta.

Si bien para el primer tipo de normas, las directamente estatuidas, se recurre a una interpretación simple, la declarativa; no será igual para las normas constitucionales adscritas, como decíamos anteriormente, se recurrirá, por así decirlo, a mayores y complejos procesos de interpretación, esto debido a que las normas adscritas, no son atribuibles a la voluntad del Legislador constituyente, sino al de la del intérprete vinculante de la Constitución. Éstas no son un simple reconocimiento de una norma preexistente, constituyen más bien una auténtica creación jurídica. (Castillo Córdova, 2018, pág. 39).

Aquí el intérprete constitucional (magistrado del TC) no crea la norma constitucional, más bien parte de ella para establecer una. Necesariamente no es una actividad creadora ex novo, pues está condicionada por el respeto a las exigencias de justicia constitucionalizada que encarna la norma directamente estatuida, y que se reflejará en la concreción que significa la norma constitucional adscrita.

Un tema de activa controversia viene a ser precisamente éste, el cómo una simple interpretación puede convertirse en norma. Al respecto 2 son las posibles respuestas.

La primera se refiere al intérprete, se reconoce pues que todos estamos en condiciones de interpretar la Constitución, mas no de manera vinculante. Esta interpretación será vinculante si se da en el ejercicio de una función pública pues se da en el ejercicio del poder público. Lo que significa que la interpretación que se formule, deberá obligar a todos los destinatarios del poder público.

La segunda se refiere al objeto concretado mediante la interpretación constitucional, el objeto concretado son las normas directamente estatuidas, las que en su mayoría poseen una estructura abierta e indeterminada que reclama ser desarrollada en su contenido, siendo en su mayoría las que se establecen a partir de las normas directamente estatuidas destinadas a reconocer y regular sobre los derechos fundamentales. (Castillo Córdova, 2018, pág. 40).

Estas normas debido a su naturaleza normativa pertenecen al sistema jurídico, con valor constitucional, es decir jerárquicamente debieran poseer rango constitucional, debieran, mas no siempre es así. El rango que una norma adscrita (concreción) tendrá rango constitucional sólo si se realiza respecto de una norma de rango constitucional como es la norma directamente estatuida por el Constituyente. Pero si se da una interpretación sucesiva, indirecta y remota, la interpretación tendrá también un valor indirecta o remotamente constitucional, lo cual impedirá reconocerle rango constitucional, por ejemplo si hay, y muchas veces es así, una ley o un reglamento que requieran ser interpretados directamente, la interpretación que se obtendrá será una interpretación directa de la ley o del reglamento, lo que generará una normal

legal adscrita o una norma reglamentaria adscrita según sea, teniendo entonces también ese mismo rango.

2.2.4.3. Las sentencias del Tribunal Constitucional como fuente de derecho

Según César Landa: las sentencias de inconstitucionalidad, los precedentes vinculantes y la jurisprudencia constitucional expedida por el TC constituyen fuentes de Derecho secundarias. Lo que implica que sus decisiones jurisdiccionales son de observancia obligatoria tanto para los poderes públicos como para los ciudadanos. Reconociéndose hasta 3 grados de vinculación con respecto a ellas, como son: tener que acatar las sentencias de inconstitucionalidad de las leyes, deber de cumplir con los precedentes vinculantes y poder/deber de seguir la doctrina jurisprudencial.

Los 2 primeros tipos de sentencia (de inconstitucionalidad y precedentes vinculantes) son fuente-normativa y gozan de fuerza de ley activa y pasiva y, como tal se integran a las fuentes del derecho, pues expulsan una norma, llenan un vacío u otorgan un sentido interpretativo. Por otra parte el tercer tipo de sentencia se integra más bien como fuente-argumentativa, goza también de fuerza activa y pasiva, mas sólo a nivel hermenéutico (interpretativo), debido a que cede un margen discrecional al juez.

A. Sentencia de inconstitucionalidad

Con la expedición de una sentencia de inconstitucionalidad, el Tribunal interviene directamente en la producción de fuentes normativas del ordenamiento jurídico.

Se trata de la concreción de su labor de legislador negativo, la que consiste en expulsar una norma con rango legal del ordenamiento nacional, en vista a que luego de haberse realizado el control de constitucionalidad, se establece que la ley materia de controversia es efectivamente inconstitucional. Pudiendo hacerse en todo o en parte.

Así pues, se señala además, según el artículo 82 del CPCnst. que “(...) las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos”. En caso contrario, cuando el TC confirma la constitucionalidad de la norma legal “(...) los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad...”. (Landa Arroyo, 2010, pág. 205).

Es además necesario anotar, que la sentencia de inconstitucionalidad de una ley sólo podrá ser aprobada por el Pleno del Tribunal con mayoría no menor de 5 votos de los 7 que lo conforman, teniendo una triple efectividad: fuerza de ley, cosa juzgada y de vinculación a todos los poderes públicos. Se ha de notar en este camino, que los efectos de la cosa juzgada formal son exigibles no solamente para las partes, sino además para todos los poderes y órganos constitucionales, y claro, también para los casos futuros.

B. Doctrina jurisprudencial

Figura prevista en el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPCnst. Este tipo de sentencia con un grado de intensidad menor, establece el deber/poder de los jueces de instancias inferiores de resolver conforme a la jurisprudencia reiterada del TC. (Landa Arroyo, 2010, pág. 226).

De esta manera en nuestro sistema jurídico, existe la exigencia de interpretar u observar la jurisprudencia constitucional. Es además un instrumento que contribuye en la certeza jurídica tanto para jueces como para justiciables. Es aquí oportuno señalar la diferencia entre este tipo de sentencia y la figura del precedente.

- La diferencia entre precedente y jurisprudencia constitucional vinculante:

Para dilucidar este tema es oportuno quizá, recurrir al ya dejado sin efecto en el precedente Salazar Yarlenque (Expediente N° 3741-2004-AA/TC) donde el TC señalaba que 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 3 o más jurisprudencias en el mismo sentido para alcanzar efecto vinculante.

Así también, en el caso del precedente, la regla se encuentra expresamente calificada como tal en la misma sentencia, mientras que para el caso de la jurisprudencia, ésta debe ser deducida por el operador jurisdiccional ordinario o corroborada como tal por el órgano de control constitucional (el Tribunal), con el uso de la expresión de “reiterada y uniforme”.

Cabe además señalar que en el citado y ya dejado sin efecto, Precedente Salazar Yarlenque (Expediente N° 3741-2004-AA/TC) el TC 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 éste haga sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo en un caso concreto”.

Por otra parte, el precedente posee, “prima facie, los mismo 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”. (García Toma, 2010, pág. 420).

Así pues queda claro que mientras la jurisprudencia adquiera su fuerza vinculante por haber sido confirmada una determinada posición del TC a través de sucesivas sentencias en donde se resolvía en el mismo sentido, el precedente adquiera su fuerza vinculante gracias a su formulación expresa, teniendo de esta manera la fuerza vinculatoria de una ley.

C. Precedente Vinculante

O más apropiadamente denominado como Precedente Constitucional Vinculante. Respecto a este tipo de sentencia se tratará con más detalle en el

siguiente apartado, no podía ser de otra manera dado que, es en sí materia de estudio en la presente tesis.

2.2.5. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE

Primeramente es imperioso señalar que la figura del Precedente Constitucional Vinculante, denominada de manera común, simplemente como Precedente Vinculante, no es una institución originariamente propia del modelo jurídico del civil law, modelo éste que, desde la advenimiento de la invasión española al continente americano se fue imponiendo en estas tierras, cortando así el desarrollo de un derecho propio. De ahí que esta institución no haya sido al principio acogida con mucho entusiasmo, y además de que tampoco haya sido muchas veces correctamente empleada por el órgano de control de la constitución.

En efecto, en el modelo clásico del civil law, o más conocido como derecho de tradición romano-germánica, el Derecho es producto de la creación de la norma legal, emanada de manera legítima del poder legislativo (Congreso o Parlamento), (Landa Arroyo, 2010, pág. 212) porque es en el Congreso, donde se supone reside la representación de la soberanía popular.

Por otra parte para el common law, o más conocido como derecho anglosajón, el Derecho es aquel que procede de la creación mediante el quehacer judicial de las Cortes. Es en este sistema que se origina la figura del precedente como tal, aquí es donde se configuran como fuente de Derecho.

En el sistema del common law todo juez tiene la potestad o facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley para cada caso concreto, debido a

esto es que se planteó la necesidad de que exista alguna regla que determine que lo resuelto en un caso sea de aplicación obligatoria a lo que se resolverá en un futuro caso análogo o igual. En atención a ello es que el deber de cumplir con los precedentes tiene su sustento en el respeto al principio de igualdad en cuanto a la aplicación de la ley, de no ser así este principio sería vulnerado, más si lo resuelto en casos idénticos es no solamente distinto, sino contradictorio. (Landa Arroyo, 2010, pág. 213) Por ello, la razón de ser del precedente se debe al afán de lograr predictibilidad y seguridad jurídica.

Se trata pues de una disposición jurídica expuesta en un caso particular y concreto, que el órgano de control constitucional ha decidido establecer como regla general; y, que por ende deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homologa (García Toma, 2010, pág. 413).

Roger Rodríguez Santander, citado por García Toma manifiesta que la figura del PCV “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 homologo”.

2.2.5.1. Partes de una sentencia

El TC peruano ha distinguido dos partes en una sentencia constitucional: el fallo, el cual contiene la decisión de la demanda constitucional presentada; y los fundamentos jurídicos que anteceden al fallo. Son éstos últimos los que recogen los distintos criterios de interpretación de la Constitución que formula

el TC y que luego serán exigidos a todos los operadores jurídicos. (Castillo Córdoba, 2008, pág. 3).

La parte de la sentencia que contiene las interpretaciones esta a su vez compuesta de 2 elementos: la ratio decidendi y los obiter dicta. La ratio decidendi, que el TC llama “razón suficiente”, ha sido definida como la parte de la sentencia en la que se expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, es aquella consideración determinante que el TC ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa ante él puesta, vale decir es la regla o principio que el colegiado establece y precisa como indispensable y justificante para su resolución.

Por otro lado el obiter dicta, llamado por el TC “razón subsidiaria o accidental”, se define como la parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias, siendo estas prescindibles para fundamentar la decisión del TC, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, su finalidad es proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen, orientando la labor de los operadores del derecho a través de criterios que puedan ser usados en la interpretación jurisdiccional. (Castillo Córdoba, 2008, pág. 4).

Luis Diez Canseco y Enrique Pasquel en su artículo “Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial” expone que el precedente “supone que una vez resuelta una cuestión mediante una sentencia, se establece un antecedente

que, en principio, no puede ser variado posteriormente. La regla obliga a que se acaten los precedentes cuando en una controversia se susciten cuestiones de hecho y derecho idénticas. Ello se hace para mantener equilibrada la balanza de la justicia a fin de que esta no oscile con cada nueva interpretación de un juzgador (...). En suma, se pretende brindar seguridad jurídica mediante un sistema jurídico predecible”.

Al respecto, cabe señalar que el Tribunal constitucional en el caso Ramón Salazar Yarlenque (expediente N° 3471-2004-AA/TC) 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 (...)”.

El precedente en ese entonces aún como parte del derecho objetivo, desplegaba como afirma Roger Rodríguez Santander “la fuerza general que le es inherente”. Por ende, tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la pauta general externalizada como precedente se convertía en una regla preceptiva común que alcanzaba a todos los justiciables y que a la vez 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 citadas en un proceso, o como consecuencia del examen y calificación de los hechos relevantes en torno a los cuales gira la controversia. En suma, aparece como consecuencia de lo siguiente:

- 1) Interpretación de las normas constitucionales.

1) Interpretación de las normas infraconstitucionales de conformidad con los principios, valores y normas contenidas en la Constitución.

3) 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 tanto horizontal como vertical; los es en el primer caso porque implica que el órgano de control constitucional asume fidelidad a la regla por ella establecida; y en el segundo caso porque conlleva su acatamiento por los restantes operadores jurídicos.

En resumen, la fijación de un precedente significa que ante la existencia de una sentencia con ciertos 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 siguientes:

a) Que el órgano de control constitucional haya expedido una resolución sobre el fondo; vale decir, que la demanda no hubiere sido objeto de una mera declaración de improcedencia.

b) Que el órgano de control constitucional declare expresamente las partes de la resolución que devienen en precedente vinculante.

A lo expuesto cabe adicionar que el TC en el caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Expediente N° 006-2006-PC/TC) señaló que las sentencias dictadas por este organismo “vinculan, en el marco de un proceso

de inconstitucionalidad, no solo respeto al fallo o decisum de la sentencia, sino también respecto a los argumentos o ratio decidendi que constituyen su fundamentación”.

De igual manera se 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 si, por el fondo, se la desestima”.

En ese orden de ideas las sentencias de inconstitucionalidad tienen una triple identidad: fuerza de ley, cosa juzgada y vinculatoriedad. Así pues, e precedente afirma la plasmación de los principios de seguridad, certeza, coherencia, economía e igualdad jurídica.

De lo expuesto se colige que en los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data, cumplimiento y competencial, el establecimiento del precedente queda sujeto a una declaración formal del órgano de control constitucional; en tanto que en el caso de un proceso de inconstitucionalidad el precedente aparece per se, aun cuando no exista una manifestación puntual de vinculatoriedad, tanto en la ratio decidendi como en el fallo.

A manera de colofón 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.

2.2.5.2. La técnica del distinguish

La experiencia jurisdiccional muestra que en algunos casos se presenta que ciertos hechos no concuerdan con aquellos que fueron examinados al momento que se emitió un precedente vinculante.

En ese contesto es dable que un operador jurisdiccional haga uso de la técnica del distinguish; la cual consiste en resaltar que en un caso particular y concreto no es pertinente aplicar el precedente vinculante, en razón de no existir identidad sustancial con los hechos que originan la dación del mismo. Vale decir, que al encontrarse acreditada la disimilitud entre las circunstancias o acontecimientos examinados en el caso que contiene el precedente y aquel que aparece con posterioridad, el operador jurisdiccional tiene discrecionalidad dentro del marco de la Constitución y las leyes para resolver de manera diferente (García Toma, 2010, pág. 415).

Carlos Bernal Pulido (citado por García Toma) en su “El precedente constitucional en Colombia”. En: Estudios al precedente constitucional. Lima: Palestra, 2007, señala que el distinguish aparece al existir diferencias relevantes entre el precedente y un caso posterior fácticamente parecido, mas no igual. Por ende, este último requiere una solución diferente.

En esencia, dicha técnica puede ser utilizada en los casos no factualmente idénticos con el previsto en el proceso que concluyó con una sentencia con precedente vinculante. De lo expuesto se colige que el tratamiento jurídico entre dos causas debe ser igual, cuando los hechos que sustentan la razón suficiente pueden ser calificados como homólogos o análogos; caso contrario es dable aplicar el distinguish.

2.2.5.3. Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante

El Tribunal Constitucional en el caso Municipalidad de Lurín (Expediente N° 0024-2003-AI/TC) ha estimado que dichos presupuestos son los cinco siguientes (García Toma, 2010, pág. 416):

a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.

b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo sobre la base de una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de ésta.

c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.

d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.

e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

2.2.5.4. Condiciones para el establecimiento del precedente constitucional vinculante

El establecimiento del precedente se sustenta en las 2 siguientes condiciones (García Toma, 2010, pág. 417):

a) 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 ésta no se encontrare directamente ligada con la solución de aquel.

b) 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.

2.2.5.5. La aplicación del precedente vinculante

El uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante depende de (García Toma, 2010, pág. 417):

a) La objetiva existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emanan el precedente.

b) 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.

2.2.5.6. La eficacia prospectiva del precedente vinculante (prospective overruling)

El órgano de control 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 ínsita 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 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.

Según a lo expuesto, al momento de cambiar de precedente, se optará, según sean las circunstancias, por establecer lo siguiente (García Toma, 2010, pág. 418):

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 (Expediente N° 0090-2004-AA/TC), 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 la 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 (...)”.

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

2.2.5.7. El cambio de precedente vinculante: el Overruling

Cuando el TC considera preciso apartarse de la doctrina constitucional precedente en sus resoluciones puede hacerlo acogiendo a la técnica del overruling o cambio de precedente. Así, el TC, no se queda “atado” a su propia jurisprudencia sino que puede cambiarla en la medida que sea capaz de argumentar esa necesidad, por tanto no viene a ser una medida arbitraria. (Hakansson, 2009, pág. 20).

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:

a) 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.

b) Determinación de sus efectos jurídicos en el tiempo.

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

a) Cuando se comprueba que el precedente ha generado consecuencias jurídicas políticas o sociales distintas a las previstas por el órgano jurisdiccional que lo expidió.

b) 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.

c) Cuando comprueba la existencia de cambios en la Constitución por la vía de la Reforma Constitucional.

d) Cuando tras la renovación de los miembros del órgano jurisdiccional, se comprueba que los nuevos operadores tiene una cosmovisión diferente que la de sus predecesores.

2.2.5.8. Modalidades para la creación de precedentes constitucionales vinculantes

Luis Castillo Córdova nos brinda La siguiente clasificación en cuanto a las modalidades (maneras o modos) de creación de precedentes constitucionales vinculantes:

A. Cuando el Tribunal define la regla jurídica en la que consiste el precedente

Para establecer precedentes vinculantes el TC ha empleado diferentes y distintas fórmulas y, la que más va acorde a las exigencias de tal figura, es aquella en donde es el mismo Tribunal quien define los alcances del precedente, pues es éste, el que formula la regla jurídica. (Castillo Córdova, 2012) Esta modalidad se manifiesta mediante dos caminos:

- Uno es donde el mismo TC formula reglas procesales y sustanciales como precedentes vinculantes, siendo pocos los casos que dan ejemplo de esta modalidad.

- El otro camino es la formulación por parte del TC de las reglas sin apelar a las categorías de regla formal y regla sustancial.

Desde un punto de vista procedimental, ambas maneras o caminos son los más sencillos, pues el Juez, y los demás operadores jurídicos, no tienen más que seguir la regla jurídica que se ha establecido como precedente.

B. cuando el Tribunal Constitucional se limita a indicar los fundamentos jurídicos desde los cuales se han de concluir las reglas jurídicas en la que consisten los precedentes

Mediante ésta, el TC, crea los precedentes mencionando los concretos fundamentos jurídicos desde los que se ha de concluir las reglas jurídicas de los precedentes. (Castillo Córdova, 2012). También presenta dos modos:

- Uno es, mencionando individualmente cada fundamento jurídico, ejemplo de ello es el Fundamento 17 del Expediente N° 1966-2005-PHC/TC, donde el TC expone:

“Esta sentencia constituye precedente vinculante respecto de los fundamentos jurídicos N.ºs 14, 15, y 16, supra, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”.

Ejemplo de ello, también lo es, cuando el TC individualizó un único fundamento jurídico elevándolo a la categoría de precedente vinculante, esto en el Fundamento 2 del Expediente N° 4650-2007-PA/TC, donde se manifestó:

“Establecer como precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en el fundamento 5 de la presente sentencia”.

- El otro modo o manera, es aquel en donde se mencionan bloques de fundamentos jurídicos. Ejemplo de tal es el Fundamento 3 del Expediente N° 2802-2005-AA/TC, que dice:

“Declarar que la presente sentencia asume la eficacia de precedente vinculante respecto de los fundamentos N.ºs 4 a 17, conforme a lo señalado en el fundamento N° 18, supra”.

Hubo también casos, en los cuales se usó conjuntamente las referidas maneras, ejemplo de esto fue el Punto 4 del fallo del expediente N° 5189-2005-PA/TC, que señala:

“Declarar que los criterios de interpretación y aplicación de la Ley N° 23908, desarrollados en los Fundamentos 5 y del 7 al 21 supra, constituyen precedente vinculante inmediato de observancia obligatoria, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”.

Para todos estos casos, el Juez y los demás operadores jurídicos, no definirán las ratio decidendi, sino que asumiendo que tales han de ser los fundamentos jurídicos expresamente mencionados, deberán formular la regla jurídica a partir de los fundamentos jurídicos señalados como precedentes vinculantes.

C. Cuando el Tribunal declara que toda la sentencia o la síntesis de la misma es precedente vinculante

Finalmente están aquellos casos donde el TC creó precedentes vinculantes al declarar por una parte que, toda la sentencia es precedente vinculante. Como ejemplo se tiene el Fundamento 2 del Expediente N° 3482-2005-PHC/TC:

“(…) Esta sentencia será precedente vinculante para este mismo Colegiado y para los restantes órganos de la jurisdicción ordinaria, de

conformidad con lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”.

Por otra parte se tiene el caso en donde se elevó a la categoría de precedente vinculante a la síntesis de la misma, así se parecía en el Fundamento 4 del Expediente N° 349-2004-AA/TC que dice:

“La síntesis de lo que aquí se deje establecido, será, en buena cuenta, precedente vinculante para este mismo Tribunal y para los restantes órganos de la jurisdicción ordinaria, de conformidad con lo establecido en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dispositivo aplicable al presente proceso a tenor de su disposición final segunda y en tanto no comporta una interpretación restrictiva de derechos procesales”.

Hay 2 características en común para estos 2 casos. La primera es que ambos son los que más se alejan de lo que debe ser la apropiada formulación de un precedente vinculante según lo dispone el artículo VII del Código Procesal Constitucional. El TC, no cumple el mandato de precisar él mismo el extremo (delimitación) de su efecto normativo, mientras la segunda consiste en que los 2 casos son bastante complejos, al menos formalmente, a la hora de extraer y establecer la regla jurídica, pues exige una doble tarea del operador jurídico. Por una parte, determinar primero las ratio decidendi de la sentencia; y por otro lado y, a partir de éstas, formular las reglas jurídicas respectivas en las que consistirá el precedente vinculante.

2.3. MARCO CONCEPTUAL

2.3.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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, con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances. (Quiroga León, 2017) Agregando además que se trata de un órgano e independiente.

2.3.2. PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE

Es una “disposición jurídica expuesta en un caso particular y concreto, que el órgano de control constitucional ha decidido establecer como regla general; y, que por ende deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homologa”. (García Toma, 2010, pág. 413).

Se le define también como una “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 homologo”. (García Toma, 2010, pág. 413).

2.3.3. CREACIÓN DE DERECHO

“El significado primigenio de creación es (...) que surge algo en donde no había nada. (...) En el campo del derecho la situación esquemáticamente es

así: en un principio los dos sistemas o familias jurídicas vigentes en Occidente eran creadoras y esto se aprecia en el periodo formativo del derecho romano – la codificación justiniana es un condensado final- y en el desarrollo del Common law, en donde sobre la base de usos y costumbres ancestrales, se van creando instituciones y prácticas que se asentaran con los años”. (García Belaunde, 2017, pág. 392).

2.3.4. NORMA CONSTITUCIONAL ADSCRITA

“Una norma adscrita vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta”. (Alexy, 1993).

“Las normas constitucionales adscritas a las directamente estatuidas, no son atribuibles a la voluntad del Legislador constituyente, sino a la voluntad del intérprete vinculante de la Constitución. Las normas constitucionales adscritas no significan un mero reconocimiento de una norma preexistente, sino que han de ser tenidas como una verdadera creación jurídica. (Castillo Córdova, 2018, pág. 39).

2.4. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

2.4.1. HIPÓTESIS GENERAL

El Tribunal Constitucional ha incurrido en extralimitaciones al momento de ejercer su potestad creadora de derecho, empleando inadecuadamente el Precedente Constitucional Vinculante.

2.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

1. Existen casos donde el Tribunal Constitucional se extralimitó e incurrió en desaciertos al emplear su facultad legislativa mediante la figura del Precedente Constitucional Vinculante.

2. La facultad legislativa que le delegó el artículo VII del Código procesal Constitucional al Tribunal Constitucional consiste en la de legislar negativamente mediante la acción de inconstitucionalidad, y la de legislar positivamente, pero de manera subsidiaria, a través del Precedente Constitucional Vinculante.

3. La potestad o facultad legislativa que le delegó el artículo VII del Código procesal Constitucional al Tribunal Constitucional ha sido pertinente a pesar de que muchas veces no la ha empleado adecuadamente.

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

La metodología que se ha empleado es la siguiente:

Enfoque de Investigación: La investigación se enmarca dentro del campo jurídico, y tendrá un enfoque cualitativo, en razón de que, por un lado, la unidad de investigación se someterá al análisis e interpretación desde una perspectiva teórica (doctrina y jurisprudencia) y fáctica (análisis de los precedentes constitucionales vinculantes), y por otro lado, en base al análisis efectuado se establecerá si el Tribunal Constitucional ha incurrido en extralimitaciones.

Diseño de Investigación: La investigación seguirá el diseño dogmático, para tal efecto, la dogmática nos ayudará a delimitar las facultades del Tribunal Constitucional en el escenario peruano.

3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA DE INVESTIGACIÓN

El ámbito de estudio de la investigación se conforma de las teorías, doctrina, jurisprudencia, normas y leyes especiales al respecto, para ello se recurrirá principalmente a libros, cuerpos normativos, constitución política, artículos jurídicos y ensayos.

Y por otro lado, el ámbito real de la investigación estará constituido por los Precedentes Constitucionales Vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional desde el 2004 hasta la fecha, para verificar en cuales de éstos el Tribunal Constitucional se ha extralimitado en su potestad de creación de Derecho.

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Estudio de Caso: Por esta técnica se analizará en qué casos el Tribunal Constitucional extralimita sus facultades otorgadas por la Constitución Política del Perú.

Para la aplicación de esta técnica se construirá un instrumento, denominado ficha de estudio de caso, para analizar los precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional, evaluando además si el Tribunal Constitucional debe crear derecho mediante la emisión de estos precedentes.

Revisión Bibliográfica: Por esta técnica se recabará información pertinente y seleccionada de las diferentes teorías, doctrina y jurisprudencia para desarrollar y analizar las dimensiones del estudio.

La técnica nos ayudará para alcanzar objetivos de estudio, anteriormente descritos, dado que a través de la teoría se desarrolla la teoría en torno a la institución del Tribunal Constitucional, estableciendo además la extralimitación de estas facultades, dando así lugar a la evaluación de que si este Tribunal ante omisiones legislativas debe o no crear derecho a través de los Precedentes Vinculantes.

La técnica, nos ayudará recabar la percepción de los operadores del Derecho, acerca del tema materia de estudio: la extralimitación del Tribunal Constitucional y la facultad creadora de Derecho.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Finalmente se procede a analizar los principales precedentes en los cuales el TC ha incurrido en extralimitación así como en marcados desaciertos, para lo cual se pondrá énfasis en el análisis constitucional de los fundamentos jurídicos, a partir de los cuales se ha establecido el precedente vinculante.

4.1. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE N° 3741-2004-AA/TC (LIMA - RAMÓN HERNANDO SALAZAR YARLENQUE)

El precedente en mención versa sobre la institución del Control Difuso Administrativo, institución ésta que se constituyó como una “extraña” novedad, si bien actualmente el mencionado precedente fue dejado sin efecto, es pertinente hacer un análisis de lo que constituyó en su momento.

Fundamentos que se establecieron como Precedente Vinculante:

41. En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un Precedente vinculante los siguientes:

a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.

b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de

una norma del bloque de constitucionalidad; 10 cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.

d) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.

e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

50. Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:

A) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación

que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados.

Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

B) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando se impugnen determinados actos de la administración pública que resulten, a juicio del Tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por ser una práctica generalizada de la administración pública, a un grupo amplio de personas.

Regla sustancial: Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la

impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que 10 autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia.

Análisis:

A través del fundamento 50 el TC, de aquel entonces estableció el tan cuestionado Control Difuso Administrativo, por el que se establecía que determinados órganos de la Administración Pública tenían atribuido la facultada de realizar el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos inconstitucionales. Para ello se justificaba en la interpretación que hizo de los artículos 38, 51 y 138 de la constitución. Argumentaba así que la Constitución prevalece sobre toda norma legal, por tanto el artículo 138 no puede ser objeto de interpretación literal y restrictiva, sino que debe ser interpretada conforme al principio de unidad de la Constitución, y que el deber de respetar cumplir y defender la Constitución se extiende para todos. En base a esta argumentación es que se deduce que si todos tenemos el deber de respetar y cumplir la Constitución, también tenemos la potestad de realizar control difuso administrativo, prefiriendo la norma constitucional en desmedro de una ley inconstitucional.

El TC incurre aquí en una verdadera inconstitucionalidad porque crea mediante interpretación extensiva una institución, que si bien puede crear normas en base a interpretaciones hechas a partir de disposiciones constitucionales, tampoco puede crear sin más ni menos una institución, la cual incluso no tiene mayores referentes en el derecho comparado, el TC al querer

evitar injusticias en sede administrativa, desequilibra el sistema jurídico nacional otorgando una facultad que más bien requiere de todo un análisis jurídico y social de larga discusión. Se entiende así que el TC creó una norma abiertamente inconstitucional, pues una cosa es crear una norma que ayude a llenar un vacío legal y otra que cree toda una institución, extralimitándose sus facultades.

4.2. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE N° 4293-2012-PA/TC (LORETO – CONSORCIO REQUENA)

Mediante este precedente, y buscando corregir el exceso en que se había incurrido en el anterior precedente materia de análisis, se lo deja sin efecto, esto en miras, como se dijo, de corregir la anterior incorrección de crear una institución.

Punto que se estableció como Precedente Vinculante:

4. DEJAR SIN EFECTO el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, 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 la Constitución, sea por la forma o por el fondo.

Análisis:

Si bien en la anterior sentencia se incurría en extralimitación e incorrección al haberse creado una institución Control Difuso Administrativo, que no solo adolecía de inconstitucionalidad, sino que no tuvo mayores resultados para la vida práctica del derecho, en esta nueva sentencia elevada a

la categoría de precedente vinculante, se incurre también en incorrección, pues se iba de un extremo a otro extremo, esto es así porque en esta no sólo se anula la institución del Control Difuso Administrativo sin dar mayores argumentos constitucionales, sino que también se la proscribire, y no sólo a la institución, sino también a cualquier forma de preferir la constitución cuando una norma legal es abiertamente contraria a una norma constitucional, obligándose así a que el administrativa necesariamente deba recurrir a un oneroso proceso judicial.

4.3. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE N° 5057-2013-AA/TC (JUNÍN – ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO HUATUCO)

Uno de los precedentes, relativamente recientes, que también produjo controversia en torno a su dación fue sin duda el comúnmente conocido como precedente Huatuco. Por lo cual en apreciación de no pocos se resta derechos a los trabajadores, y se los desprotege contra el despidos arbitrario.

Fundamentos que se establecieron como Precedente Vinculante:

18. Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículos 27º y 22º de la Constitución, el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo N° 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los

contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo N° 728 para el sector privado.

20. Por tal motivo, las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y la presente sentencia, así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración pública. A fin de determinar quiénes fueron los responsables de la contratación del personal que labora o presta servicios, se tendrá en cuenta, entre otros aspectos y documentos, el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Reglamento Interno y demás normas internas pertinentes de cada entidad.

En efecto, con la finalidad de que se apliquen las sanciones que correspondan, la máxima autoridad de la institución deberá determinar quién o quienes tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial, para lo cual recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión, luego de ello se procederá a proporcionar dicha información a conocimiento de la Oficina de Control Interno de la institución a fin de que se efectúen las investigaciones del caso, se lleve a cabo el procedimiento administrativo disciplinario del personal que incumplió las normas que regulan los requisitos para la contratación del personal en la administración pública, y se establezcan las sanciones pertinentes conforme a lo dispuesto en los artículos 46° y 47° Ley N° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporados

por la Ley N° 29622, que modifica y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. Una vez determinadas las respectivas responsabilidades, las sanciones que se impongan deberán ser consignadas en el Registro de Sanciones de Destitución y Despido (RSDD), artículo 50° de la mencionada Ley N° 27785.

El jefe de la Oficina de Administración de cada entidad, o quien haga sus veces, es el funcionario responsable de la inscripción en el Registro de Sanciones de Destitución y de Despido (RSDD).

Al respecto, cabe precisar que conforme al artículo 11° y la Novena Disposición Final de la Ley N° 27785, los servidores y funcionarios públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o cuando en el ejercicio de sus funciones hayan realizado una gestión deficiente. Se desprende que, a su vez, incurren en responsabilidad civil cuando, por su acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado, siendo necesario que éste sea ocasionado por incumplir sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve.

21. En cuanto a los efectos temporales de la presente sentencia, cabe precisar que las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante (entre ellas la exigencia de que la incorporación o “reposición” a la administración pública sólo proceda cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada) deben ser de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario

oficial El Peruano, incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.

22. En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38° del TUO del Decreto Legislativo N° 728. Dicha vía proseguirá el trámite conforme a la ley procesal de la materia y no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad. Una vez que el juez laboral competente se avoque al conocimiento del caso, deberá entenderse presentada y admitida la demanda laboral, y se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecue su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

23. Asimismo, las demandas presentadas luego de la publicación del precedente de autos y que no acrediten el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción mencionada en el párrafo anterior.

Análisis:

En el referido precedente se hace en primer lugar una ponderación en torno a los temas de meritocracia y adecuada protección frente al despido

arbitrario. Para ello el TC se ampara en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aduciendo que como dicha ley exige que el acceso a la función pública, éste tenga que ser necesariamente por concurso público para recién ser protegido por las normas que sancionan el despido arbitrario, es así que el TC afirma que para que un trabajador sea repuesto en su puesto, tiene que haber accedido a su plaza por concurso público, desconociendo la desnaturalización del contrato, la cual faculta que sea declarado como trabajador de la entidad y no sólo relacionado por un simple contrato temporal.

En tanto al despido arbitrario el TC con su decisión autoriza a que determinado funcionario despida a un trabajador que tal vez simplemente no le agrade por diversas razones y por esa sola razón lo despida sin dar mayores razones o explicaciones de su proceder, el trabajador simplemente ya no podría regresar siendo repuesto y sólo podría optar por la indemnización. Por ello este precedente resulta inconstitucional, y a la vez se extralimita, pues claramente se evidencia que no se está respetando el tránsito razonable entre los trabajadores que anteriormente fueron beneficiados con la posibilidad de la reposición en sus centros laborales, con los que ahora simplemente ya no podrán acceder a esta posibilidad, aun si están en pleno proceso.

V. CONCLUSIONES

El Tribunal Constitucional ha incurrido en extralimitaciones al momento de ejercer su potestad creadora de derecho, empleando inadecuadamente el Precedente Constitucional Vinculante.

Existen casos donde el Tribunal Constitucional se extralimitó e incurrió en desaciertos al emplear su facultad legislativa mediante la figura del Precedente Constitucional Vinculante, como son el Caso Salazar Yarlenque por el que creó la institución del Control Difuso Administrativo y el del Consorcio Requena por el que se lo dejó sin efecto, en ambos casos se incurrió en extralimitaciones constitucionales, así también está el precedente Huatuco donde se vulnera el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario.

La facultad legislativa que le delegó el artículo VII del Código Procesal Constitucional al Tribunal Constitucional consiste en la de legislar negativamente mediante la acción de inconstitucionalidad, y la de legislar positivamente, pero de manera subsidiaria, a través del Precedente Constitucional Vinculante.

La potestad o facultad legislativa que le delegó el artículo VII del Código Procesal Constitucional al Tribunal Constitucional ha sido pertinente, y esto muy a pesar de que algunas veces, este órgano constitucional, no la ha empleado de manera adecuada.

VI. RECOMENDACIONES

La información con respecto a las modalidades por las que se creó cada precedente es insuficiente, por lo cual, se debe indagar con respecto a las modalidades por las que se crea cada precedente vinculante. La información que se pueda obtener producto de dicha indagación constituirá información de suma utilidad para futuras investigaciones.

Investigar con respecto a cómo ha ido cambiando la percepción por parte de los operadores jurídicos con respecto a la figura del precedente vinculante, pues se piensa que aún sigue siendo negativa y de desconfianza respecto de la mencionada figura.

Examinar el proceso de desarrollo, de los sistemas jurídicos Civil Law y Common Law, sus acercamientos y mutuas influencias y, su posible proyección tanto a corto como a mediano plazo, tarea que es también impostergable, pues ayudaría a determinar si es todavía sensato creer que ambos sistemas son antagónicos con respecto a sus instituciones.

Proponer la modificación de la Ley Orgánica Del Tribunal Constitucional, esto en aras de delimitar de manera clara y precisa las funciones del Tribunal Constitucional, a fin de evitar que se incurran en extralimitaciones y desaciertos por parte de este importante órgano constitucional autónomo.

VII. REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. *Centro de Estudios Constitucionales* , 66.
- Cappelletti, M. (1984). Necesidad y legitimidad de la Justicia Constitucional. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* , 629.
- Castillo Córdoba, L. (2008). Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano. *Jus constitucional* , 55-74.
- Castillo Córdoba, L. (2012). Algunas Incorrecciones en la Creación de los Precedentes Vinculantes. *PIRHUA* , 175-182.
- Castillo Córdoba, L. (2018). *Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- García Belaunde, D. (2017). El precedente constitucional: extensión y límites. *Universidad Nacional Autónoma de México* , 379-404.
- García Toma, V. (2005). El Tribunal Constitucional, La interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas). *Anuaría de Derecho Penal* , 173-210.
- García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: Adrus.
- Gutiérrez Canales, R. (2014). *Tribunal Constitucional en el Perú - Elección y Legitimidad*. Lima: Universidad César Vallejo SAC.

- Hakansson, C. (2009). Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación. *Dikaion: revista de fundamentación jurídica* , 55-77.
- Landa Arroyo, C. (2010). Los Precedentes Constitucionales: El Caso del Perú. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* , 193-234.
- Martínez Dalmau, R. (2015). Análisis Crítico del Derecho Constitucional desde la Perspectiva del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. *THEMIS - Revista de Derecho* , 49-62.
- Morales Saravia, F. (2014). *El Tribunal Constitucional del Perú: organización y funcionamiento - Estado de la cuestión y propuestas de mejora*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Paladino Pinheiro, R. (25 de enero de 2011). *A Súmula Vinculante*. Recuperado el 11 de abril de 2018, de http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2375&revista_caderno=9
- Quiroga León, A. (01 de febrero de 2017). *Los precedentes vinculantes y el overruling en el Tribunal Constitucional*. Recuperado el 12 de marzo de 2018, de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/anibalquiroya-derechoprocesal/2011/01/11/los-precedentes-vinculantes-y-el-overruling-en-el-tribunal-constitucional/>
- Rubio Correa, M. (2011). *El Sistema Jurídico - Introducción al Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rubio Llorente, F. (1988). La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional* , 9-51.

Tajadura Tejada, J. (2007). El guardián de la constitución en la obra de E. Sieyès. *Centro de estudios políticos y constitucionales* , 406-407.

Torres Vasquez, A. (20 de marzo de 2009). *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Recuperado el 13 de julio de 2018, de <https://www.scribd.com/document/200608284/La-Jurisprudencia-Como-Fuente-Del-Derecho>

Vargas Hernández, C. (2011). La función creadora del Tribunal Constitucional. *Revista de derecho penal y criminología* , 13-33.

ANEXOS

<p>Vinculante?</p> <p>2. ¿En qué consiste la facultad legislativa que le delegó el artículo VII del Código procesal Constitucional al Tribunal Constitucional?</p> <p>3. ¿Ha sido pertinente la potestad o facultad legislativa que le delegó el artículo VII del Código procesal Constitucional al Tribunal Constitucional?</p>	<p>que le delegó el artículo VII del Código procesal Constitucional al Tribunal Constitucional consiste en la de legislar negativamente mediante la acción de inconstitucionalidad, y la de legislar positivamente, pero de manera subsidiaria, a través del Precedente Constitucional Vinculante.</p> <p>3. La potestad o facultad legislativa que le delegó el artículo VII del Código procesal Constitucional al Tribunal Constitucional ha sido pertinente a pesar de que muchas veces no la ha empleado adecuadamente.</p>	<p>Vinculante.</p> <p>2. Determinar en qué consiste la facultad legislativa que le delegó el artículo VII del Código procesal Constitucional al Tribunal Constitucional.</p> <p>3. Determinar si ha sido pertinente la potestad o facultad legislativa que le delegó el artículo VII del Código procesal Constitucional al Tribunal Constitucional.</p>				
--	---	---	--	--	--	--