



**Samuel B. Abad Yupanqui (Perú)\***

## **Precedente y derecho procesal constitucional. La experiencia peruana**

El desarrollo de los procesos constitucionales ha generado un interesante debate sobre el rol que debe atribuirse a la jurisprudencia constitucional. En efecto, se viene discutiendo en qué medida la denominada *jurisdicción constitucional* contribuye a revalorizar los actos jurisdiccionales que se transforman en verdaderas fuentes de derecho. Este enfoque resulta novedoso en aquellos ordenamientos ajenos a la influencia anglosajona, donde el valor del precedente se encuentra devaluado y rige una tradicional cultura *legalista*.

Precisamente, en el presente artículo examinaremos el valor atribuido a la jurisprudencia constitucional en el derecho procesal constitucional peruano, los cambios que ha introducido el Código Procesal Constitucional, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que actualmente permite distinguir el precedente de la doctrina jurisprudencial.

Cabe recordar que en el Perú los procesos constitucionales pueden ser resueltos por el Poder Judicial o por el Tribunal Constitucional. En algunos casos, comparten determinadas competencias en un mismo proceso (hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento), ya que el Poder Judicial actúa como instancia previa y el Tribunal Constitucional en último grado. En otros, la ejercen de modo exclusivo; verbigracia, la acción popular tramitada ante el Poder Judicial, el proceso competencial y el proceso de inconstitucionalidad, estos últimos ante el Tribunal Constitucional. De

---

\* Profesor principal de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la misma universidad y doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. <sabad@pucp.edu.pe>

ahí que la jurisprudencia pueda emanar tanto del Poder Judicial como especialmente del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la ley orgánica del Tribunal Constitucional, ley 28301 —que comenzó a regir cuando entró en vigencia el Código Procesal Constitucional, es decir, el 1 de diciembre del 2004— señala en su primer artículo que el Tribunal Constitucional es el “órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”.<sup>1</sup> En otras palabras, en el Perú el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución.

## 1. El precedente constitucional vinculante.

### Su diferencia con la doctrina jurisprudencial o constitucional

El artículo VI del Código Procesal Constitucional ratifica el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre lo que resuelva el Poder Judicial al señalar que “los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad [...]”. Dicho dispositivo agrega que “los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. A tales decisiones dictadas al amparo del citado dispositivo el Tribunal las ha denominado jurisprudencia o “doctrina constitucional”. Así, en el caso *Ramón Salazar Yarlenqué*,<sup>2</sup> afirmó:

[...] conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.º 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.

Posteriormente, en el caso *Dirección Regional de Pesquería de La Libertad*, resuelto el 19 de abril del 2007, sostuvo:

<sup>1</sup> La referida ley reitera dos disposiciones previstas en el artículo VI del Código Procesal Constitucional y que resultaba innecesario repetir. En efecto, la primera disposición final de la LOTC señala: “Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad”. Y, la segunda disposición final indica: “Los Jueces y Tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional”.

<sup>2</sup> Expediente 03741-2004-AA/TC, fundamento jurídico 42, resuelto el 14 de noviembre del 2005.

Por doctrina constitucional debe entenderse en este punto: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal, no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal solo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscripciones interpretativas, esto es las “anulaciones” de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde.<sup>3</sup>

De esta manera, el Tribunal ha distinguido la doctrina jurisprudencial de los precedentes. Así también lo hizo en el caso *Poder Ejecutivo —MINCETUR— con Poder Judicial*:<sup>4</sup>

69. [...], el Código Procesal Constitucional ha reconocido la potestad jurisdiccional de este Tribunal para establecer doctrina jurisprudencial (artículo VI del Título Preliminar) y para fijar precedentes vinculantes con efectos normativos (artículo VII del Título Preliminar); los que, en tanto se integran en el sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico, constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos jurisdiccionales.

Como indica Rodríguez Santander, a diferencia del precedente, la jurisprudencia constitucional “no hace alusión a una norma de efecto vinculante general [...], sino a una repetición de criterios normativos contenidos en sus sentencias, y que [...], debe ser observado por todos los jueces y tribunales”.<sup>5</sup> Además, a juicio de Pedro Grández, mientras que el precedente “está expresado en términos precisos como reglas puntuales y coinciden, o deben coincidir, con el núcleo de los argumentos de la decisión”, en la doctrina jurisprudencial “las reglas vinculantes quedan sujetas a la distinción entre *obiter* y *ratio* [...] y, por tanto, deben ser identificadas en cada caso por el tribunal que los debe aplicar”.<sup>6</sup> Por su parte, el Tribunal ha establecido que si se desconoce la doctrina jurisprudencial procede el amparo, así se trate de una sentencia de amparo debido al “desacato manifiesto de la doctrina jurisprudencial

<sup>3</sup> Expediente 4853-2004-PA/TC, fundamento jurídico 15.

<sup>4</sup> Expediente 006-2006-PC/TC, resuelto el 13 de febrero del 2007.

<sup>5</sup> Roger Rodríguez Santander: “El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos”, en Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (coords.): *Estudios al precedente constitucional*, Lima: Palestra, 2007, p. 58.

<sup>6</sup> Pedro P. Grandez Castro: “Las peculiaridades del precedente constitucional en el Perú”, en Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (coords.): *Estudios al precedente constitucional*, Lima: Palestra, 2007, p. 95.

de este Tribunal”;<sup>7</sup> en cambio, si se desconoce un precedente, procede el recurso de agravio constitucional para llevar el caso al Tribunal Constitucional.

Por lo demás, el artículo VII del Código, al regular el precedente constitucional vinculante, establece las condiciones para que este exista. Así, dicha norma señala:

Las *sentencias* del Tribunal Constitucional que adquieren la *autoridad de cosa juzgada* constituyen precedente vinculante cuando así *lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo*. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Esta disposición pretende establecer más orden y seguridad para definir cuándo una decisión del Tribunal Constitucional se convierte en precedente de observancia obligatoria. De acuerdo con ella, para que una resolución constituya precedente debe tratarse de una sentencia, tener autoridad de cosa juzgada y el propio Tribunal debe indicarlo en forma expresa y precisa. Con ello se pretende dotar al sistema de predicibilidad, “coherencia y seguridad jurídica”.<sup>8</sup>

Como hemos indicado, a juicio del Tribunal el precedente tiene carácter normativo:

[...] el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.<sup>9</sup>

Este criterio se ha mantenido en la sentencia de 24 de abril del 2006, cuando se desarrolló el sistema de fuentes previsto por la Constitución,<sup>10 11</sup> y en el caso *Jacobo Romero Quispe*, resuelto 8 de enero del 2006.<sup>12</sup> En tal oportunidad sostuvo: “[...] el Tribunal, a través del precedente constitucional ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto”.

Cabe recordar que la noción de *precedente vinculante* proviene del derecho anglosajón y ha contado con un destacado desarrollo en el sistema judicial

<sup>7</sup> Fundamento jurídico 39, B, 2.

<sup>8</sup> Oscar Díaz Muñoz: “La jurisprudencia constitucional”, en José F. Palomino Manchego (coord.): *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, t. I, Lima: Grijley, 2005, p. 279.

<sup>9</sup> Expediente 0024-2003-AI/TC, resuelto el 10 de octubre de 2005.

<sup>10</sup> Una posición crítica a los efectos normativos otorgados por el Tribunal a sus precedentes constitucionales ha sido desarrollado por Eugenia Ariano Deho: “Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 96, Lima: Gaceta Jurídica, setiembre 2006, pp. 75 ss.

<sup>11</sup> Expediente 047-2004-AI/TC, fundamento jurídico 34.

<sup>12</sup> Expediente 1333-2006-PA/TC, fundamento jurídico 24.

norteamericano, a tal punto que se afirma que “la doctrina del precedente es el vehículo para penetrar en la lógica interna del sistema jurídico norteamericano y en el estudio del derecho desde una óptica dinámica”.<sup>13</sup> Es decir, se trata de una institución nacida en un sistema jurídico que concibe al derecho como un derecho en movimiento, que es creado y adaptado por los jueces, y en el que los precedentes “configuran derecho nuevo, completan y adicionan el ordenamiento jurídico, y no solo determinan los criterios de aplicación de las normas preexistentes”.<sup>14</sup>

Además, el Tribunal Constitucional ha entendido que “el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes”:<sup>15</sup>

a) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.

[...], la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. [...]

b) Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada.

La decisión del Tribunal Constitucional 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; [...].

De esta manera, la propia jurisprudencia del Tribunal ha ido complementando lo dispuesto por el artículo VII del Código. Cabe mencionar que en algunas ocasiones el Tribunal ha precisado los alcances de sus precedentes al resolver recursos de aclaración de sus sentencias, lo cual no resulta adecuado ni brinda seguridad jurídica. Una de las sentencias más conocidas fue el caso *Ramón Salazar Yarlenqué*,<sup>16</sup> pues en su resolución de aclaración precisó los alcances del control difuso en sede administrativa. No es extraño que esto suceda, pues la técnica del precedente aún no cuenta con suficiente desarrollo en nuestro país y por eso algunos autores han visto etapas en su proceso de consolidación,<sup>17</sup> y no pocas decisiones han generado polémica.<sup>18</sup>

## 2. *Ratio decidendi*, *holding* y *eficacia vinculante*

Cuando en el derecho norteamericano se analiza una sentencia del Tribunal Supremo suelen distinguirse las expresiones *holding* y *dictum*. La primera, señala Ana Laura Magaloni, “es la respuesta que el tribunal da a las partes respecto a la

<sup>13</sup> Ana Laura Magaloni Kerpel: *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid: Mc Graw Hill, 2001, p. 26.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p.25.

<sup>15</sup> Expediente 0024-2003-AI/TC.

<sup>16</sup> Expediente 03741-2004-AA/TC.

<sup>17</sup> Alan César Martínez Morón: “Reflexiones en torno a la técnica del precedente con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 108, Lima: Gaceta Jurídica, setiembre 2007, p. 44.

<sup>18</sup> Cfr. Eugenia Ariano Deho: “¿Principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional? Algunas glosas a la sentencia del caso Anicama”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 85, octubre, 2005, Lima: Gaceta Jurídica, p. 34.

cuestión jurídica que el caso plantea”, mientras que la segunda son las “consideraciones jurídicas que elabora el tribunal y que, en su opinión, no son necesarias para fundamentar la decisión alcanzada”.<sup>19</sup> Solo el *holding* establece reglas vinculantes. Tales expresiones en otros ordenamientos cuentan con denominaciones distintas.

En España, por ejemplo, se suele utilizar la expresión *ratio decidendi* —*holding* para los norteamericanos— para señalar que son los motivos que fundamentan la decisión y que excluyen las argumentaciones relativas a cuestiones de forma efectuadas con carácter preliminar, o bien los razonamientos incidentales que no son decisivos para el fallo.<sup>20</sup> Así, también lo ha interpretado la Corte Constitucional de Colombia<sup>21</sup> al distinguir la *ratio decidendi* del *obiter dicta* (o *dictum*, para el sistema norteamericano):

[...] la *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el *fundamento normativo directo de la parte resolutive*. En cambio, constituye un mero *dictum*, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.<sup>22</sup>

A partir de tal distinción, la Corte concluye afirmando que “únicamente la *ratio decidendi* es vinculante como precedente”. Aplicando estas experiencias al proceso constitucional peruano, lo que el Código pretende es que sea el propio Tribunal —en tanto intérprete supremo de la Constitución— quien fije su *ratio decidendi* o *holding* y defina cuándo existe un precedente constitucional y cuándo no. En efecto, será el Tribunal Constitucional “quien determine qué fundamento, principio, aforismo o tan solo criterio contenido o emanado de la sentencia tiene la calidad de *ratio decidendi* y, por tanto, ejerce su efecto vinculante sobre los órganos inferiores”.<sup>23</sup>

El Tribunal Constitucional en algunas oportunidades ha utilizado la expresión *ratio decidendi* para referirse a su jurisprudencia vinculante. Así, por ejemplo, lo sostuvo el 24 de enero de 2003 en la sentencia recaída en el amparo presentado por Raúl Rosales Mora contra el Consejo Nacional de la Magistratura,<sup>24</sup> cuando indicó: “[...] como ya se ha señalado en la *ratio decidendi* de la sentencia emitida en el expediente n.º 2409-2002-AA (Caso Diodoro González Ríos), este Colegiado resulta plenamente competente para conocer los cuestionamientos a las decisiones emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura que puedan resultar contrarias a los derechos fundamentales”. Mantuvo un criterio similar en el amparo presentado

<sup>19</sup> Magaloni Kerpel: o. cit., p.81.

<sup>20</sup> Pibernat: o. cit., p. 67. En sentido similar, Raúl Bocanegra Sierra: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, p. 62.

<sup>21</sup> En la sentencia SU-047/99, de 29 de enero.

<sup>22</sup> Cit. por Cepeda Espinoza: o. cit., p. 1043.

<sup>23</sup> *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, Lima: Palestra, 2.ª ed., 2005, p. 46.

<sup>24</sup> Expediente 216-2003-AA, fundamento jurídico 3.

por Delina Delgado Manzano y otros,<sup>25</sup> al señalar: “Las recurrentes han acreditado su condición de trabajadores de Telefónica del Perú S. A. y de afiliadas a la Federación de Trabajadores de dicha empresa, [...] tratándose de una controversia respecto de la cual existe jurisprudencia establecida, este Tribunal [...] ratifica la *ratio decidendi* contenida en sus fundamentos 12 y 13 así como el fundamento 2 de la resolución aclaratoria de fecha 16 de setiembre de 2002, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 18 de setiembre del mismo año, por lo que resultan amparables las demandas de autos”.

Finalmente, ha precisado que “la razón suficiente (*ratio decidendi*)” es el “fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la basa, base o puntal de un precedente vinculante”.<sup>26</sup> Por todo ello y a fin de evitar posibles dudas, compartimos las palabras del presidente del Tribunal cuando ratificó la necesidad de “que el TC precise con absoluta claridad en la sentencia la regla jurídica que contiene la *ratio decidendi* —que constituirá el precedente vinculante— [...]”.<sup>27</sup>

### 3. La precisión, variaciones y cambios de los precedentes

La existencia de un precedente no significa que la regla establecida quede congelada, sino que será el propio Tribunal el que determinará el momento y la intensidad del cambio. Así lo establece el Código, pues permite que el precedente pueda ser cambiado por el propio Tribunal a fin de adaptar sus decisiones a las nuevas circunstancias, siempre que ello sea debidamente fundamentado. En efecto, el desarrollo del precedente se explica en el contexto de un derecho dinámico y por ello pueden distinguirse en él hasta tres fases: “etapa de formación, etapa de consolidación y etapa de transformación”.<sup>28</sup> En el Perú, el Tribunal ha ido fijando las pautas o criterios que justifican, a su juicio, una precisión e incluso un cambio jurisprudencial. Así, en el expediente 0024-2003-AI/TC, resuelto el 10 de octubre de 2005, sostuvo:

La competencia para el apartamiento y sustitución de un precedente vinculante está sujeta a los tres elementos siguientes:

- a) Expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión.
- b) Expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión.
- c) Determinación de sus efectos en el tiempo.

Estos cambios se han producido por diversas razones. Por un lado, puede ocurrir que resulte necesario precisar o aclarar criterios ya establecidos; por otro, puede

<sup>25</sup> Expediente 2583-2002-AA, fundamento jurídico 2, resuelto el 23 de julio de 2003.

<sup>26</sup> Expediente 0024-2003-AI/TC.

<sup>27</sup> César LANDA ARROYO: “Discurso del Presidente del Tribunal Constitucional con motivo del XI Aniversario Institucional y entrega de la Medalla Constitucional (10 de diciembre de 2007)”, en <[www.tc.gob.pe/notas\\_prensa/Discursos/2007.html](http://www.tc.gob.pe/notas_prensa/Discursos/2007.html)>.

<sup>28</sup> Magaloni Kerpel: o. cit., p. 157.



sucedir que desee cambiar sustancialmente de criterio jurisprudencial. Así lo dio a entender en el caso *Gilberto Moisés Padilla Mango*, resuelto el 8 de noviembre del 2007:

Este Tribunal, teniendo presente que los criterios desarrollados en los fundamentos 55 a 87 *supra*, en algunos casos son reiterados; en otros contradictorios, y en otros muy amplios, considera necesario racionalizar los criterios jurisprudenciales que ha desarrollado respecto a la aplicación del Decreto Ley 18846 y de la Ley 26790. Para ello, en algunos casos, ha de reiterar la jurisprudencia, y en otros, complementarla y desarrollar nuevos principios.<sup>29</sup>

También el Tribunal ha sintetizado sus criterios jurisprudenciales sobre aspectos de especial relevancia. Así, en el caso *Melquiades Cruz Huamán y otros*,<sup>30</sup> resumió los criterios que hasta ese momento existían para determinar cuándo la expulsión de un miembro de una entidad privada afectaba el debido proceso. Asimismo, en el caso *Taj Mahal Discoteque y otra*,<sup>31</sup> fijó las condiciones de procedibilidad del proceso de amparo, muchas de las cuales sintetizaban su jurisprudencia.

Finalmente, se han presentado casos en los cuales el Tribunal ha cambiado de criterio radicalmente, tal como sucedió en el caso *Apolonia Ccollca*, cuando amplió el ámbito de protección del proceso de amparo contra resoluciones judiciales para garantizar todos los derechos fundamentales y no solo la tutela procesal efectiva como siempre se interpretó.<sup>32</sup>

De esta manera, el Tribunal viene adecuando sus precedentes a la finalidad de dotar de una mejor protección a los derechos fundamentales. Los cambios, como sucede en el sistema norteamericano, se presentarán en función del mayor activismo o autocontrol que evidencie un tribunal en la solución de los casos que lleguen a su conocimiento. En todo caso, debe tomarse en cuenta que, de acuerdo con el Reglamento Normativo del TC (artículo 13), si una sala pretende establecer o apartarse de un precedente, el caso debe ser visto por el pleno a pedido de cualquiera de los magistrados.

#### 4. Efectos en el tiempo de los precedentes

El Tribunal en algunas ocasiones ha establecido “precedentes vinculantes inmediatos”, tal como sucedió en el caso *Manuel Anicama Hernández*<sup>33</sup> o en el caso *César Baylón Flores*,<sup>34</sup> pero en otras ocasiones ha adelantado cuál será su criterio en casos futuros. Así lo expuso en el caso *Juan Genaro Espino Espino*,<sup>35</sup> cuando abrió

<sup>29</sup> Expediente 10063-2006-PA/TC, fundamento jurídico 88.

<sup>30</sup> Expediente 1027-2004-AA/TC, fundamento jurídico 13.

<sup>31</sup> Expediente 3283-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.

<sup>32</sup> Expediente 3179-2004-AA/TC.

<sup>33</sup> Expediente 1417-2005-AA/TC.

<sup>34</sup> Expediente 0206-2005-PA/TC.

<sup>35</sup> Expediente 2366-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.



la puerta al amparo electoral, es decir, a aquel que se dirige contra las resoluciones de los organismos electorales. En tal oportunidad sostuvo:

[...] el Tribunal Constitucional [...], considera imperioso un examen de los hechos producidos, a efectos de que situaciones como las aquí descritas no vuelvan a producirse y para que los criterios aquí enunciados sirvan, en el caso de que tales comportamientos se repitan, para graficar cómo es que este Colegiado habrá de encararlos en lo sucesivo.

Una sentencia importante que fue en la dirección anterior se dictó en el caso *Juan Carlos Callegari Herazo*,<sup>36</sup> pues el Tribunal anunció un cambio radical de criterio y acogió la doctrina norteamericana (*prospective overruling*), según la cual el cambio de un precedente solo tendrá efectos para el futuro. Hasta esa sentencia, el Tribunal contaba con una constante jurisprudencia que declaraba infundadas las demandas de amparo interpuestas por oficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas que habían pasado a retiro por la causal de renovación de cuadros, pues consideraba que se trataba de una facultad discrecional del presidente de la República amparada en los artículos 167 y 168 de la Constitución.<sup>37</sup> Sin embargo, en el caso *Callegari Herazo* consideró:

[...] necesario establecer lineamientos para la adopción de un nuevo criterio jurisprudencial [...]; aunque [...] dicho cambio *solo deberá operar luego de que los órganos involucrados con las referidas acciones de personal puedan conocer los alcances del mismo y adopten las medidas que fueren necesarias para su cabal cumplimiento, sin que, además, se afecte lo institucionalmente decidido conforme a la jurisprudencia preexistente.*

[...], una técnica semejante, destinada a *anunciar* la variación futura de la jurisprudencia, es lo que en su versión sajona se denomina *prospective overruling*, es decir, “un mecanismo en base al cual cualquier cambio de orientación jurisprudencial (*overruling*) no adquiere eficacia para el caso decidido, sino solo en relación a hechos verificados con posterioridad al nuevo precedente sentado en el *overruling*” (Alberto Cadoppi, “Introduzione allo studio del valore del precedente giudiziale nel diritto penale italiano”, en Umberto Vicenti [A cura di], *Il valore del precedenti giudiziali nella tradizione europea*, CEDAM, Padova, 1998, pág. 126).

Precisamente, en base a ello, este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, *los nuevos casos en que la administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen.*

En el citado caso, el Tribunal cambió radicalmente su criterio e indicó que la forma como se estaba aplicando la causal de retiro por renovación afectaba derechos fundamentales y que el ejercicio de esa facultad discrecional por el presidente de la República no estaba exento del control constitucional. Sin embargo, dicho criterio

<sup>36</sup> Expediente 090-2004-AA/TC, fundamento jurídico 5, resuelto el 5 de julio de 2004.

<sup>37</sup> Expediente 1783-2003-AA/TC, caso *Jaime Paredes Reátegui*, sentencia de 11 de mayo de 2004.

jurisprudencial operaría para el futuro, es decir, para los *nuevos casos* en que se aplica dicha causal de pase a retiro.

Esta técnica también fue utilizada en el caso *Jaime Amado Álvarez Guillén*,<sup>38</sup> cuando se trató del cuestionamiento de las ratificaciones judiciales. En tal oportunidad, el Tribunal cambió de precedente hacia el futuro. En el caso concreto declaró infundada la demanda de amparo interpuesta:

[...] la técnica del *overruling* permite cambiar un precedente en su ‘núcleo normativo’ aplicando el nuevo precedente, ya sea al caso en análisis (eficacia retrospectiva) o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro (*prospective overruling*). Precisamente, la técnica del *prospective overruling* se utiliza cuando un juzgador advierte a la población del inminente cambio que va a realizar de sus fallos, sin cometer la injusticia insita en una modificación repentina de las reglas que se consideraban como válidas.

La figura del *prospective overruling* se inserta en aquellos ordenamientos, como el norteamericano, donde existen precedentes vinculantes. Los cambios que se producen en dicho modelo —que en verdad es un derecho en movimiento— pueden ser producto de una paulatina “transformación” o también de la decisión radical, y no muy empleada, del Tribunal Supremo de “revocar su precedente” (*overrule*) a fin de “configurar un nuevo derecho que rompe tajantemente con el sentido de sus decisiones anteriores, las cuales pierden por completo su fuerza vinculante”.<sup>39</sup> De otro lado, la “doctrina prospectiva” indica que el criterio acogido por una sentencia regirá para el futuro y no en forma retroactiva. Suele mencionarse como un paso decisivo en el desarrollo de dicha doctrina la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Linkletter* (1965). En tal ocasión, el Tribunal desestimó la revisión de la sentencia del señor Linkletter, quien “había sido condenado sobre un tipo de pruebas que posteriormente a su condena firme el Tribunal Supremo (Sentencia Mapp, 1961) había declarado contrarias al principio *due process of law*”.<sup>40</sup> El Tribunal consideró que, si aplicaba retroactivamente la doctrina que rechazaba la validez constitucional de dichas pruebas, el Poder Judicial tendría que revisar tal cantidad de condenas que se generaría una “desorganización profunda de la Administración de Justicia”.<sup>41</sup> A fin de evitarlo, dispuso que su criterio se aplicara para el futuro.

<sup>38</sup> Expediente 3361-2004-AA/TC, fundamento jurídico 5.

<sup>39</sup> Ana Laura Magaloni: *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid: McGraw Hill, 2001, pp. 194-195. Señala dicha autora: “[...] de acuerdo con un estudio empírico elaborado por Brenner y Spaeth, en el período que comprende los años de 1946 a 1992, que son precisamente los años en donde mayores cambios han existido en la doctrina constitucional, el Tribunal Supremo solo revocó 70 precedentes en materia constitucional”.

<sup>40</sup> Eduardo García de Enterría: “Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 61, Madrid: Civitas, 1989, p. 6.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 6

Posteriormente, en el caso *Stowall* (1967), sintetizó los criterios básicos que deberían tomarse en cuenta para aplicar la doctrina prospectiva.<sup>42</sup>

## 5. Difusión y eficacia del precedente.

### El recurso de agravio a favor del precedente

Resulta necesario sistematizar y difundir los precedentes y la jurisprudencia constitucional a efectos de que puedan ser conocidos debidamente por los justiciables y, en general, por quienes se encuentren vinculados a ellos. En la actualidad, existe una frondosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuyo conocimiento en la práctica aún es limitado. Además, hay aproximadamente treinta y dos precedentes cuyo conocimiento no es tan amplio como sería deseable.<sup>43</sup> El Código pretende revertir esta situación. Por ello, ha creado la *Gaceta Constitucional*, donde se deben publicar las sentencias que dicte el Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales de su competencia (séptima disposición final). Se trata de una compilación oficial de sentencias que pretende sistematizarlas para que sean de fácil conocimiento por los operadores jurídicos. En la actualidad, esta sistematización se divulga a través de un formato electrónico en su página web.

La idea de contar con precedentes constitucionales vinculantes que sean respetados se enfrenta con un escollo que ha sido superado recientemente a través de una interpretación del Tribunal: no todas las resoluciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento llegan a conocimiento del Tribunal Constitucional. En efecto, la función de unificar la jurisprudencia solo queda plenamente garantizada cuando los jueces saben que, si se apartan del precedente fijado por el Tribunal Constitucional, su fallo podrá ser revisado.

Es claro que el diseño normativo planteaba problemas, pues, en la medida en que resultaba improcedente el recurso de agravio constitucional contra una sentencia que declaraba fundada la demanda de amparo,<sup>44</sup> no era posible su revisión por el Tribunal Constitucional, lo que permitía que *de facto* los órganos judiciales se apartaran del criterio fijado por dicho órgano de control, tal como ocurrió cuando algunos jueces no respetaban el precedente constitucional tratándose de las empresas de casinos y tragamonedas.<sup>45</sup> De ahí que se haya propuesto una reforma constitucional para

---

<sup>42</sup> Así señaló: “a) La finalidad de que se establezcan nuevos criterios normativos; b) La extensión de la confianza en los anteriores criterios interpretativos por parte de las autoridades que aplican el Derecho, y c) El efecto sobre la administración de justicia que podría producir una aplicación retroactiva de los nuevos criterios normativos”. Cit. *ibidem*, p. 6.

<sup>43</sup> Fernando Velezmoro Pinto: *Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima: Grijley, 2007, pp. 193-194.

<sup>44</sup> El artículo 18 del Código, interpretando lo dispuesto por el artículo 202, inciso 2, de la Constitución, que se refería a “resoluciones denegatorias”, solo permitía el recurso de agravio constitucional contra las resoluciones desestimatorias, es decir, improcedentes o infundadas.

<sup>45</sup> Expediente 4227-2005-PA/TC.

introducir una suerte de *certiorari* que permita que el Tribunal Constitucional escoja el caso que considera relevante resolver y evite que sus precedentes sean desconocidos. Un modelo similar ya existe en Colombia.

No obstante, en una polémica sentencia, el Tribunal Constitucional ha interpretado que el recurso de agravio constitucional sí procede contra las resoluciones estimatorias del Poder Judicial que desconocen un precedente constitucional.<sup>46</sup> De esta manera, el Tribunal pretende brindar una mayor eficacia a sus precedentes evitando que puedan ser dejados de lado por los jueces.

## **6. La indispensable contribución de la jurisprudencia al fortalecimiento del Estado de derecho**

El adecuado funcionamiento de los procesos constitucionales y su contribución al fortalecimiento de la institucionalidad democrática y al respeto de los derechos humanos no solo depende de su regulación constitucional. Corresponde a la jurisprudencia constitucional un rol de especial relevancia para ir avanzando y precisando los alcances de los derechos fundamentales y limitando los excesos del poder.

En efecto, un eficaz control de los actos de los poderes públicos requiere contar con un órgano independiente e imparcial que proteja a las personas frente a los excesos del poder. Este cometido le corresponde tanto al Poder Judicial como especialmente al Tribunal Constitucional. Lamentablemente, la independencia e imparcialidad de ambas instituciones estuvo severamente cuestionada durante el régimen del ingeniero Fujimori (1990-2000), debido a que el Poder Judicial se encontraba en su mayoría integrado por magistrados provisionales y a que el Tribunal Constitucional actuaba incompleto —con cuatro de siete magistrados— como consecuencia de la arbitraria destitución de tres magistrados ocurrida en mayo de 1997. Como se recordará, tal destitución se produjo luego de que dichos magistrados declararon inaplicable por inconstitucional la denominada *ley de Interpretación Auténtica*, que permitía una segunda reelección presidencial.

En ese momento se podía constatar la presencia de intereses políticos en la jurisprudencia. Ello explica, por ejemplo, que la Corte Suprema de la República haya declarado fundadas dos demandas de amparo interpuestas contra los magistrados del Tribunal Constitucional que declararon inaplicable la ley de Interpretación Auténtica. También, que el Tribunal Constitucional haya establecido que, si a una persona se le quitara la nacionalidad, lo cual conduciría a que perdiera la dirección de un medio de comunicación —como en efecto sucedió—, debía agotar la vía administrativa antes de acudir al amparo.

Todo ello permite distinguir, a nuestro juicio, hasta cuatro etapas en el funcionamiento del Tribunal Constitucional. En primer lugar, una etapa fundacional que va

---

<sup>46</sup> Expediente 4853-2004-PA/TC, fundamento jurídico 26.

desde junio de 1996, fecha en que dicho órgano se instaló, hasta mayo de 1997, con la arbitraria destitución de tres magistrados. Una segunda etapa hasta noviembre del 2000, durante la cual el Tribunal funcionó con solo cuatro magistrados y, por tanto, no podía resolver procesos de inconstitucionalidad. En estas dos primeras etapas el Tribunal funcionó severamente limitado. Una tercera etapa se inicia con la restitución —en noviembre del 2000— de los tres magistrados destituidos, cuando ya había sido vacado del cargo presidencial el ingeniero Alberto Fujimori. Y la última empieza en mayo del año 2002, cuando se nombran cuatro nuevos magistrados del Tribunal. Desde esa fecha la actuación del Tribunal ha sido muy importante e incluso ha sido calificado como un “tribunal activista”.<sup>47</sup>

En definitiva, una evaluación de la jurisprudencia constitucional peruana no puede dejar de tomar en cuenta tales etapas, pues inicialmente, salvo algunas notables excepciones, no logró contribuir al fortalecimiento de la institucionalidad democrática en el país. Al reto de constituir un decisivo motor que aporte a la construcción de un Estado democrático en el Perú se ha comprometido el Tribunal Constitucional, cuya primera sentencia luego de la salida de los magistrados afines al régimen de Fujimori fue publicada en agosto del 2002, pues viene tratando de ampliar los márgenes del control constitucional y del respeto a los derechos humanos, aportando importantes criterios jurisprudenciales para ello. Y es que desde esa fecha se aprecia un cambio notable en su jurisprudencia que evidencia su relevancia como órgano de control y sus posibilidades ciertas de aportar a la tutela de los derechos humanos en el país.

---

<sup>47</sup> Heber Joel Campos Bernal: *Criticas y aproximaciones al control de constitucionalidad de las leyes en el Perú o el tribunal como espacio de deliberación pública*, tesis de licenciatura en Derecho, Pontificia Universidad Católica, 2007, p. 124.