

Estudios al precedente constitucional

ESTUDIOS AL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Pedro P. Grández Castro, Edgar Carpio Marcos (Coordinadores)

Primera edición: febrero 2007

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de sus autores.

© Copyright : PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO
EDGAR CARPIO MARCOS

© Copyright 2007 : PALESTRA EDITORES S.A.C.
Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telf. (511) 243-6664
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

Impresión y Encuadernación:
GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.
Mz. E. Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima – Los Olivos

Diagramación : JOSÉ LUIS HUARCAYA CAMARGO

Diseño de cubierta : ANA ELIZABETH CRIBILLERO

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2007-02131

ISBN: 978-9972-224-42-3

Nº de registro del Proyecto Editorial: 31501220700051

Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú

Printed in Peru

PRESENTACIÓN

La entrada en vigor del primer Código Procesal Constitucional, en diciembre de 2004, ha traído consigo el planteamiento de algunos temas postergados, como es el caso de los precedentes judiciales, el valor de la jurisprudencia y las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, entre otros. Efectivamente, entre los aportes más importantes del Código Procesal Constitucional, contamos sin duda a la potestad que el artículo VII del Título Preliminar atribuye al Tribunal Constitucional, para establecer precedentes normativos.

Sin duda, todo potencial que trae consigo la incorporación del artículo VII del Código no se ha puesto de manifiesto en la todavía breve existencia del Tribunal. No obstante, es de prever que en los próximos años la técnica del precedente no sólo constituirá el método de decantamiento de la jurisprudencia constitucional para seleccionar sus mejores reglas, sino también el punto de encuentro de nuevos debates sobre las competencias y límites de la jurisdicción constitucional.

El precedente constitucional, visto así, abre una oportunidad para fortalecer el quehacer de la justicia constitucional, pero también constituye un límite que debe ser utilizado responsablemente. Mayor es todavía la responsabilidad en torno a su ejercicio si tenemos en cuenta que el Tribunal, debido a su especial naturaleza, viene aumentando su presencia en la vida jurídica, social, política y económica del país.

En términos generales, y sin entrar en mayores análisis, la instauración de la técnica del precedente constitucional puede tener una serie de ventajas. En principio, está íntimamente vinculado a la predictibilidad y la seguridad jurídica. En la medida en que presupone la labor del juez como ordenador y racionalizador del sistema jurídico y persigue la consecución de reglas interpretativas para resolver casos futuros, el precedente: a) coadyuva a imponer de manera más eficaz el deber de motivación y, por tanto, a desterrar la arbitrariedad; b) otorga mayor credibilidad y confianza en los tribunales; c) disminuye

la carga de trabajo, en la medida en que simplifica la resolución de casos futuros «rentabilizando» el esfuerzo argumentativo de casos pasados; d) puede ayudar a prevenir los actos de corrupción, en la medida que dicta parámetros previos a los jueces; e) contribuye a la defensa del principio de igualdad en la aplicación de la ley. Finalmente, y en el ámbito propio del precedente constitucional; f) contribuye a fortalecer la presencia del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, generando mecanismos objetivos para las relaciones institucionales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en la tutela de los derechos fundamentales.

Vista las ventajas que presenta, sorprende, sin embargo, la poca o nula atención que a la fecha ha merecido tras dos años de su incorporación en el ordenamiento peruano. La dogmática constitucional local es muchas veces prolífica en los lugares comunes, pero poco creativa para afrontar y, sobre todo, para cuestionar las «modas» que se imponen legislativamente. El marasmo al que sucumbe la academia, frecuentemente motivada por acomodos cuando no por oportunismos conscientes, merece ser sacudido. Los temas constitucionales requieren del debate abierto, en la medida que se trata de la parte vital del Derecho.

En ese contexto, *Estudios al precedente constitucional* pretende abrir la discusión que merece ser extensa y esperamos continúe en el tiempo, respecto al precedente y sus reales dimensiones a partir de su recepción en nuestro ordenamiento. Así, la presente obra recoge trabajos nacionales en torno al precedente, muchos de ellos críticos con la propia forma en que se recoge en la regulación peruana; además de estudios sobre la técnica del precedente en aquellos países de la región que cuentan con una justicia constitucional con una actividad destacable, atendiendo al necesario diálogo que se impone con realidades similares y cercanas.

Con ello, respecto a la figura del precedente en sede nacional, Roger Rodríguez hace un repaso sobre la construcción histórica de esta noción, destacando su incorporación en el ordenamiento nacional y las vicisitudes conceptuales y prácticas para ello; Pedro Grández, por su parte, analiza las particularidades del precedente local, en un intento por hacer teoría del precedente peruano; finalmente, Javier Adrián destaca las siempre complicadas relaciones entre la justicia constitucional y la ordinaria, explicando a tales efectos la especial posición del Tribunal frente a los demás jueces, a propósito del reconocimiento de la técnica del precedente.

En cuanto a los comentarios de los profesores extranjeros, Néstor Pedro Sagüés parte de estudiar la experiencia estadounidense y analiza la implementación del precedente por la Corte Suprema argentina; José Antonio Rivera Santiváñez, desde una

perspectiva amplia, analiza diversos aspectos de las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional boliviano, refiriéndose también de manera específica a la jurisprudencia constitucional; el profesor Carlos Bernal Pulido nos presenta algunas pistas acerca de cómo imprimir el carácter de precedente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana; finalmente, Eduardo Meier García problematiza el asunto de la obligatoriedad del precedente constitucional en Venezuela, abordando además la relación de la jurisprudencia con el derecho internacional de los derechos humanos.

Esperamos que esta obra, en la misma lógica de difusión y estudio crítico de la jurisprudencia constitucional instaurada por *Palestra del Tribunal Constitucional*, coadyuve al conocimiento de los precedentes constitucionales por parte de los operadores del Derecho y contribuya a la apertura del debate acerca de esta importante institución.

Lima, febrero de 2007

Edgar Carpio Marcos
Pedro Grández Castro
Coordinadores

CONTENIDO GENERAL

Presentación	5
Estudios	11
<i>Estudios nacionales</i>	13
- El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos <i>Roger Rodríguez Santander</i>	15
- Las “peculiaridades” del precedente constitucional en el Perú <i>Pedro P. Grández Castro</i>	79
- La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial <i>Javier Adrián Coripuna</i>	107
<i>Estudios extranjeros</i>	135
- El valor del precedente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina <i>Néstor Pedro Sagüés (Argentina)</i>	137
- La jurisprudencia constitucional y su fuerza vinculante <i>José Antonio Rivera S. (Bolivia)</i>	151
- El precedente constitucional en Colombia <i>Carlos Bernal Pulido (Colombia)</i>	175
- Luces y sombras del precedente constitucional en Venezuela <i>Eduardo Meier García (Venezuela)</i>	187



Estudios





Estudios nacionales



EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: ENTRE EL PODER DE LA HISTORIA Y LA RAZÓN DE LOS DERECHOS

Roger Rodríguez Santander*

SUMARIO: *I. Huellas del precedente (a modo de introducción). II. El gen de la historia: tradición jurídica y precedente; 1. Francia, su juez nulo y el devenir del Derecho continental; 2. Inglaterra y su equilibrio institucional; 3. Estados Unidos y su precedente constitucional. III. Análisis del precedente constitucional en el caso peruano; 1. Definición de precedente constitucional vinculante y su posición en el sistema de fuentes; 2. Diferencia con el concepto de jurisprudencia constitucional vinculante; 3. Entre lo anglosajón y lo continental; 4. Razón y precedente / Voluntad y ley; 5. Precedente, derecho fundamental a la igualdad y argumentación racional; 6. ¿Precedente en el proceso de inconstitucionalidad?; 7. Las tesis enemigas del precedente. El caso de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones. IV. Precedente y constitucionalismo (a modo de reflexión final).*

I. Huellas del precedente (a modo de introducción).

Una de las más importantes novedades que trae consigo el Código Procesal Constitucional peruano (CPConst) es la que se encuentra regulada en el artículo VII de su Título Preliminar (art. VII CPConst). Dicho precepto reza: «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». Se trata de la previsión a nivel positivo del instituto del precedente, pero no de cualquier manifestación que éste pueda albergar, sino de una en particular: el «precedente constitucional vinculante».

Sin perjuicio de las diferencias existentes entre el art. VII CPConst y toda regulación anterior que haya pretendido dotar de algún grado de vinculatoriedad a las reglas normativas emanadas de las sentencias, es posible mencionar algunos datos que (no sin reservas) podrían ser considerados como antecedentes.

* Profesor de los Post títulos en Derechos Fundamentales y en Derecho Procesal Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

En materia procesal constitucional, el precedente encuentra alguna referencia remota y tenue en el artículo 9 de la derogada Ley N.º 23506, publicada el 8 de diciembre de 1982. Dicho artículo establecía que las resoluciones judiciales emitidas en los procesos de amparo y hábeas corpus constituían jurisprudencia obligatoria cuando de ellas pudiesen desprenderse «principios de alcance general», dando sin embargo a los jueces la posibilidad de apartarse del criterio en la medida de que sustenten las razones de hecho y de derecho que así lo justifiquen.

Por otra parte, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), hace alusión a la potestad de todas las Salas Especializadas de la Corte Suprema de dictar «principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento». A pesar de lo cual, a renglón seguido, se permite a cualquier magistrado de la República apartarse de dichos principios, en la medida de que motiven adecuadamente su resolución. Se trataría pues de algo así como una «obligación relativa», siendo conscientes del contrasentido intrínseco que el concepto supone.

Adicionalmente, cabría mencionar que el artículo 116 de la LOPJ creó la figura de los denominados «plenos jurisdiccionales» (nacionales, regionales y distritales), cuya finalidad es que los integrantes de las Salas Especializadas se reúnan para concordar la jurisprudencia. Aunque entre los años 1997 y 2004 se han celebrado alrededor de 112 plenos jurisdiccionales nacionales¹, los acuerdos a los que se arriba en dichas sesiones no tienen fuerza vinculante alguna.

A su turno, el artículo 400 del Código Procesal Civil, que responde a la sumilla de «Doctrina Jurisprudencial», prevé que la decisión adoptada por la mayoría absoluta de los votos de los vocales supremos reunidos en Sala Plena de la Corte Suprema, «constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio». De esta manera, a diferencia de los preceptos antes aludidos, este artículo no prevé la posibilidad de que los jueces inferiores se desvinculen del criterio de la decisión, ni siquiera justificando expresamente las razones. Éste pudo haber sido uno de los más significativos aportes del legislador procesal civil, máxime si se tiene en cuenta que la virtualidad supletoria de este código podía dar lugar a su aplicación extensiva a todas las Salas de la Corte Suprema y no sólo a las Civiles. No obstante, pocos artículos serían tan útiles para explicar la diferencia entre la vigencia y la validez de una norma, de un lado, y su aplicación y eficacia, de otro.

De otro lado, el artículo 34 de la Ley N.º 27584 –Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo–, con una técnica más depurada, dispuso que las decisiones de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema constituían doctrina jurisprudencial en materia contencioso adminis-

1 Cfr. BELAÜNDE, J. de. *La reforma del sistema de justicia. ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*. Konrad Adenauer Stiftung / Instituto Peruano de Economía Social de Mercado, Lima, 2006, p. 40.

trativa, y que, por tanto, los jueces y tribunales no podrían apartarse de ella, a menos «que se presenten circunstancias particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan de la doctrina jurisprudencial». Es decir, esta norma no recoge la posibilidad de que los jueces puedan desconocer los criterios de la Sala Constitucional y Social Suprema, explicando las razones de su apartamiento, sino que les autoriza a explicitar las circunstancias que permiten distinguir el caso que se encuentran conociendo de aquél en el que la Corte Suprema sentó el criterio vinculante. En suma, no es que se les permita a los jueces justificar las razones por las que desconocen el criterio de la Corte Suprema (pues entonces ya no sería vinculante), sino tan sólo justificar las razones por las que dicho criterio no resulta aplicable al caso sometido a su fuero, lo cual es sustancialmente distinto. Lamentablemente, éste tampoco ha sido un precepto que haya tenido mayor eco en la judicatura hasta la fecha.

Cuando menos en lo que a la literalidad del art. VII CPConst atañe, su más reciente referencia directa se encuentra en el artículo 301-A de Código de Procedimientos Penales, incorporado mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 959. La parte pertinente del inciso 1 de dicho artículo establece lo siguiente: «Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema 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 (...)». Las similitudes con los términos utilizados por el art. VII CPConst son evidentes². Empero, en la medida de que se pretende armonizar el precepto con lo previsto por el artículo 22 de la LOPJ (ya citado), cabe interpretar que se ha dejado a salvo la facultad de los jueces inferiores de apartarse de la regla jurisprudencial dictada por la Sala, siempre que se contemplen las razones por las que desestiman el precedente.

De hecho, en más de una oportunidad, este es el criterio que ha venido utilizando la propia Sala Penal Permanente de la Corte Suprema al celebrar acuerdos plenarios relacionados con el establecimiento de alguna regla normativa en mérito de lo establecido por el inciso 2 del artículo 301-A Código de Procedimientos Penales³. En más de uno de dichos acuerdos se

2 Es posible incluso que el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales tenga inspiración en el anteproyecto del CPConst. que es más antiguo.

3 Parte pertinente del inciso 2 del art. 301-A del Código de Procedimientos Penales: «Si se advierte que otra Sala Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo – en relación a [sic] los ámbitos referidos a su atribución constitucional – se convocará inmediatamente al Pleno de los Vocales en lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta (...)».

ha precisado que la (supuesta) regla vinculante se establece «sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial»⁴. Una vez más, entonces, estamos ante un mero criterio persuasivo. Con todo, es saludable que la Sala Penal de la Corte Suprema haya aplicado en repetidas oportunidades referido el artículo 301-A, a pesar de su reciente data.

Finalmente, a nivel del procedimiento administrativo ha existido más de un intento de dotar a sus tribunales de la capacidad de instituir precedentes de observancia obligatoria, siendo tal vez la experiencia más exitosa la vivida al interior del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), cuyas Comisiones, Oficinas y Tribunales se han valido en repetidas oportunidades de la facultad prevista en el artículo 43 del Decreto Legislativo N.º 807⁵. Aún cuando cabe indicar que luego de un inicio muy promisorio, el fenómeno parece haberse diluido relativamente en los últimos tiempos.

Luego de esta somera revisión de las débiles «huellas» que han dejado los intentos por introducir en el ordenamiento determinadas líneas que se aproximen al instituto del precedente anglosajón, precisamos muy brevemente el propósito de este artículo.

Podríamos decir que, a grandes rasgos, dicho propósito es doble. Por un lado, pretendemos describir la relación que históricamente ha tenido el juez con el Derecho tanto en la tradición continental como en la anglosajona, y destacar, a partir de ello, que el *civil law* presenta ciertos problemas congénitos al momento de ensayar intentos de equilibrio entre los poderes del Estado, pues, usualmente, el Poder Jurisdiccional es concebido como un poder de jerarquía inferior y con una nimia participación en la creación del Derecho. En segundo lugar, de la mano del análisis de determinadas características que presenta la incorporación del precedente constitucional vinculante en ordenamiento jurídico peruano, examinaremos las dificultades que el instituto deberá superar si se le desea algún futuro promisorio, dificultades que tienen justamente origen en nuestro modo histórico de concebir, interpretar y articular el Derecho, pero contra las que debe lucharse a toda costa no por una cuestión de preferencias, sino porque de su desaparición dependerá la plena vigencia del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación del ordenamiento

4 Cfr., por ejemplo, los Acuerdos Plenarios N.ºs. 2-2005/CJ-116, 3-2005/CJ-116 y 4-2005/CJ-116, en: <http://www.pj.gob.pe/cortesuprema/penalpermanente/sentencias.html> (revisada el 15 de noviembre de 2006).

5 Parte pertinente del art. 43 del D. Leg. N.º 807: «Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (...)».

jurídico, del principio de seguridad jurídica y del criterio de universalización inherente a la argumentación racional, todos ellos bienes a los que la Constitución dispensa debida protección y que encuentran en el precedente constitucional vinculante una de sus principales herramientas de consolidación.

En definitiva, el artículo se ocupa de una versión más del clásico enfrentamiento entre poder y razón. En este caso, de un poder que viene secundado por la historia, y una razón que encuentra su materialización en los derechos.

II. El gen de la historia: tradición jurídica y precedente.

Hablar del instituto del precedente en una realidad jurídica que responde históricamente a la tradición o familia romano-germánica, es todavía una buena forma de despertar enraizados prejuicios. Más concretamente, afirmar que una sentencia (o parte de ella) puede ser considerada una fuente de Derecho, parece ser mal recibido por los seguidores de las cunas del *civil law*. Inmediatamente, surgen las voces que acusan al suceso de significar una usurpación de las competencias (¿y la primacía?) del Parlamento, advirtiendo además de que ello supondría importar instituciones del *common law* a tradiciones jurídicas ajenas.

En suma, para reprobar el fenómeno de la creación jurisdiccional de Derecho, algunos (influenciados seguramente por su formación jurídica acorde con las usanzas) creen suficiente describir la tradición jurídica a la que responde nuestra historia, resaltando la ausencia formal del precedente en sus anales. Pero en modo alguno aportan un juicio crítico, situando en la balanza las virtudes o defectos que la institucionalización del precedente puede representar.

Como veremos, las razones de ello son, fundamentalmente, históricas y culturales. El problema parece situarse en el gen de la historia. Por eso hemos preferido utilizar la frase «tradición o familia jurídica», antes que la de «sistema jurídico», pues, como bien advierte Merryman, la expresión «tradición jurídica» alude a una suma de conductas por parte de los operadores del Derecho que se encuentran profundamente arraigadas en la historia y en la cultura jurídica de determinadas sociedades, y que, consecuentemente, condicionan la creación, comprensión y funcionamiento del sistema jurídico⁶.

1. Francia, su juez nulo y el devenir del Derecho continental.

Relacionar la tradición jurídica proveniente de la Europa continental, con una difícilmente extirpable y endémica creencia en la doctrina de la supremacía parlamentaria, no es una exageración. La influencia del pensamiento de Montesquieu en esta tradición, y particularmente de su concepción sobre la función que corresponde a la judicatura en la aplicación

6 Cfr. MERRYMAN, J. H. *The Civil Law Tradition*. Stanford University Press, California, 1985, p. 2.

del Derecho, ha calado muy hondo en la formación del jurista de antes y de ahora. La descripción del Poder Judicial como un auténtico poder nulo, compuesto por una serie de seres inanimados o virtualmente invisibles, condenados a ser «la boca muda que pronuncia las palabras de la ley»⁷, a veces parece no haber perdido actualidad.

Se olvida que el crucial aporte del filósofo francés fue su capacidad para advertir la necesidad de que el poder de sentenciar sea ajeno a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, más no la inadecuada jerarquización entre estos poderes que subyace en su obra. Se olvida que la ley, sin desconocer la trascendente e insustituible función que desempeña en todo Estado de Derecho, ya no puede ser concebida como la plasmación inequívoca de la razón humana (Rousseau), capaz de todo «excepto transformar un hombre en mujer o a una mujer en hombre». La realidad demuestra que su supuesta generalidad racional ha pasado a ser un mito frente a los intereses (buenos o no) cada vez más particularistas, muchas veces provenientes de la sociedad corporativa; demuestra que hoy más que nunca se requiere de un control que fije adecuadamente los límites de la potestad legislativa, de forma tal que se evite que traduzca los acomodos de los poderes de turno (públicos o privados) y se logre que los contenidos de la ley pasen a ser verdaderas conquistas de quienes no tienen oportunidad de ser escuchados. Se olvida que la doctrina legalista de quien también fuera Barón *de la Brède*, hacía gala de un método jurídico tradicional subsuntivo o de lógica formal, incapaz de abrigar los métodos interpretativos que debe manejar todo operador jurídico que sea consciente de que el Estado Legal ha sucumbido (enhorabuena) frente a un Estado presidido por los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y que aparecen como principios que pretenden maximizar la vida digna de la persona humana, y no como reglas que puedan agotarse en su mera aplicación automática. Se olvida, en fin, que en el Estado Constitucional entre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existe una relación de jerarquía, sino de complementación en el ejercicio de unas funciones cuya separación absoluta ha quedado relativizada. Así, por ejemplo, con la misma firmeza con la que cabe defender la constitucionalidad de los juicios políticos provenientes fundamentalmente de la tradición anglosajona, llevados a cabo en el seno del Parlamento, cabe también defender la doctrina del mismo origen conforme a la cual en determinadas circunstancias la sentencia actúa como verdadera fuente de Derecho.

Para desplazar tales olvidos hay que luchar contra el gen de la historia que inconscientemente está presente en la conducta de buena parte de nuestros parlamentarios y de nuestros propios jueces. Como bien nos

7 «Podría ocurrir que la ley, que es ciega y clarividente a la vez, fuera, en ciertos casos, demasiado rigurosa. Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes». (Cfr. MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Traducción y preparación de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1980, Libro XI).

recuerda Cappelletti, la tradición moderna del *civil law*, particularmente la francesa, tiene en sus albores el temor a los tribunales del Antiguo Régimen, paradójicamente llamados *Parlements*, los cuales imponían su poder de revisión sobre los decretos del soberano que consideraban contrarios a «las leyes fundamentales del reino»; leyes no escritas que respondían llanamente al arbitrio de su conservadurismo y a la necesidad de mantener el *statu quo* en beneficio de la nobleza⁸.

Es justo decir, en consecuencia, que existía mérito para aborrecer a estos tribunales. Se trataban de órganos impredecibles, que operaban de modo heterogéneo, y con capacidad de desconocer por razones antojadizas las leyes y los decretos, a lo que se agregaba el hecho de que no se encontraban obligados a motivar sus decisiones, sino simplemente a decidir. Cada uno de estos tribunales fungía de creador de un Derecho general, y tal vez por ello originalmente el término jurisprudencia no se asociaba — como podría entenderse hoy en día — a la capacidad de la judicatura de decidir de manera reiterada casos similares bajo una misma *ratio iuris*, sino al Derecho propio de cada Tribunal y creado por éste *ex novo*.

Como se sabe, mucho antes de que el término jurisprudencia se relacione con las decisiones jurisdiccionales, venía a designar a la ciencia misma del Derecho. Con el tiempo el concepto se asociaría también y predominantemente al pronunciamiento de los tribunales, tanto para designar al conjunto de las sentencias y a la doctrina que contienen, como para referirse al criterio jurídico uniforme establecido en una pluralidad de sentencias⁹.

Actualmente, todas las definiciones a las que hemos hecho alusión (incluyendo la de ciencia del Derecho) se encuentran previstas en el Diccionario de la Lengua Española. Empero, debe resaltarse que en los países anglosajones la voz *jurisprudence* nunca se ha asociado a los tribunales, por lo que sólo se ha mantenido como sinónimo de ciencia del Derecho, entendida, en este caso, no sólo como Derecho positivo, sino también como filosofía del Derecho y teoría general del Derecho¹⁰. Incluso existen países de tradición continental en los que la palabra se mantiene en su significado inicial y no se la vincula específicamente con los tribunales. Así por ejemplo, en Alemania el término que se usa para designar a lo que nosotros en la actualidad denominaríamos jurisprudencia es *Rechtsprechung*, reserván-

8 Cfr. CAPPELLETTI, M., «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional»». Traducción de Pablo de Luis Durán, en: *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, Año 6, N.º 17, mayo - agosto, 1986, pp. 20 a 25.

9 Sobre la evolución y las distintas acepciones del concepto Cfr. Diez-Picazo, L., «La jurisprudencia». En: *El Poder Judicial*. Volumen I, Instituto de Estudios Fiscales / Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1983, p. 267 y ss.

10 Según podrá apreciarse luego con nitidez, ello se debe a que al vincularse a los tribunales, el término históricamente adquirió una connotación de alcances bastantes distintos a la manera cómo se entendía la relación entre juez y Derecho en la tradición anglosajona.

dose el de *Jurisprudenz* para referirse a la ciencia del Derecho. Ligeras tendencias en este sentido también se han mantenido en Italia en la que, por ejemplo, a lo que nosotros denominamos Facultades de Derecho, se les llama Facultades de Jurisprudencia. En todo caso, el concepto de jurisprudencia relacionado con la labor de la jurisdicción es compartido por Francia, Italia y España.

Volviendo a la historia francesa, frente a las tendencias de los tribunales del Antiguo Régimen, la burguesía revolucionaria rescataba a la ley como la supuesta antítesis de la arbitrariedad judicial, cuyo respeto y aplicación mecanizada aseguraría —cuando menos en el papel— la respuesta homogénea y predecible del Derecho a los conflictos sociales.

De esta manera, al triunfo de la revolución acompañaba una desconfianza frente a la judicatura, además de una pleitesía al Parlamento (representante de la voluntad general) y a su principal producto: la ley. La Constitución era considerada mera norma política, incapaz de vincular al poder¹¹, y en las primeras leyes post-revolucionarias los tribunales de justicia aparecieron sometidos «matemáticamente» al dictado de las leyes¹². Tal vez baste poner como ejemplo los artículos 10 y 12 de la ley revolucionaria sobre la organización judicial de agosto de 1790, cuyos preceptos se convertirían en la piedra angular de la judicatura francesa y de aquellas inspiradas en ésta. Dichos artículos señalaban, respectivamente, que «los tribunales judiciales no podrán tomar parte, directa o indirectamente, en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo...» y que «deberán remitirse al cuerpo legislativo siempre que encuentren necesario interpretar una ley u obtener una nueva»¹³ (sistema del *referé legislatif*). Como bien apuntaba Ignacio de Otto¹⁴, si acaso cabe reconocer algún valor al recién citado artículo 12 es que con él se venía a reconocer el valor normativo que también posee la interpretación, pues es esa la razón por la que ella quedaba reservada al Parlamento soberano.

Estas normas de la revolución, de notable influencia en el devenir del Derecho continental, encuentran un conveniente complemento en una

11 El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano («Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución»), era una buena síntesis del verdadero concepto de Constitución, pero nada más, pues en su tiempo se encontró muy lejos de ostentar una real eficacia jurídica.

12 El temor de los revolucionarios franceses frente los órganos con competencias jurisdiccionales condenó al olvido el proyecto del *Jury Constitutionnaire* presentado por Sieyés, que consistía en un sistema avanzado de control de la constitucionalidad de las leyes a cargo de un órgano distinto del Poder Judicial (Cfr. Carpio, E. «Un antecedente del Tribunal Constitucional: El *Jury Constitutionnaire* (Una lectura heterodoxa de Sieyés)». En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. N.º 1, 1999, pp.)

13 Citados por CAPPELLETTI, M. Op. cit., p. 25.

14 Cfr. DE OTTO, I. *Estudios sobre el Poder Judicial*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 42.

célebre frase pronunciada por Robespierre en la sesión de la Asamblea Nacional francesa del 18 de noviembre de 1790: «El término jurisprudencia debe borrarse de nuestra lengua. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la ley»¹⁵. En la misma sesión Le Chapelier diría: «El Tribunal de Casación no deberá tener jurisprudencia. Si la jurisprudencia de los Tribunales, la más detestable de todas las instituciones, existiera en el Tribunal de Casación, habría que destruirla...»¹⁶. Y fue así que, en efecto, tras su creación en 1790, el Tribunal de Casación francés no era propiamente un supremo intérprete unificador de las distintas interpretaciones de la ley que pudiesen presentarse a nivel de los estrados judiciales inferiores, sino un órgano encargado, por así decirlo, de que la interpretación judicial de la ley no exista o, en todo caso, de que sólo triunfe la interpretación literal como eco de la prístina razón del legislador reflejada en el texto de la ley, entendida en ese entonces como la suprema fuente de Derecho. Propósito ciertamente utópico en el común de los casos.

Tras su desaparición en el siglo XIV, el deber de motivar las resoluciones judiciales reaparece en Francia con la legislación revolucionaria de 1790, pero el propósito de su plasmación no es permitir al juez recrear el ordenamiento mediante la interpretación, sino, por el contrario, examinar su fidelidad ciega a la ley. Tal como fue expuesto por el profesor Hans Reichel hace varios años, en ese escenario «los fundamentos de la resolución judicial tienen por objeto, no sólo convencer a las partes, sino más bien fiscalizar al juez con respecto a su fidelidad legal, impidiendo sentencias inspiradas en una vaga equidad o en el capricho»¹⁷.

Bien es cierto que con el devenir del tiempo y la evolución del Derecho, la propia Francia fue encaminándose hacia una jurisdicción capaz de limitar y controlar, cuando menos, los actos de la Administración a través del Consejo de Estado, que alcanzó un particular desarrollo durante el siglo XIX, influenciando incluso a países como Alemania e Italia. Sin embargo, el legislador francés no encontró freno distinto de la auto-limitación sino hasta 1971, año en el que el Consejo Constitucional, creado por la Constitución de De Gaulle de 1958, se auto adjudicó la competencia para revisar la constitucionalidad de las leyes, función que en 1974 fue positivada a nivel constitucional¹⁸.

En nada sorprenderá entonces que la Francia de los siglos XVIII y de inicios del XIX fungiera de caldo de cultivo ideal para el surgimiento del positivismo clásico, con su primera manifestación en el Código Civil napoleónico de 1804, en el que la jurisprudencia no ingresaba en modo

15 Citado por DE OTTO. *Ibidem*.

16 Citado por Luis DIEZ-PICAZO. *Op. cit.*, p. 273.

17 Cfr. *La ley y la sentencia (Orientación acerca de la doctrina actual sobre fuentes del Derecho y aplicación del último)*. Traducción de Emilio Miñana Villagrasa, Editorial Reus, Madrid, 1921, p. 9.

18 Cfr. CAPPELLETTI, M. *Op. cit.*, p. 27 a 29.

alguno entre las fuentes del Derecho. Una buena muestra de ello es el artículo 5 de dicho Código, el cual estipulaba que la decisión judicial «no revestirá nunca la forma de regla general». Si el racionalismo ilustrado veía su traducción escrita en las creaciones de los representantes, prácticamente nada tendría que dejarse librado a los «peligros» de la interpretación. En teoría, el Derecho escrito en las leyes, como una verdad idealizada, debía proyectarse hacia la realidad. Supuestamente, las relaciones jurídicamente relevantes quedarían cubiertas en la imaginación del legislador, quien con envidiable sapiencia advertiría la solución al conflicto antes de que éste se suscite. Al juez poco debía quedarle por hacer¹⁹.

Siendo éste el escenario más influyente en el desarrollo moderno del *civil law*, no sólo es más sencillo advertir las razones por las que los conceptos de sentencia y fuente de Derecho aparecen como incompatibles, sino también las razones por las que en este ámbito el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes se abrió paso de manera tardía (muy tardía en el caso francés) e inicialmente bastante restringida. En efecto, la creencia en la soberanía parlamentaria, en la supremacía jerárquica de la ley entre las fuentes del Derecho y en la casi nula capacidad interpretativa del juez, impedía reconocer a la Constitución como norma jurídica suprema, e impedía advertir la necesidad de un control de los actos legislativos que pudiesen violarla. Si la Constitución no podía ser catalogada como una norma jurídica en el estricto sentido del término, el ordenamiento jurídico comenzaba con la ley, haciendo del Poder Jurisdiccional una simple caja de resonancia de sus mandatos. A pesar de que éste era el llamado a recordar que el poder normativo último no se encontraba en la creación

19 El positivismo legalista, así como la ausencia de una Constitución vinculante y un control constitucional, han sido los motivos por los que en Francia, durante mucho tiempo, hubo espacio para un notable desarrollo de la Teoría del Estado y del Derecho Público, pero no para el desarrollo de un Derecho Constitucional. Duguit, Carré de Malberg y Hauriou, mucho pudieron decir sobre la ciencia política, pero poco en realidad sobre el carácter jurídico de la Constitución. Luego de ellos, hubo un cierto declive académico, que no por casualidad pudo recomponerse luego de que el *Conseil Constitutionnel* ejerciera el control constitucional de las leyes, abriéndose paso en Francia el contemporáneo sentido de la disciplina Derecho Constitucional, liderada por Louis Favoreu. (Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1985, p. 35 y ss; asimismo, ARAGÓN, Manuel. «Las grandes decisiones del *Conseil Constitutionnel*» En: *REDC*, Año 10, N.º 30, septiembre - diciembre, 1990, pp. 229 a 232).

La realidad pone en evidencia que existe una indiscutible relación entre el desarrollo del Derecho Constitucional —y particularmente del Derecho Procesal Constitucional— y el adecuado desenvolvimiento de las funciones de los tribunales constitucionales. Dicho de otra manera, una jurisdicción constitucional independiente, parece ser el motor del desarrollo de aquellas disciplinas. Piénsese tan sólo en la vertiginosa doctrina sobre estas materias que se ha abierto paso en el Perú en los últimos años, en comparación a la reducida (aunque importante) que existía hace una década. Que ello coincida con la relevante función que ha desarrollado el TC desde el año 2002, no es casualidad.

jurídica de los poderes constituidos, sino en la del Poder Constituyente, dormía aletargado y pasible por el triste rol que le había tocado jugar en su historia reciente.

Poco a poco, el positivismo ideológico de ribetes más absolutos, fue revelando sus inconsistencias. La supuesta perfectibilidad y plenitud de la ley fue ridiculizada por varias escuelas de pensamiento de finales del siglo XIX, entre las que destaca principalmente la denominada escuela del «Derecho libre»²⁰. Puede resaltarse (sin ánimo exhaustivo) a algunos de los precursores de dicho movimiento, así como a sus defensores propiamente dichos²¹. Entre los primeros, se encuentran Rudolf Ihering, Dernburg, Joseph Kohler y Rudolf Stammler, quienes desde distintas creencias —como la convicción de que el fin y no el voluntarismo es el creador de todo el Derecho (Ihering), el rescate de la «la naturaleza de las cosas» como fuente jurídica de igual fuerza que la ley (Dernburg), la invocación al «estado de la cultura» como herramienta judicial (Kohler) o la diferenciación entre el Derecho legal y el Derecho justo, recomendando a los jueces interpretar la ley a la luz de «los principios fundamentales de la justicia» (Stammler)—, se oponían a la identificación entre ley y Derecho, entendiendo a éste como un concepto más complejo en cuya dilucidación el juez tenía mucho que decir.

En 1895, Oscar Bülow pronunció un discurso en Leipzig en el que rechazaba el dogma de la ley abstracta. Tal como puso de relieve Reichel, dicho discurso destruía el postulado de Montesquieu en sus cimientos, puesto que se afirmaba que «no sólo el legislador, sino también el juez tiene (...) una actividad creadora jurídica; la producción jurídica la comparten ambos, de tal suerte que el legislador suministra el proyecto y el plano, mientras que el juez ejecuta aquél y edifica conforme a éste. No sólo la ley, sino ésta y la judicatura conjuntamente, suministran al pueblo su derecho»²². Por su parte, Gustavo Rümelin en un trabajo publicado el año 1878 (*Juristische Begriffsbildung*), consideraba completamente erróneas las posiciones conforme a las cuales el juez al aplicar la ley se convertía en un autómata deductivo, pues consideraba que en un sinnúmero de casos (los más importantes), el juez recurría a apreciaciones éticas.

Entre los partidarios propiamente dichos del Derecho libre se encuentra el alemán Eugen Ehrlich, que postulaba la innegable existencia de lagunas en el Derecho, en tanto la ley no siempre podía brindar una respuesta adecuada a todo problema jurídico. Dichas lagunas —decía— de-

20 Para una rápida pero profunda visión sobre los rasgos más importantes de esta escuela, cfr. SEGURA ORTEGA, M. «El movimiento del Derecho libre». En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. N.º 10, 1993, p. 423 y ss.

21 Cuando no se haga la específica cita de la fuente al tratar el pensamiento de los precursores de la escuela del Derecho libre, y de sus partidarios directos, estamos siguiendo a Hans REICHEL. Op. cit., pp. 26 a 37.

22 Cfr. REICHEL, H. Op. cit. p. 31.

bían ser cubiertas por el juez a partir de su exploración en factores extranormativos como los valores y la cultura sociales²³.

Por su parte, el francés François Gény, defensor de método de la «libre investigación científica», criticó la técnica de interpretación tradicional de lógica literal por insuficiente, estática, alejada de toda disciplina social y, en definitiva, falsa. En tal medida, señalaba: «Entrando en la práctica, pronto se percibe el vicio capital del sistema, que es el de inmovilizar el derecho y cerrar el camino a toda idea nueva. De atenernos a las conclusiones del método tradicional, toda cuestión jurídica debe resolverse mediante las soluciones positivamente consagradas por el legislador. De esta suerte, se permanece forzosamente y para todo, en la situación en la que nos encontrábamos en el momento mismo de aparecer la ley y cualquiera que sea la evolución posterior de las situaciones o de las ideas, falta autorización para traspasar el horizonte que el legislador descubrió en la época en la que dictó la regla»²⁴. Asimismo, desdeñaba la supuesta plenitud de la regulación legal, afirmando la existencia inevitable de lagunas que obligaban al juez a utilizar fuentes jurídicas alternativas. A propósito de ello, afirmaba lo siguiente sobre la ley: «Se la imaginan a semejanza de una obra divina, como una revelación completa y perfecta del Derecho, que *a priori* bastase a sí misma, vaciada en un sistema de exactitud matemática y, por consiguiente se la interpreta en la convicción de que, mediante procedimientos de pura lógica y, digámoslo así, mecánicos, permitirán extraer de ella, seguramente todas las soluciones que reclaman las necesidades de la vida jurídica (...), pero de tal suerte al propio tiempo, que si los textos, cualquiera que sea la manera con que se solicite su concurso, lo niegan, debe el intérprete abstenerse de suplirlos por su propia autoridad y resignarse a sacrificar en aras de la ley, las necesidades reales más apremiantes [llegándose], a veces, a resultados extraños verdaderamente al sano instinto jurídico, cuando no desconciertan el sentido común más elemental»²⁵. Por eso entendía que en defecto de la ley, debía reconocerse también la calidad de fuentes del Derecho a la costumbre, a la tradición (como hechos reveladores de un sentimiento jurídico) y a las «autoridades», término con el que hacía alusión a los precedentes judiciales y a las opiniones de la doctrina²⁶. Pero incluso cuando las fuentes formales fallan, Gény no tiene tapujos en reconocerle al juez una función legislativa, creando la regla de solución al caso a partir de su exploración en lo que él denomi-

23 Cfr. «Uber Lücken im Rechte». En: *Juristische Blätter*. 1888, pp. 365 y ss., citado por VILLAMAYOR MORGAN-EVANS, E. *El elemento valorativo en la interpretación del Derecho*. Tesis Doctoral / Universidad de Extremadura, Cáceres, 2001, p. 233.

24 Cfr. GÉNY, F. *Método de interpretación y fuentes del Derecho privado positivo*. Comares, Granada, 2000, p. 48.

25 Cfr. GÉNY, F. Op. cit. p. 198.

26 Cfr. GÉNY, F. Op. cit. p. 184.

na los «principios objetivos de la naturaleza de las cosas», cuyo adecuado uso es incompatible con la arbitrariedad subjetiva²⁷.

Similares posiciones a las de Gèny tenían Adickes (quien recomendaba que el procedimiento interpretativo alemán siga al británico), Spiegel (quien afirmaba que los partidarios de la teoría interpretativa tradicional, sin saberlo, eran también partidarios del absolutismo del Estado del que era heredera), Erich Jung (quien consideraba que el Derecho vigente es aquel que tiene a su favor el convencimiento social de su justicia, por lo que Derecho vigente y Derecho justo, son, en última instancia, conceptos idénticos) y Emilio Lask (para quien la estructura teleológica del Derecho, impedía comprenderlo utilizando los medios científicos de las ciencias naturales, requiriéndose su compenetración con lo práctico; en tal sentido, entendía que la ley era sólo uno de los datos a partir de los cuales la jurisprudencia, mediante una actividad creadora, obtenía el Derecho vigente).

Finalmente, otro cultivador importante del Derecho libre fue German Kantorowicz. Según este autor, sea que hablásemos de «Derecho justo», de «descubrimiento libre del Derecho», de «normas culturales», de «ponderación de intereses» o de «juicios de valor», lo cierto es que todo operador jurídico, y principalmente el juez, se sirve de principios para valorar, completar, desenvolver o derogar el Derecho estatal. Por su propia función se trata de elementos que no pertenecen al Derecho estatal, pero que sin duda forman parte del Derecho como concepto más amplio. No obstante, se preocupaba de alejar su postulado también del Derecho natural clásico, pues, a diferencia de éste, no consideraba que se trate de principios con vocación de validez general, universal y más allá de todo tiempo y espacio, sino de principios que siguen la suerte del cambio y del dinamismo social, de una realidad cotidiana, a veces, en tímida quietud, pero muchas otras, en incesante transformación. Asimismo, en oposición al iusnaturalismo más radical, consideraba que no basta que los principios que abren el marco de apreciación del juez se encuentren en el plano etéreo, sino que para su eficacia y reconocimiento plenos, es necesario algún grado de reconocimiento en el Derecho positivo. En dicha línea afirmaba: «El derecho libre constituye el *suelo* del que el Derecho estatal dimana: casi todos los pensamientos legislativos han existido con anterioridad como principios del Derecho libre. Toda *crítica* del Derecho estatal, de la cual emana su progreso, desprenderá con necesidad lógica su módulo del Derecho libre»²⁸.

Kantorowicz criticaba arduamente el artículo 4 del Código civil francés²⁹, pues presumía que se fundamentaba en el dogma de la plenitud hermenéutica de la ley. Consideraba que en el ordenamiento positivo

27 Cfr. GÈNY, F. Op. cit. p. 409 y ss.

28 Cfr. KANTOROWICZ, G. «La lucha por la ciencia del Derecho». En: AA.VV. *La ciencia del Derecho*. Losada, Buenos Aires, 1949, p. 335.

29 «El juez que rehuse juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia».

habían «tantas lagunas como palabras» y que «únicamente el Derecho libre, con la espontaneidad de sus decisiones y la plasticidad emotiva de su contenido frente al caso dado, puede colmar las lagunas y, de hecho, siempre las colmó»³⁰.

Como puede observarse, acaso la única coincidencia entre los defensores del Derecho libre, sea su discrepancia con la escuela de la exégesis, es decir, con la supuesta plenitud e infalibilidad de la ley y con el tratamiento de su interpretación a manera de procedimiento plenamente lógico, matemáticamente consecuencial o subsuntivo. Pero a partir de ello, las maneras cómo combaten estas tesis son diversas y difusas. No obstante, este movimiento expuso con abierta sinceridad algo que hasta entonces, cuando menos en el ámbito del *civil law*, sólo se aceptaba en la silenciosa introspección del jurista o a media voz en algunas aulas de Derecho: la interpretación del Derecho (que no puede ser identificado sin más con la ley), más allá de la metodología formal que adopte, en diversas oportunidades (usualmente las que traslucen casos más complejos), es un ejercicio abierto a valores.

Cuál sea el contenido de esos valores y cuan objetiva o subjetiva sea su concretización, son factores que dependen mucho de la precomprensión del asunto. Sin embargo, si alguna verdad mínima se puede predicar de ellos es que escapan a la mera positividad del ordenamiento. Tales valores despiertan a la luz de las específicas características del caso, pero se encuentran influenciados por los rasgos de la cultura y el sentimiento del «deber ser», forjados en un espacio y tiempo determinados. Ello no supone desconocer que en grado principal, dicha influencia proviene también del Derecho positivo, pues en el común de los casos éste es cabal traducción de esa cultura. Ocurre tan sólo que no es el único elemento influyente, y que, en última instancia, su desfase con los valores preeminentes, le llevan a ceder frente a éstos.

Esta nueva concepción del Derecho trae consigo una redimensión de la función del juez, pues si bien el legislador también debe tener en consideración los valores al momento de dictar la ley, la determinación de si dicha ley es en efecto compatible con ellos, se pone a prueba en el momento de su aplicación. Será al juez a quien en última instancia corresponda buscar la compatibilidad entre ley y valores, de forma tal que el Derecho positivo atienda a su finalidad, a saber, componer las relaciones sociales. Y en caso de no alcanzarse tal compatibilidad ¿será preciso que el juez aplique la ley? Es manifiesto que atribuir al juez la capacidad de concretizar el Derecho a la luz de valores y atribuirle la capacidad de eximirse de aplicar la ley, son dos caras de la misma moneda.

Es particularmente significativa esta idea de Reichel, estrechamente relacionada con lo que acabamos de afirmar:

«La ley sirve al orden. Para que este orden se mantenga y garantice debe poseer autoridad; por lo tanto, en principio será inviolable. Así, pues, aunque en grado bastante elevado sea injusto y contrario al fin, debe

30 Cfr. KANTOROWICZ, G. Op. cit., p. 338.

mantenerse. (...). Pero todo tiene sus límites, aún la obediencia hacia a la ley. Sería la obediencia pasiva de un cadáver sostener también la ley allí donde el buen sentido aprecia que sólo por su forma merece aún el nombre de una ley jurídica. Este es el caso, no solamente cuando es injusta o contraria al fin, sino además precisamente inmoral. Pero es inmoral cuando se pone en contradicción con la conciencia universal general de la época. Seguir y aplicar tal ley equivale a dejar que se precipite en un abismo un vehículo lleno de pasajeros pudiéndolo evitar. A hacer esto no está en absoluto obligado ni puede hacerlo un juez que sea un hombre de ideas morales, que es el servidor profesional de la comunidad moral. (...). Lo que expongo no es sólo un principio moral, sino también un principio de Derecho, pues también se pone a debate un asunto jurídico. Si, por ejemplo, se hallase un mandato legal en oposición con la conciencia civilizada general, moralmente puesta de relieve, se hallaría amenazada la autoridad del Derecho. (...). [En ese caso], el juez tiene que servir al Derecho, pero no a aquel trozo de papel que denominamos ley. Ésta no es fin por sí misma, sino sólo medio para un fin, medio por cuya autoridad se produce el orden. Así pues si la ley concreta es abiertamente opuesta a ese fin, en tanto en cuanto por su contenido quebranta precisamente aquella autoridad, es misión del juez dar preferencia al fin sobre el mero medio, poniendo el servicio del fin sobre el del simple medio»³¹.

Siendo que el texto se circunscribe a una época en la que la Constitución aún no era concebida como estricta norma jurídica, ni siquiera se la menciona. Pero, según veremos luego, pocos años más tarde, la referida moralidad se convertiría en la moralidad que da fundamento a los derechos fundamentales, es decir, en la moralidad reflejada en el valor de la dignidad humana³².

Aunque el movimiento del Derecho libre fue atacado desde diversos flancos, sus postulados tuvieron eco en la propia legislación. Así por ejemplo, su traducción más fiel se observa en el artículo 1 del Código Civil suizo, el cual establece: «La ley rige todas las materias que estén dentro de la letra o del espíritu de cualquiera de sus mandatos. A falta de una ley aplicable el juez debe dictar sentencia de acuerdo con el derecho consuetudinario, y a falta de una costumbre, de acuerdo con las reglas que él establecería si tuviera que asumir el papel de legislador. Debe, sin embargo, extraer su inspiración de las soluciones consagradas por la doctrina de los juristas y la jurisprudencia de los tribunales».

31 Cfr. REICHEL, Hans. Op. cit., pp. 135 a 136.

32 Por ello no debe asombrar la semejanza que tiene la tesis de Reichel con la que sería sostenida por Gustav Radbruch 25 años más tarde, luego de la segunda guerra mundial, cuando se comprende bien que la Constitución vincula no sólo desde un punto de vista formal, sino también, y fundamentalmente, sustantivo. La tesis de Radbruch quedaba resumida en la máxima «la injusticia extrema no es Derecho» (Cfr. RADBRUCH, Gustav, y otros, *Derecho injusto y derecho nulo*. Aguiar, Madrid, 1971).

Asimismo, el Código civil alemán (BGB) de 1900 recogía diversos artículos que conferirían al juez un importante grado de discrecionalidad en la apreciación e incluso creación del Derecho aplicable al caso. Entre ellos se encuentra su §138 que establecía la nulidad de todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres, el §157 que ordenaba al juez atenerse como intérprete a los usos sociales, el §242 que incluía la cláusula de la buena fe y la proscripción del abuso del Derecho, y el §826 que volvía a hacer alusión a las buenas costumbres como canon de determinación de la indemnización que corresponde pagarse por causar un daño intencionalmente.

Así pues, en el Derecho privado quedaba ya expuesta la imbricación entre Derecho y moral, y la carga valorativa subyacente en la interpretación de juez, identificada con un alto grado de creación jurídica. Sin embargo, el nexo tardaría un poco más en apreciarse a nivel del Derecho público. En dicho retraso mucho tuvo que ver la teoría pura del Derecho kelseniana, presidida por un positivismo metodológico que permitía separar Derecho y moral, y que partía de la máxima «cualquier contenido puede ser Derecho»³³.

Como se sabe, en el marco del Derecho continental, fue Hans Kelsen quien ideó el sistema concentrado de constitucionalidad de las leyes, plasmado en la Constitución austriaca de 1920, dejando clara la supremacía jurídico-normativa de la Constitución. Sin embargo, la teoría de Kelsen no se libró de verse en cierta medida influenciada por la escuela exegética. De un lado, su culto al positivismo científico le llevó a buscar evitar, en la medida de lo posible, que la concretización de los conceptos jurídicos indeterminados de las constituciones quede a merced de la interpretación realizada por la jurisdicción constitucional³⁴. Por otra parte, consciente de la vinculación absoluta a la ley en la que se ha desenvuelto el juez de su tiempo y espacio, y de la ausencia de institutos unificadores de la jurisprudencia constitucional al interior de la judicatura, prefiere concentrar la competencia contralora en una entidad ajena a los tribunales ordinarios:

33 Más claramente KELSEN señalará: «Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho» (Cfr. *Teoría pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1983, p. 205).

34 KELSEN prefería que conceptos como los de justicia, equidad, libertad e igualdad, quedaran al margen de las constituciones, pues temía que la jurisdicción constitucional les concediera un significado arbitrario sólo con el ánimo de obstaculizar el adecuado funcionamiento de los Parlamentos (Cfr. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2001, pp. 77 a 82).

«Lo más frecuente es que los tribunales no pueden examinar (...) la constitucionalidad de las leyes, en todos sus aspectos, sino verificar únicamente la regularidad de la publicación de la ley no pudiendo, por tanto, rehusar su aplicación en un caso concreto más que a consecuencia de una irregularidad cometida en su publicación.

Las imperfecciones y la insuficiencia de una anulación limitada al caso concreto son evidentes. Sobretudo la falta de unidad de las soluciones y la inseguridad que desagradablemente se hacen sentir cuando un tribunal se abstiene de aplicar un reglamento, o incluso, una ley por irregulares, mientras que otro tribunal hace lo contrario (...). La centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales, se justifica ciertamente en todos los aspectos (...)»³⁵.

La concepción originaria del control concentrado de constitucionalidad de las leyes en la Europa continental, supuso instituir una serie de límites a la ley desde un punto de vista formal y objetivo, pero no conllevó la irradiación normativo-vinculante de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, en tanto no eran aplicables por las jurisdicciones por el sólo hecho de estar recogidos en la Constitución, sino sólo en la medida en que la ley les sirva de cauce. De esta manera, en ningún caso el juez ordinario quedaba desatado de la ley, y el legislador sólo quedaba relativamente atado a la Constitución, conforme a los criterios objetivados que pudiera evaluar el juez constitucional perteneciente a un órgano distinto del Poder Judicial.

En suma, si bien con la doctrina kelseniana queda mellada la soberanía parlamentaria, el concepto fundamentalmente procedimental de Constitución, impidió abolirla del todo. En cierto modo, el juez continuaba siendo confundido con simple aplicador del Derecho (aunque esta vez también del Derecho Constitucional), incapaz de contribuir en su concretización, a través del proceso interpretativo o integrativo³⁶. El efecto *erga omnes*, atribuido a la sentencia recaída en los procesos de inconstitucionalidad, no generaba así mayor polémica, porque se limitaba a confirmar la constitucionalidad del ordenamiento dado o a realizar una simple operación de resta, expulsando la disposición reputada inconstitucional. Mientras en el resto de procesos, la sentencia continuaba siendo Derecho sólo para las partes, limitando sus efectos a los de la *res judicata*.

35 Cfr. Kelsen, H. Op. cit., pp. 43 a 44.

36 Sin duda, y aunque muchas veces se pase por alto esta idea, una de las razones por las que el despertar del efecto vinculante de los derechos fundamentales se produce tardíamente en los países de tradición romano-germánica, es justamente por este modo formal de concebir el Derecho, al que ciertamente no se ajusta el modo en que debe ser entendida la Constitución. La Constitución es la norma que reconoce los derechos fundamentales, y mientras a ella acompañe una lectura estática y abstracta del Derecho, aquéllos sucumbirán en el letargo de la ineficacia. La Constitución es una norma viva, que aborrece la estática, y que, por el contrario, reclama el dinamismo.

Cuando hacia inicios de la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia de los sucesos de la segunda guerra mundial, en la Europa continental se asienta la idea de la connotación jurídico-vinculante de los derechos fundamentales enunciados en las constituciones³⁷, las competencias de los tribunales constitucionales se redimensionan. La estructura abierta de las disposiciones constitucionales, usualmente presentadas a manera de principios y no de reglas, particularmente en lo que al reconocimiento de los derechos humanos se refiere, da lugar a que se abra paso la teoría de la interpretación constitucional como una categoría distinta y más compleja que la interpretación jurídica clásica de la que con tanto rigor se había ocupado Savigny³⁸.

Ello desencadena que el modelo originario de jurisdicción constitucional concentrada aborta, no sólo por su errónea comprensión de la naturaleza de la *lex legum*, sino porque las nuevas competencias interpretativas derivadas de la distinta connotación estructural y moral del objeto de la interpretación (las disposiciones de derechos fundamentales) hacen del juez constitucional ya no sólo un legislador negativo, sino un ente con capacidad de crear nuevas normas al interior del ordenamiento, producto de este complejo proceso que subyace en la búsqueda de interpretar las leyes de conformidad con los contenidos axiológicos de la Constitución y de los efectos *erga omnes* de la sentencia constitucional recaída en el proceso de inconstitucionalidad.

Asimismo, en vista de la concesión a determinados tribunales constitucionales de la competencia para enjuiciar la validez constitucional de determinados actos de los poderes públicos cuando sean acusados de violar el contenido protegido de los derechos fundamentales (hablamos particularmente del proceso de amparo³⁹), los entendidos comienzan a preguntarse sobre los efectos vinculantes de los criterios normativos plasmados en las sentencias recaídas en dichos procesos. Estas causas dan

37 Como bien ha afirmado César LANDA, en la misma línea de lo expuesto por H. KRÜGER (*Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*. Göttingen, Vandell & Ruprecht in Göttingen, 1950, p.12), hasta finalizada la segunda guerra mundial «los derechos fundamentales eran válidos sólo en el marco de la ley; mientras que en adelante la ley sólo era válida en el marco de los derechos fundamentales» (Cfr. «Dignidad de la persona humana». En: *Cuestiones Constitucionales*, N.º 7, 2002, p. 117).

38 Atendiendo a ello, Francisco RUBIO LLORENTE ha señalado que en la actualidad la teoría de la interpretación constituye el núcleo mismo de la teoría de la Constitución y del Derecho Constitucional (Cfr. «Problemas de la interpretación constitucional». En: *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*. N.º 3 - 4, 1988, p. 40).

39 En Alemania el proceso de amparo fue recogido en la Ley del Tribunal Constitucional Federal del 12 de marzo de 1951, y se instituye a nivel constitucional a través de la reforma constitucional del 29 de enero de 1969, específicamente, en el artículo 93.1.4.ª de la Ley Fundamental de Bonn. La Constitución austriaca lo hace en sus artículos 140.1 y 144, merced a la reforma constitucional del 15 de mayo de 1975. La Constitución española de 1978 lo prevé en su artículo 161.1.c.

mérito para ventilar las sustantivas similitudes entre la clásica doctrina del precedente constitucional norteamericano nacida a partir del análisis de los hechos enjuiciados en los procesos en los que se encuentra en entredicho la eventual afectación de un derecho fundamental, y el efecto vinculante de la *ratio iuris* contenida en una sentencia del intérprete supremo de la Constitución en un proceso como el amparo.

Así pues, a partir de la década del 50 se empieza a comprender que el fundamento axiológico del Derecho se reconduce a la dignidad humana manifestada en los derechos fundamentales. En consecuencia, pasan éstos a ser concebidos como el rostro de aquella moralidad cargada en valores que años antes se había manifestado tímidamente en ciertos componentes del Derecho privado, pero que ahora se revelaban como el fundamento de todo el Derecho (privado y público).

La prueba de la estrecha relación que existía entre los conceptos jurídicos indeterminados que originariamente encontraron asidero en la regulación privada y los valores que luego se incorporarían en el contenido de los derechos fundamentales, se encuentra en la sentencia del caso Lüth emitida por el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA) en el año 1958. Recordemos que Erich Lüth, quien en el año 1950 se desempeñaba como director de la oficina estatal de prensa de Hamburgo, exhortó a los distribuidores y espectadores de la película *La amada inmortal* de Veit Harlan —quien poco tiempo antes había dirigido la película antisemita *El judío Süß*— a boicotearla. Su temor era que Harlan, uno de los exponentes más importantes de la persecución de los judíos, reabriera heridas ya cicatrizadas. Harlan obtuvo del Tribunal de Hamburgo un mandato provisional contra Lüth, prohibiéndole tentar el boicot por considerarlo contrario a las buenas costumbres a las que hacía alusión el §826 del Código civil. El TCFA declaró la nulidad de la prohibición por considerarla contraria al derecho fundamental a la libertad de expresión del recurrente. No es este el lugar en el que quepa un análisis detallado de esta sentencia que representó un hito en el efecto irradiatorio de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y en todos los ámbitos del Derecho. Lo que ahora importa es resaltar el nexo que el TCFA aprecia entre los estándares abiertos recogidos en la legislación civil y los derechos fundamentales como valores. Las cláusulas generales de los artículos §§ 138, 242 y 826 son apreciadas por el TCFA como la puerta de entrada a los derechos fundamentales, «pues al decidir lo que estos mandatos sociales ordenan en el caso particular, hay que partir en primer término del conjunto de concepciones valorativas que el pueblo ha alcanzado y que ha plasmado en su Constitución en un momento determinado de su desarrollo espiritual-cultural»⁴⁰.

A diferencia de la cultura jurídica decimonónica, en la que el Derecho de los Códigos (principalmente, del Civil), era entendido como el Dere-

40 BVerfGE 7, 198, 205. Cfr. LIMBACH, J. «Función y significado del recurso constitucional en Alemania». En: *Cuestiones Constitucionales*. N.º 3, julio - diciembre, 2000, pp. 76 a 77.

cho común, el contenido de la Constitución pasa a ocupar ese puesto, pues se proyecta en cada una de las relaciones sociales, haciendo de los derechos fundamentales el elemento rector de la conducta humana en todo orden de ámbitos⁴¹. El fracaso del positivismo científico que por su exacerbado reclamo de certeza, condenó a los derechos al olvido, tuvo que ceder frente a la necesidad de hacer vinculantes los derechos fundamentales que, aunque indeterminados, concretizaban el principio de dignidad que situaba al poder al servicio de la realización del ser humano, y cuya determinación, en última instancia, correspondía al Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución.

2. Inglaterra y su equilibrio institucional.

Podría considerarse que Inglaterra es un mal ejemplo para iniciar el análisis de un contraste con la evolución histórica de la función del juez en el Derecho francés post-revolucionario y su proyección en el Derecho de la Europa continental. No sólo porque el «modelo inglés», por distintos factores, siempre podrá ser considerado un modelo *sui generis*, representante de un reto para cualquier analista del Derecho comparado, sino también, y fundamentalmente, porque al igual que en el caso francés, la doctrina de la soberanía parlamentaria ha jugado un rol determinante en la tradición inglesa, particularmente, luego de la Revolución Gloriosa de 1688 y 1689, años en los que —tras asumir el trono Guillermo de Orange y tener que aceptar la promulgación de la Declaración de Derechos (*Bill of rights*) impuesta por el Parlamento— se consolida tempranamente un supremo poder parlamentario.

No obstante, a diferencia del Derecho continental, en la tradición anglosajona, el ejercicio de la judicatura siempre ha sido profundamente respetado y requerido. Desde el reinado de Enrique II (de 1154 a 1189), en ánimo de hacer frente a la diversidad de sistemas jurídicos que pretendían imponer los tribunales de las distintas corporaciones (feudos, iglesias, comercios, etc.), se relegó el Derecho de los libros (*statute books*) en favor de un Derecho de sentido práctico, aplicado uniformemente por los tribunales reales (*Common Pleas*, *King's Bench* y *Exchequer*) y que imponía un Derecho común (*common law*) sustentado en las costumbres que derivaban del reconocimiento de una ley natural. En tal sentido, el Derecho no se proyectaba desde la generalidad y la abstracción positiva hacia la particularidad y la concreción, sino que, por el contrario, eran los casos los que determinaban la configuración de un Derecho (*case law*) cuyos contornos últimos debían ser dilucidados por el juez a la luz del poder de la costumbre y de la naturaleza.

Como señala Iturralde Sesma, «el *common law* se consideraba que representaba un orden racional de las reglas que gobernaban la conducta humana y la exigencia de los juristas era que se proveyera una regulación

41 Cfr. FERNÁNDEZ CARVAJAL, R. «Notas sobre el Derecho Constitucional como nuevo Derecho común». En: *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, N.º 1, 1989, p. 37 y ss.

completa; estos factores contribuían a la habilidad del *common law* para resistir la amenaza de la codificación»⁴².

Con todo, aunque menores en cantidad, las arbitrariedades de los tribunales reales dieron lugar al surgimiento del Tribunal de la Cancillería (*Court of Chancery*), y con él, al sistema de justicia del *equity* en el que se iniciaría alguna tendencia a fallar conforme a los precedentes, para restar arbitrariedad a las decisiones. Hacia 1621 se permitiría por primera vez que las decisiones del Tribunal de la Cancillería, fueran revisadas por la Cámara de los Lores (*House of Lords*). Y con la profunda reforma de la organización judicial llevada a cabo entre 1873 y 1875, a través de las *Judicature Acts*, se elimina la distinción entre los tribunales del *common law* y el Tribunal del *equity*, y todas las jurisdicciones inglesas adquieren competencia para aplicar ambos sistemas de justicia⁴³.

Pero no nos adelantemos. Aún cuando los pasajes de la historia de Inglaterra del siglo XVII pueden resumirse en la lucha entre la monarquía y el Parlamento para definir a cuál de ambos corresponde el ejercicio soberano del poder, no puede pasar desapercibida la fundamental intervención que en dicha época tuvieron ciertos pensadores liderados por Sir Edward Coke (1552-1634), en su búsqueda por relevar la función de los tribunales en la defensa y concretización del *common law* como manifestación de lo que en su momento fue denominado *Fundamental Law*.

Luego de algunos vaivenes iniciales, Coke fue uno de los principales enemigos intelectuales e institucionales del poder absolutista de la Corona, y, consecuentemente, adversario de la política de Jacobo I, quien en noviembre de 1608, oponiéndose a ciertas tendencias de los jueces, refirió que éstos no eran sino delegados suyos y que por ello el rey tenía competencia para retirar jurisdicción a los tribunales y administrarla por propia mano. Ante ello, Coke replicaría que el Derecho y los juicios que recaen sobre la vida, los bienes, la herencia y demás, son un arte difícil de dominar y requieren el amplio estudio y experiencia que caracterizan al ejercicio de la judicatura.

Tal como han recalcado Juan Ramón de Páramo y Francisco Javier Ansuátegui, «al defender el *common law* frente al Derecho regio, Coke está defendiendo también los derechos de los ingleses, ya que estos derechos están asentados, enraizados en la tradición y en las viejas leyes de Inglaterra. En el planteamiento de Coke, la defensa del *common law* está muy vinculada a la defensa de una determinada posición de los jueces en el sistema constitucional. En efecto, si para Bacon, teórico defensor de las posiciones de Jacobo I, del que fue Lord Canciller, los jueces son los leones sobre los que se asienta el trono del rey y por lo tanto son los ejecutores de sus decisiones, para Coke los jueces también son leones, pero en este caso son los encargados de defender los derechos de los ingleses frente a

42 Cfr. ITURRALDE SESMA, V. *El precedente en el common law*. Civitas, Madrid, 1995, p. 20.

43 Cfr. ITURRALDE SESMA, V. *Op. cit.*, pp. 22 y 23.

las intromisiones ilegítimas del Poder real. En un ambiente político en el cual el ejercicio del Poder por parte del monarca es absoluto, la limitación de ese Poder —tarea insoslayable de los jueces— supone un requisito de la garantía de las libertades de los individuos»⁴⁴.

Siguiendo a Javier Dorado⁴⁵, podemos afirmar que Coke era un insigne defensor de la teoría del gobierno limitado, iniciada por Henry Bracton⁴⁶. Conforme a esta teoría, existen dos tipos de prerrogativas regias: aquella extraordinaria relacionada con la paz como virtud (*gubernaculum*), mediante la cual el rey ejerce un poder discrecional (el perdón, la dispensa, declarar la guerra, la paz, etc), y aquella otra ordinaria relacionada con la justicia como virtud (*jurisdicción*), y en la que si bien el rey también es competente, actúa por delegación, a través de los tribunales, los cuales, en circunstancias límite, deben hacer prevalecer el *common law* (básicamente representado por los derechos esenciales de los súbditos) por encima de la voluntad del monarca. Entre tales tribunales, no sólo se encuentran los tribunales ordinarios, sino también el Parlamento como el más alto tribunal, que actúa, por un lado, en los casos concretos, pero también a través de la legislación que en un inicio es concebida como una función judicial, pues se entendía que la expedición de la ley era parte del procedimiento judicial, en tanto no creaba el Derecho, sino que declaraba y clarificaba un Derecho superior preconstituido, concretizándolo. Dicho de otra manera, se entendía que cuando el Parlamento legislaba no se situaba en el punto inicial de la «configuración dispositiva», sino en un paso subsecuente a él, a saber, el de su interpretación, de forma tal que lo que aparecía en las leyes era en realidad un Derecho interpretado, función muy similar a la que en la actualidad se atribuye a la sentencia judicial. De ahí la asimilación entre la función legislativa del Parlamento inglés y la función judicial. Por otra parte, cabe agregar que la ley era manifestación de los distintos estamentos presentes en el Parlamento (rey, Cámara de los Lores y Cámara de los comunes), por lo que se encuentra aquí el origen de la teoría del gobierno mixto.

Esta división de prerrogativas traía como consecuencia que el rey se encontrara limitado por el Parlamento (paradójicamente, su delegado).

44 Cfr. «Los derechos en la revolución inglesa». En: *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la modernidad, siglos XVI y XVII*. Dirección a cargo de Gregorio Peces-Barba y Eusebio Fernández, Dykinson / Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003, pp. 773 y 774.

45 Cfr. DORADO, J., *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 80 a 95.

46 Ya en el siglo XIII, Henry Bracton había resumido el sentido de las limitaciones que debían pesar sobre el monarca con su famosa frase «*Ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub deo et sub lege quia lex facit legem*» (El rey no debe estar sujeto a los hombres, pero sí sujeto a Dios y a las leyes; porque es la ley la que hace al rey). La frase ha sido recogida en la recopilación de sus trabajos *De legibus et Consuetudinibus Angliae*. Edición a cargo de Sir Traver Twiss, Rolls Ser, Londres, 1878 - 1883, Volumen I, Libro I, Capítulo 8, p. 39.

Pero, ¿cómo limitar al Parlamento? La pregunta se haría muy importante en tiempos en los que el rey tenía entre la mayoría del Parlamento a sus seguidores, y tomaría todavía más relevancia en los momentos en los que el Parlamento asumió el pleno control político de la situación (por ejemplo, en los tiempos del Parlamento largo). Coke tenía la solución del dilema, pues asumía que el *Fundamental Law* o *common law*, podía ser dividido en dos clases: un *Fundamental Law* «general» que se identifica con la totalidad del *common law*, y que es el que limita al rey, y un *Fundamental Law* «constitucional» que es identificable con lo que podría denominarse el núcleo duro o la esencia del *common law*, representado básicamente —a criterio de Coke— por los derechos de los ingleses previstos en la Carta Magna de 1215, y que es indisponible para cualquier poder del Estado, incluyendo al Parlamento⁴⁷.

Es teniendo en cuenta esta división que se comprende bien lo sostenido en el caso Bonham, dirimido por Coke mientras presidía el *Common Pleas*. El Dr. Thomas Bonham era un médico a quien el respectivo Colegio profesional, sustentándose en cartas de patente otorgadas por el rey Enrique VIII y confirmadas por leyes posteriores, había impuesto una sanción pecuniaria, además de haber ordenado su arresto por haber ejercido la medicina sin licencia. Ante ello Bonham alegaba que la obligación del uso de la licencia no alcanzaba a quienes, como en su caso, habían obtenido el grado de Doctor en la Universidad de Cambridge. Coke dio la razón a Bonham, no sólo en virtud de su alegato, sino también porque, de conformidad con la regulación pertinente, la sanción de encarcelamiento sólo podía ser impuesta a quienes además de haber ejercido la medicina sin licencia hubiesen causado daño en dicho ejercicio, lo que ciertamente no había sucedido en el caso del recurrente; pero además —y he aquí lo relevante—, dio la razón al demandante porque las leyes que habían dado lugar a las sanciones, contravenían las reglas de imparcialidad con las que el *common law* exigía actuar a toda entidad coactiva, pues las sanciones de multa que podía imponer el Colegio eran en beneficio propio en tanto buena parte de ellas tenían como destino sus propias arcas. En suma, en dichos procedimientos el Colegio médico actuaba como juez y parte.

47 Cfr. DORADO, J. Op. cit., pp. 95 a 118.

Es inevitable advertir el paralelismo que existe entre esta tesis de la división del *Fundamental Law*, sostenida por Coke, y la sostenida por el TC en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0050-2004-PI/TC (acumulados), conforme a la cual la Constitución rígida peruana, puede ser dividida en la Constitución propiamente dicha que limita a todos los poderes constituidos, y la Constitución Fundamental, conformada por la cláusula que establece el procedimiento de reforma constitucional (art. 206) y aquéllas en las que se encuentran reconocidos los derechos fundamentales de la persona, el principio del que derivan (art. 1 referido a la dignidad) y los principios políticos y estructurales que los garantizan (básicamente, el art. 45 referido al principio de soberanía popular y el art. 43 referido al principio de separación de poderes), las cuales no sólo serían límite para los poderes constituidos, sino incluso para el poder de reforma constitucional.

En atención a que la regla viciada provenía de una ley, en la sentencia del caso quedó expuesto lo siguiente: «Y aparece en nuestros libros, que en muchos casos, el *common law* controlará Actas del Parlamento y algunas veces las juzgará como totalmente inválidas; porque, cuando un Acta (Ley) del Parlamento va contra el sentido común y la razón, o es repugnante o imposible de poner en práctica, el *common law* la controlará y juzgará que tal Acta es inválida»⁴⁸.

Desde esta perspectiva, el *common law* estaría representado por una *Ancient Constitution* (Constitución antigua), algo así como un Derecho inmemorial fundado en la razón y en la naturaleza, y manifestado en las costumbres más arraigadas. En palabras de Sommerville, «lo especial del *Common Law* era que no sólo tenía que ser conforme al Derecho natural, sino que era, o al menos estaba muy cerca de ser Derecho natural (...). El *Common Law* se consideraba como un producto de la razón y de la costumbre, y cada uno de estos dos elementos fortalecía y contribuía al otro. Las costumbres tenían que adecuarse a la razón si querían convertirse en Derecho. Pero igualmente, la razón tenía que pasar el *test* del tiempo (...) El *Common Law* era la «razón experimentada», un conjunto de normas que no sólo eran racionales, sino que habían probado que lo eran a través de los siglos»⁴⁹. Teniendo en cuenta esta concepción de Derecho será fácil advertir cómo es la costumbre, pero la costumbre racionalizada, la que se pone a prueba cada día en los estrados jurisdiccionales, de forma tal que es en los tribunales en los que el *common law* se afirma, tejiendo una red jurídica que se hilvana desde la realidad (y la racionalidad) hacia la generalización, pues sólo si la decisión real es además racional, es susceptible de generalizarse. Como se ve, aún cuando en un inicio el sistema inglés no tiene prefigurado el instituto del precedente vinculante, es en los tribunales en los que no sólo se decide, sino que se hace el Derecho.

Por ello, a pesar de su origen racional y natural inmutable, el Derecho muta y se adapta, a través de lo que Coke denomina una «razón artificial», es decir, a través de la evaluación técnica del juez estudioso capaz de plasmar la «recta razón judicial». Para Coke lidiar con el *common law* era necesariamente una labor reservada a expertos⁵⁰. Se valía del concepto de

48 Cfr. 8 Rep. 114, 118, citado por Carleton KEMP ALLEN. *Las fuentes del Derecho inglés*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969, p. 646. Sobre la importancia de esta sentencia, entre otros muchos trabajos, cfr. BIANCHI, A. *Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales*, De Palma, Buenos Aires, 1992, pp. 52 a 59; también, BLANCO VALDÉS, R. *El valor de la Constitución*. Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp. 119 a 120; asimismo, DORADO, J. Op. cit., pp. 67 a 70.

49 Cfr. SOMMERVILLE, J.P. *Politics and Ideology in England, 1603-1640*. Longman, London, 1986, p. 93. Citado por Dorado, J. Op. cit., pp. 106 a 107.

50 «[L]a razón es la vida del Derecho, el propio *Common Law* no es nada más que razón; el cual debe entenderse como la perfección artificial de la razón, conseguida por el largo estudio, observación y experiencia, y no la razón natural de cada hombre (...). Esta razón legal *est summa ratio*. (Cfr. COKE,

razón artificial como la única capaz de advertir el desenvolvimiento de las reglas del *common law* en la realidad concreta y vislumbrar si correspondía o no un hito de (re)adaptación (un *overruling*).

Será Thomas Hobbes (1588-1679) quien hará frente a los planteamientos de Coke. Antes de escribir el *Leviatán* (1651), Hobbes fue testigo de excepción de las arbitrariedades cometidas por los Estuardo Jacobo I y Carlos I, de las consecuentes tres guerras civiles inglesas del siglo XVII, y de los primeros actos de terror llevados a cabo por el régimen de intransigencia y persecución religiosa de Oliver Cromwell durante la única República inglesa (1649 - 1660). Este contexto explica en buena medida por qué Hobbes no tenía mayores esperanzas cifradas en la naturaleza humana⁵¹. Entiende que en el estado de naturaleza el hombre es manejado por sus pasiones y convive en un ambiente caracterizado por el temor a la muerte violenta. La salida frente a esa situación es el pacto en virtud del cual y de consuno todas las voluntades y fuerzas sean unificadas en la persona del soberano, quien tendrá como única obligación verdadera garantizar la seguridad, y cuyo poder será irrevocable, indivisible y absoluto. En tal medida, el soberano personifica al legislador supremo y al juez supremo, por lo que la idea de que la labor normativa pueda ser dividida en órganos distintos y diferentes pasos subsecuentes (configuración dispositiva-interpretación), es incompatible con su doctrina. Dos poderes supremos cohabitando es sinónimo de dividir la voluntad unificada del pueblo y, por consiguiente, un peligro inminente para la seguridad como valor fundamental del *pactum societatis*.

Es en base a estas premisas que la idea de Coke conforme a la cual el contenido mandatario de las leyes debe ser determinado a la luz de la razón artificial experimentada de los jueces, causará perplejidad a Hobbes, considerándola abiertamente errónea:

«Conviene nuestros juristas en que [la] ley nunca puede ser contra la razón; afirman también que la ley no es la letra (es decir, la construcción legal), sino lo que está de acuerdo con la intención del legislador. Todo esto es cierto, pero la duda estriba en qué razón habrá de ser la que sea admitida como ley. No puede tratarse de una razón privada, porque entonces existiría entre las leyes tanta contradicción como entre las escuelas; ni tampoco (como pretende sir *Ed. Coke*) en una *perfección artificial de la razón, adquirida mediante largo estudio observación y experiencia* (como era su caso). En efecto, es posible que un prolongado estudio aumente y confirme las sentencias erróneas: pero cuando los hombres construyen sobre falsos cimientos, cuanto más edifican ma-

Edward. *The first part of the Institutes of the laws of England, or a Commentary upon Littleton*. Edición a cargo de F. Hargrave, C. Butler y R. Brooke, Londres, Volumen I, 1794, parágrafo 97 b).

51 Sobre la relación texto-contexto que debe ser tenida en cuenta al revisar el *Leviatán* hobbesiano, puede revisarse nuestro trabajo «El estado de naturaleza artificial de Thomas Hobbes». En: *Hechos de la justicia*. N.º 9, Año 4, 2006 (www.hechosdelajusticia.org/N009/hobbes.htm#_ftnref2).

yor es la ruina; y, además las razones y resoluciones de aquéllos que estudian y observan con igual empleo de tiempo y diligencia, son y deben permanecer discordantes: por consiguiente no es esta *jurisprudencia* o sabiduría de los jueces subordinados, sino la razón del Estado como hombre artificial, y sus mandamientos, lo que constituye la ley. Y siendo el Estado, en su representación, una sola persona, no puede fácilmente surgir ninguna contradicción en las leyes; y cuando se produce, la misma razón es capaz, por interpretación o alteración, para eliminarla. En todas las Cortes de justicia es el soberano (que personifica el Estado) quien juzga. Los jueces subordinados deben tener en cuenta la razón que motivo a su soberano a instituir aquella ley, a la cual tiene que conformar su sentencia; sólo entonces es la sentencia de su soberano; de otro modo es la suya propia, y una sentencia injusta, en efecto»⁵².

Así pues, a criterio de Hobbes, que la interpretación de la voluntad del soberano reflejada en la ley pudiese recaer en alguien distinto del propio soberano, haría de aquél el verdadero detentador del poder absoluto, por lo que desde su perspectiva el postulado de Coke resultaba inaceptable. Las órdenes y prohibiciones no eran fruto de la sabiduría de los expertos, sino de la voluntad del soberano, por lo que, a diferencia de los súbditos, éste no se encontraba limitado por las leyes. De ahí su famosa frase «*auctoritas, non veritas, facit legem*» (la autoridad, no la sabiduría, hace la ley). En consecuencia, consideraba que el soberano no debía encontrarse limitado por un concepto tan difuso como aquél representado por la filosofía del *common law*. El único *Fundamental Law* sería la *solus populi* (la seguridad del pueblo)⁵³.

Las tendencias absolutistas de Jacobo I y Carlos I, y los postulados de Hobbes, en ese orden, lograrán evitar que la teoría del gobierno limitado de Coke pueda enraizar en tierras inglesas. De ello sabrá sacar provecho el Parlamento luego de la Revolución Gloriosa de 1688 y 1689, en la que finalmente logra abatir las pretensiones monárquicas absolutas, instaurándose, como dijimos, una soberanía parlamentaria.

Empero, cabe hacer algunas precisiones. Cierto es que en un inicio, aunque sólo parcialmente, la doctrina de la soberanía parlamentaria se alimentó de las ideas hobbesianas, conforme a las cuales la soberanía no sólo podría recaer en un hombre, sino también en una asamblea. Sin embargo, sería erróneo afirmar que dicha doctrina, tal como fue configurándose en el devenir del tiempo, pueda ser simplemente identificable con la idea de un poder parlamentario absoluto. Ello se debe, cuando menos, a dos motivos. En primer lugar, la concepción de un *common law* como un

52 Cfr. «Leviatán» En: HOBBS, T. *Del ciudadano y Leviatán*. Traducción de Enrique Tierno Galván y M. Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1989, Capítulo XXVI, p. 173.

53 Cfr. HOBBS, T. *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*. Traducción a cargo de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1992, p. 23.

Derecho superior difuso, natural y racional, pero existente, se mantuvo. A ello contribuyó John Locke (1632 - 1704), quien si bien resaltaría la superioridad del poder legislativo y la infalibilidad de la ley, centró su tesis en las denominadas «eternas e inmutables leyes de la naturaleza», prisma muy similar a aquél con el que Coke identificaba el *Fundamental Law* indisponible para el legislador. De esta forma, la idea de un *common law* como un Derecho superior difuminado en diversos documentos (la mayoría muy antiguos) es una premisa que de cierta manera limita al Parlamento. Prueba de ello es que si, por ejemplo, en la actualidad se le preguntara a algún parlamentario inglés si considera que la ley puede disponer de los derechos recogidos en la Carta Magna de 1215 (hasta hoy vigente), según la connotación que hoy en día han alcanzado (gracias, en mucho, a la jurisdicción), con seguridad respondería que eso es impensable.

Y esto nos lleva al segundo motivo: la gran ascendencia institucional y social de la jurisdicción. El vital papel que desempeñaron los jueces en la formación histórica del Derecho inglés, genera que los criterios expuestos por los tribunales continúen siendo muy respetados. La capacidad de legislar y la capacidad de interpretar, se mantienen como dos cauces en equilibrio armónico, en buena parte gracias a que la interpretación final de la organización judicial reside en un órgano inserto en el Parlamento (la *House of Lords*). Incluso, cuando de la mano del Parlamento, el derecho legislado (*statutory law*) iba adquiriendo un singular prestigio, las facultades interpretativas del juez se mantuvieron intactas, con miras a compatibilizar las Actas del Parlamento con los designios del *common law*. Un buen ejemplo de ello se observa en el caso Heydon de 1584, en el que se estableció: «el deber de todo juez es procurar siempre una interpretación que suprima los males y ponga en práctica el recurso, y evitar sutiles invenciones y evasiones en favor de la continuidad de dichos males, y *pro privato commodo*, y dar fuerza y vigor al remedio y recurso según las verdaderas intenciones de los creadores del Acta *pro bono público*»⁵⁴.

A pesar de las reticencias de Hobbes, la judicatura ha mantenido una amplia competencia para concretizar a través de casos judiciales los alcances de ese difuminado Derecho constitucional inglés. Aunque también es cierto que fue justamente el alto grado de indeterminación de un Derecho originariamente sustentado en la costumbre, el que generó una amplia polémica sobre la relación del juez con el *common law*.

Así, para ciertos autores que se encontraban convencidos de la existencia y el valor de un Derecho inmemorial —entre los que se encuentra Blackstone—, los jueces, a través de sus decisiones, se limitaban a declarar un *common law* preexistente, de forma tal que, en estricto, el juez no tenía capacidad alguna de creación jurídica. El real valor de la judicatura, residía en su envidiable capacidad para ir descubriendo la esencia de la costumbre como principal manifestación del Derecho. Los precedentes no

54 Citado por Allen, C.K. Op. cit., p. 715.

eran más que la concretización escrita de un Derecho conformado por principios consuetudinarios inspirados en la razón. Desde esta perspectiva, los cambios del precedente no eran expresión de una modificación en el Derecho, sino respuesta al descubrimiento de que la acción judicial se había desviado de aquél, por lo que era necesario su reencauce⁵⁵. En definitiva, no necesariamente existía sinonimia entre el hecho de apartarse de un precedente judicial (aunque provenga de un tribunal superior) y desconocer el Derecho vigente, puesto que aquel no era considerado constitutivo de éste, pudiendo representar su mera declaración errónea.

En contraposición a esta tesis se situaron los defensores del positivismo jurídico jurisprudencial, liderado por Jeremy Bentham y continuado por su discípulo John Austin, quienes sin reparo calificaban de «ficción pueril» la creencia de que los jueces no creaban el *common law* a través de sus decisiones, sino que a manera de oráculos vivientes se limitaban a descubrirlo por vía del ejercicio de la observación y la introspección. Para estos autores, el *common law* era un cabal Derecho de creación judicial (*judge-made law*), por lo que fallar en contra de los criterios preestablecidos por los tribunales de mayor jerarquía, suponía incurrir en una flagrante violación del Derecho.

Fue esta última tesis la que prevaleció en Inglaterra durante todo el siglo XIX, siendo asumida a nivel institucional, y abriéndose paso, consecuentemente, la doctrina del precedente vinculante, y con ella el principio *stare decisis et non quia movere*. En este escenario, se consideraba que los jueces tenían una absoluta vinculación a los precedentes judiciales que habían alcanzado la calidad de reglas uniformes en el pasado, por lo que ya no debían participar en su modificación, sino tan sólo en su observancia. La derogación del Derecho vigente debía ser una competencia exclusiva del Parlamento.

Esta visión alcanzaba a la propia *House of Lords*, que durante muchos años se consideró vinculada por sus propios criterios, sin poder modificarlos, con lo que el precedente obligatorio no sólo se instituía a nivel vertical, sino también horizontal. Esta posición fue asumida primero en el caso *Beamish v. Beamish* del año 1861, y se ratificó más claramente en el caso *London Tramways Co. v. London Country Council* de 1868.

La inflexibilidad en el seguimiento de los precedentes se mantuvo hasta la aprobación del *Practice Statement of 1966* en el que la *House of Lords* descarta que ella se encuentre sometida rígidamente a sus propios precedentes. Lord Chancellor, en representación de este supremo tribunal, lo expuso en estos términos: «Sus señorías reconocen que la adhesión rígida al precedente puede conducir a la injusticia en un caso particular y también puede restringir excesivamente el desarrollo correcto del derecho. Se declara por consiguiente la modificación de la práctica vigente: en

55 Cfr. BLAKSTONE, William. *Commentaries of the Laws of England*. Volumen I (1765), University of Chicago Press, Chicago & London, 1979, p. 63 y ss.

principio las decisiones de este tribunal deben considerarse vinculantes, sin embargo cabe apartarse de ellas cuando parezca correcto hacerlo»⁵⁶.

Con todo, conforme refiere Magaloni —siguiendo a J. Stone en su obra *1966 and all That*—, incluso antes de la *Practice Statement of 1966*, la Casa de los Lores se las había ingeniado, a través de distintas técnicas argumentativas, para desvincularse de sus propios criterios pasados, motivo por el cual cabe afirmar que la vinculación horizontal del precedente nunca fue suficientemente estricta⁵⁷.

De esta manera, puede afirmarse que con excepción de la propia *House of Lords*, los tribunales y jueces inferiores ingleses se encuentran rígidamente sometidos a los precedentes judiciales, constituyendo éstos una verdadera fuente de Derecho.

Lo dicho, sin embargo, no debe hacer perder de vista el hecho de que la doctrina de la soberanía parlamentaria ha generado que en Inglaterra la ley aparezca como una fuente de Derecho cualitativamente superior a la sentencia, particularmente desde el siglo XIX, época en la que queda consolidada la tesis conforme a la cual, mientras la ley puede derogar un precedente judicial, éste carece de la capacidad de doblegar un mandato legal⁵⁸.

Sin perjuicio de ello, el Derecho, en buena medida, ha continuado «haciéndose» en los tribunales, manteniéndose la tradición de que es en la dinámica y la pragmática de la interacción humana en donde mejor se observa y cultiva la vitalidad y fuerza de esa ciencia social.

En definitiva, cuando se dice que en Inglaterra existe una soberanía parlamentaria, se alude al hecho de que en dicho país la ley creada por el Parlamento no puede ser sometida a ningún tipo de control interórganos. Su poder positivo se afirma e inserta en el ordenamiento como imperativo para todos los poderes y la sociedad en general, sin que exista la posibilidad de que un poder distinto del propio Legislativo la supri-

56 Citado por MAGALONI, A. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. McGraw Hill, Madrid, 2001, p. 10, nota 22.

57 *Ibidem*.

58 Tal como ha destacado ITURRALDE SESMA, la posición de la *House of Lords* sobre el particular, ha sido resumida en estos términos por Lord Morris of Borth-y-Gest, en el caso *British Railways v. Pickin* [1974] AC 765, HL: «La cuestión de fundamental importancia que surge aquí es si el tribunal tendría que tomar en consideración la propuesta de que una Ley del Parlamento puede ser impugnada ante los tribunales, de tal manera que las cuestiones tendrían que tramitarse como si la ley o una parte de ella nunca hubiera sido aprobada. Yo considero que dicha doctrina sería peligrosa e inadmisibile... Cuando una ley es aprobada es definitiva, a menos que y hasta que sea modificada o derogada por el Parlamento. En los tribunales puede haber argumentos acerca de la correcta interpretación de la ley [pero] no debe haber nada en absoluto acerca de si tendría que estar en el *Statute Book*» (Cfr. *El precedente en el common law*. Op. cit., pp. 126 a 127).

ma⁵⁹, de forma tal que aún cuando resulte difícil y poco probable que un precedente de la *House of Lords* pueda ser rebatido por el Parlamento, en caso de confrontación, prevalece la ley.

Pero al lado de la ley, y en mérito a los bien ganados galardones de la administración de justicia, la sentencia, de la mano de la doctrina del precedente, revitaliza constantemente el pacto social, generándose un conveniente equilibrio entre las fuentes del Derecho, sólo comprensible a la luz de su historia y de la doctrina de un «gobierno mixto» que se fue articulando en base a una jurisdicción creadora de Derecho y de un Parlamento con potestades judiciales.

Cabe afirmar entonces que, a diferencia de la originaria soberanía parlamentaria francesa, presidida por una ley que encarna la voluntad general (Rousseau), la soberanía parlamentaria inglesa comprende bien que su ley no es la plasmación del pacto social, sino que se encuentra presidida por éste (Locke). Allí reside la razón del fracaso de aquélla; allí la razón del éxito de ésta hasta nuestros días.

3. Estados Unidos y su precedente constitucional.

La época inglesa del denominado «Parlamento largo», que tuvo reuniones intermitentes entre los años 1640 y 1660, fue suficiente para que un grupo de pensadores ingleses conocidos como *Levellers* (niveladores) o *wighs* radicales, seguidores de la doctrina del gobierno limitado de Coke (John Milton, James Harrington, Richard Overton, William Walwyn, John Lilburne, Thomas Prince, Algernon Sidney, entre otros) advirtieran con nitidez que al igual que el monarca, las asambleas también pueden poner en serio riesgo la plena vigencia de los derechos. En la base de sus tesis se sitúa la idea del *Fundamental Law* «constitucional» planteado por Coke, sin embargo, a diferencia de éste que había considerado una ventaja la indeterminación del *common law*, los *Levellers* consideraban una desventaja luchar contra la ley concreta del Parlamento con un Derecho abstracto e indeterminado representado en la *Ancient Constitution*. Por ello convinieron en la necesidad de que el pueblo, conformado por hombres libres e iguales por naturaleza, apruebe una Constitución escrita que divida al poder, haga del Parlamento un órgano limitado y revocable, y garantice sus derechos, cuya protección sería la última *ratio* del pacto⁶⁰. Entre estos derechos destacarían

59 Es cierto, sin embargo, que desde que Inglaterra ratificó la Convención Europea de Derechos Humanos (1951), adhiriéndose a la competencia contenciosa del Tribunal de Estrasburgo, todo acto estatal, aún siendo legislativo, puede ser sometido a un análisis de compatibilidad con la Convención y, eventualmente, ser invalidado. Con ello la doctrina de la soberanía parlamentaria se ha relativizado aún más. Asimismo, cabe agregar que existe un claro consenso en que la legislación de la Comunidad Europea prevalece sobre la de los Estados miembros, incluyendo desde luego al Reino Unido. Esto fue sostenido con meridiana claridad por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el Caso 6/64 Costa v. EN EL [1964] ECR 585, siendo desde entonces un criterio uniforme y reiterado.

60 Cfr. DORADO, J. Op. cit., pp. 256 a 269.

el derecho al sufragio, a la libertad religiosa, a la igualdad ante la ley, a la propiedad, a la proporcionalidad en el pago de los impuestos en relación con la riqueza, a la no autoincriminación, a un juicio rápido, a la proporcionalidad de las penas, a utilizar testigos, a un juicio por jurado en casos de que se encuentre de por medio la vida, la libertad personal o la propiedad, entre otros. Todos estos postulados serían recogidos en los tres *Agreement of the Free People* elaborados entre los años 1647 y 1649⁶¹.

A diferencia de lo ocurrido en Inglaterra, estos postulados tuvieron en las tierras de las 13 colonias el suelo fértil para propagarse, puesto que, entre otras razones, en ellas las arbitrariedades del Parlamento inglés no fueron pasajeras, sino constantes. Este escenario impedía que tenga resonancia la doctrina de la soberanía parlamentaria, asentándose, por el contrario, la certeza de que es el pueblo el detentador último del poder (soberanía popular). A su vez, situados en suelo virgen, los pobladores americanos asumen encontrarse en un estado de naturaleza del que es posible salir siguiendo el sendero de la tesis contractualista de Locke. En contraposición a lo sucedido en Inglaterra en la que el inmenso paso del tiempo impedía ubicar el momento específico de la fundación y hacía difuso el orden normativo básico, la historia situaba al pueblo norteamericano en la preciosa oportunidad de celebrar un pacto fundador, visible y concreto, que tendría su traducción normativa en la Constitución de 1787 (además de sus primeras 10 enmiendas — *Bill of Rights* — aprobadas el 15 de diciembre de 1791).

En consecuencia, en Norteamérica no se presenta el encendido debate a propósito del origen y las formas de manifestación del Derecho básico. Dicho Derecho reside en la Constitución. En ella se encuentran la estructuración del poder y los derechos esenciales del hombre expuestos claramente. Cierto es que más tarde se comprenderá que las características propias de una Norma Fundamental impiden considerarla como un texto acabado y prístino; sin embargo y por lo pronto, cuando de encontrar los fundamentos inherentes al origen del Estado se trata, no hay que recurrir a demasiadas elucubraciones, pues se conoce bien hacia dónde deben dirigirse las miradas.

Es así que la firme convicción en la existencia de unos derechos naturales del pueblo y la constatación empírica de que incluso su más directo representante (el Parlamento), puede volverse en su contra, desencadena que, en oposición a lo ocurrido en Francia, la Constitución rígida sea de inmediato concebida no como una mera norma política de alcances persuasivos, sino como una verdadera norma de Derecho (la suprema), que reconoce derechos fundamentales subjetivos inmediatamente oponibles, y a la que quedaría sometida la validez de todo acto del poder público, administrativo o normativo, incluyendo a la ley parlamentaria.

¿Pero a quién encomendar el control del Parlamento? Para todo buen entendedor del Derecho, los jueces siempre habían sido los encargados de

61 Cfr. DORADO, J. Op. cit., pp. 271 a 296.

oponerlo por la vía coactiva. Habiéndose comprendido el pleno sentido jurídico de la Constitución en atención a la fundamentalidad de sus contenidos para la preservación del Estado, era de esperarse que la capacidad de oponer sus mandatos frente a todo poder sea reservada también a la jurisdicción.

La necesidad de que los jueces puedan controlar la validez de las leyes a luz de las disposiciones constitucionales, fue debidamente advertida por Alexander Hamilton en *El Federalista*, cuyas palabras, a pesar de la extensión, vale la pena reproducir:

«No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben. Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los Tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la Legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los Tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriese que entre las dos hay discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios»⁶².

Como se sabe, estas ideas fueron recogidas a nivel jurisdiccional por el Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, John Marshall, en la famosa sentencia recaída en el Caso *Marbury v. Madison* (1803), en la que por primera vez se ejerce el control de constitucionalidad de las leyes en el reciente país independizado⁶³. Y si bien la doctrina de la

62 Cfr. HAMILTON, A.; MADISON, J. y JAY, J. *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1994, pp. 331 a 332.

63 En aquella sentencia se argumentaba en el siguiente sentido: «¿Qué sentido tiene que los poderes estén limitados y que los límites estén escritos, si aquellos

judicial review no fue pacífica por algunos años, finalmente, terminaría por imponerse⁶⁴.

Es así que cualquier vestigio de la tesis sobre la soberanía asambleísta terminó sucumbiendo en tierras norteamericanas con el surgimiento del control de constitucionalidad de las leyes, al que Tocqueville se referiría con estas palabras: «Encerrado en sus límites, el poder concedido a los tribunales americanos para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes constituye todavía una de las más poderosas barreras jamás levantadas contra la tiranía de las asambleas políticas»⁶⁵.

Así pues el carácter normativo de la Constitución y su sustento en el principio político de la soberanía popular, prontamente desaparecieron como asuntos dilemáticos. El problema en los orígenes de los EE.UU. es otro. El Estado naciente se encuentra sin un Derecho suficientemente articulado como para hacer frente al «día a día» y a las necesidades y particularidades mayores o menores de sus comunidades. La independencia sor-

a los que se pretende limitar pudiesen saltarse tales límites? La distinción entre un Gobierno con poderes limitados y otro con poderes ilimitados queda anulada si los límites no constriñesen a las personas a las que se dirigen, y si no existe diferencia entre los actos prohibidos y los actos permitidos. (...). Está claro que todos aquellos que han dado vida a la Constitución escrita la han concebido como el Derecho fundamental y supremo de la nación. (...). Quienes niegan el principio de que los Tribunales deben considerar la Constitución como derecho superior, deben entonces admitir que los jueces deben cerrar sus ojos a la Constitución y regirse sólo por las leyes» (Cfr. BELTRÁN DE FELIPE, M. y GONZÁLES GARCÍA, J. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados de América*. Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 111-112.

64 La *judicial review of legislation* es una creación jurisprudencial, pues no se encuentra expresamente autorizada por la Constitución estadounidense. Sin embargo, conviene reconocer, de un lado, que en la Convención Constituyente de Filadelfia de 1787, existía consenso en reconocer la supremacía normativa de la Constitución, e incluso se planteó la posibilidad de crear un órgano encargado de controlar la validez de los actos del Legislativo; y, de otro, que existen dos artículos de la Constitución, de cuya interpretación conjunta cabe derivar la competencia de los jueces de controlar la validez constitucional de las leyes. Dichos artículos son el tercero, segunda sección, 1 («El Poder Judicial entenderá en todas las controversias tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; (...)), y el seis, 2 («Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, (...)). En similar sentido se pronuncia Nicola MATTEUCCI. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1998, pp. 168 y 169.

65 Cfr. DE TOCQUEVILLE, A. *La democracia en América*. Alianza Editorial, Madrid, 1989, Tomo I, Capítulo VI, p. 97.

prendió al proceso de incorporación del Derecho inglés en las colonias a medio camino, por lo que podría decirse que el nuevo Estado se encontraba a merced de un Derecho en ciernes y con serios inconvenientes de articulación coherente.

A pesar de ello, era evidente que los problemas intersubjetivos no esperarían al Derecho. Por el contrario, la mejor y más rápida manera de generar un ordenamiento normativo que responda a las características a las que debe tender todo sistema jurídico (unidad, coherencia y plenitud), consistía en que los conflictos suscitados ante los tribunales se conviertan en el motor de la configuración del Derecho. Ello además permitiría que el sistema jurídico se adapte y responda a las singularidades con las que nacía la sociedad norteamericana, entre las que destacaban una amplísima clase media con avidez de desarrollar y beneficiarse de la economía, y un especial respeto por la libertad y la tolerancia religiosas⁶⁶. Estas razones, a las que se suman la influencia de los métodos jurídicos ingleses y los prejuicios hacia las asambleas parlamentarias, desplazarían a un segundo plano a las legislaturas locales y al Congreso federal, favoreciendo el protagonismo de los tribunales en la creación jurídica.

Las circunstancias reclamaban una dinámica participación del juez, pero sin una concepción del precedente demasiado rígida, no sólo porque hacia inicios del siglo XIX la idea del precedente vinculante no había madurado ni en la propia Inglaterra, sino porque no era de utilidad en un ordenamiento que debía irse estructurando en adecuación a unas necesidades todavía por descubrirse, bajo un meticuloso proceso de ensayo y error.

Es así que en poco más de 50 años los tribunales logran forjar un sólido Derecho que cada vez alcanzaba reglas más claras, sobretudo en los ámbitos comercial, financiero e industrial. A partir de entonces, hacia la segunda mitad del siglo XIX, los principales focos de poder comercial empiezan a exigir una mayor rigidez del Derecho, de la mano de la sistematización de las que podían ser objeto las principales máximas jurisprudenciales, la mayoría de las cuales se encontraban sumamente influenciadas por las teorías liberales del *laissez faire*, es decir, por postulados conforme a los cuales la autonomía e iniciativa económicas no debían verse alteradas por la intervención «artificial» de agentes extraños, menos aún si ellos provienen del Estado. De este modo, la clase económica pretendía (porque convenía a sus intereses) que en ese momento el Derecho ingrese en una abstracción similar a la del Derecho continental, y que los jueces fallen en

66 Debe recordarse que muchos ingleses vieron en las colonias de Norteamérica su lugar de exilio ante las persecuciones de las que eran víctimas por profesar una determinada confesión religiosa. Como bien ha destacado Gregorio PE-CES-BARBA, la apertura al factor religioso fue una de las características de la revolución norteamericana, en oposición a la laicidad que caracterizó a la francesa (Cfr. «Los derechos del hombre en 1789 (Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa)» En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. N.º VI, 1989, pp. 65 a 69).

atención a la regla objetiva que proscibía el intervencionismo estatal y no conforme a las condiciones sociales que rodean cada caso⁶⁷.

Estas pretensiones lograron asentarse en la mecánica judicial, lo que evidentemente desembocó en la aparición de una idea de precedente vinculante de estilo inglés, es decir, sumamente inflexible, incluso a nivel horizontal. Por algún tiempo los tribunales (incluyendo al Supremo), se encontraron cegados por el automatismo característico del formalismo jurídico.

Paradójicamente, para mantener el *statu quo* de la configuración que el Derecho infraconstitucional había alcanzado en los tribunales, el Tribunal Supremo debió desarrollar un erróneo activismo judicial en su interpretación del contenido económico de la Constitución, de forma tal que quede articulado un parámetro lo suficientemente liberalizado como para hacer frente a las políticas legislativas que, mediante una serie de medidas orientadas a una mejor distribución de la riqueza y a la protección del trabajador, buscaban acabar con el fracaso de las tendencias liberales creyentes en el idealizado mercado de la «mano invisible». Es así que durante esta etapa, que transcurrió entre los años 1890 y 1937, diversas leyes fueron consideradas inconstitucionales por afectar el derecho de propiedad, la libertad de contratación y, en general, la libertad económica de la clase empresarial.

Entre los casos más destacados, a pesar su efímera duración como criterio jurisprudencial, se encuentra *Lochner v. New Cork* (1905), que consideró inconstitucional la reducción del horario laboral de los empleados de panaderías, por considerar que afectaba el derecho a la libertad de contratación reconocido en la décimo cuarta enmienda constitucional. Posteriormente, en *Adkins v. Children's Hospital* (1923), y por el mismo motivo, el Tribunal invalidó una ley congresal que establecía un salario mínimo para la mujer en el distrito de Columbia. Asimismo, fueron declaradas inválidas diversas leyes que pretendían establecer una regulación de precios (*Wolff Parking Co. v. Court of Industrial Relations —1923—*, *Tyson and Bros. v. Banton —1927—*, entre otros)⁶⁸.

En esta etapa el Tribunal Supremo se encontraba confundiendo el activismo judicial con una abierta y contraproducente intervención en la política pública, pretendiendo subrogarse al legislador en materias que por encontrarse dentro del marco de su libre configuración le resultan privativas. En ese sentido, Wolfe ha señalado que en estos casos «no era la voluntad del pueblo encarnada en la Constitución la que se hacía cumplir, sino más bien la propia voluntad de los jueces, basada en su(s) concepción(es) (que en gran parte reflejaban simplemente los ideales que entonces prevalecían en la profesión legal) de la adecuada política pública»⁶⁹.

67 Cfr. MAGALONI, A. Op. cit., p. 12 a 16.

68 Cfr. WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Civitas, Madrid, 1991, pp. 210 a 213.

69 Cfr. Op. cit., p. 217

El inflado auge económico provocó un incremento del endeudamiento de la clase media, así como en una exagerada especulación bursátil que devino en un abrupto desplome financiero, cuyo punto de inicio suele situarse en el famoso «Jueves negro» del 24 de octubre de 1929, día en que quiebra la bolsa de Nueva York.

Luego de algunos intentos fallidos del presidente Herbert Hoover, su sucesor, Franklin Roosevelt, buscó hacer frente a la crisis a través de una política legislativa (conocida como la política del *New Deal*) orientada a reactivar la economía por vía del consumo, la inversión, la regulación de distintos sectores productivos, y controles bancarios más estrictos. Empero, el Tribunal Supremo dirigido por un *classical legal thought* relacionado con el seguimiento de sus propios criterios, se negaba a abandonar la tesis del respeto por el debido proceso económico, creación jurisprudencial que le había servido de base para echar por tierra la mayoría de medidas interventoras en la economía. En tal sentido, declara la inconstitucionalidad de muchas de las leyes del *New Deal* (la *National Industrial Recovery Act*, la *Frazier-Lemke Farm Bankruptcy Act*, la *Agricultural Adjustment Act*, la *Securities Exchange Act*, la *Bituminous Coal Conservation Act*, entre otras⁷⁰), con lo que se gana la antipatía del Ejecutivo que comienza a presentar una serie de proyectos legislativos orientados a limitar las competencias y variar la composición del Supremo Tribunal⁷¹.

Es aquí cuando se produce un punto de inflexión en los acontecimientos. No sólo resultaba que las competencias del máximo tribunal se veían amenazadas, sino que el formalismo jurídico en la comprensión de la doctrina del precedente había demostrado su perversidad. Frente a ello, se produjo una revolución académica que, de un lado, postuló la idea de una Constitución razonablemente abierta a las políticas públicas del legislador, en la que residían una serie de derechos fundamentales que no protegían una específica concepción de la sociedad o de la economía, sino una equilibrada diversidad de opciones; y, de otro, restituyó la confianza en un Derecho que sepa ser traducción de un ponderado equilibrio entre continuidad y cambio. Encontrar ese equilibrio suponía reemplazar la concepción del juez apegado a la rigidez del ordenamiento, por la de un operador interdisciplinario, abierto a valores, particularmente sensible frente a los nuevos requerimientos sociales y comprensor de que el Derecho no es un sistema absolutamente preconstituido y tampoco absolutamente indeterminado, sino una herramienta que se impone por su autoridad, pero también por su capacidad de adaptación a una realidad siempre en movimiento, y que lo necesita para encausar su timonel cuando la dirección que antes parecía

70 Sobre las incidencias en la confrontación del Tribunal Supremo con el Presidente Roosevelt, puede revisarse el libro de José Ignacio SOLAR CAYÓN. *Política y derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*. Dykinson, Madrid, 2002.

71 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Op. cit., pp. 168 y 169.

correcta, ahora se muestra amenazante, o peor aún, manifiestamente dañina para la sociedad⁷².

A partir de entonces y hasta hoy, el sistema judicial de los EE.UU. se desenvuelve bajo una doctrina del precedente jerarquizada, pero flexible, de forma tal que los órganos superiores (particularmente, el Tribunal Supremo) vinculan con sus decisiones y sus interpretaciones alcanzan a la propia Constitución del Estado; pero a su vez deben mostrarse particularmente receptivos frente a los cambios sociales y al dinamismo de los casos que se presentan en las instancias inferiores y la manera cómo éstos responden frente a ese dinamismo, de forma tal que adviertan el momento idóneo para flexibilizar o sencillamente reemplazar la regla desfasada. En este razonamiento ocupa un lugar fundamental la consideración de que si bien la Norma Fundamental vincula, su contenido no es completo ni rígido, sino inacabado y flexible, puesto sólo así puede albergar la diversidad inherente al mismo concepto de democracia y la justa ponderación que debe existir entre los distintos derechos fundamentales reconocidos, a la luz de los mutables contextos sociales.

Por consiguiente, como bien se ha apuntado, «cuando [los] factores sociales cambian es posible pronosticar también un cambio en las reglas de decisión. Sin embargo, en virtud del principio *stare decisis* vertical y horizontal, dicho cambio será colectivo, ya que lo seguirán la comunidad de jueces y no un juez en solitario»⁷³.

La suma de todos estos factores, hacían del Tribunal Supremo el punto de equilibrio de la democracia norteamericana, tal cual lo había advertido Tocqueville algunos años antes. La realidad daba razón a su aguda percepción, por lo que cobraban especial significado los rasgos que él consideraba debían identificar a los miembros del Tribunal Supremo: «Los jueces federales (...) no sólo deben ser buenos ciudadanos, hombres probos e instruidos —cualidades necesarias a todos los magistrados— sino también hombres de Estado; es preciso que sepan discernir el espíritu de su tiempo, afrontar los obstáculos que pueden vencerse y apartarse de la corriente cuando el ímpetu de ésta amenaza llevarse, junto con ellos, la soberanía de la Unión y la obediencia debida a sus leyes»⁷⁴. Excelente descripción de las características que debe ostentar todo magistrado del más alto rango, y que, sin duda, son *mutatis mutandis* extensibles a los magistrados de un TC.

72 El diagnóstico del enfrentamiento entre las concepciones del juez autómatas y el juez abierto a la axiología y a la sociedad, que se presenta en la segunda mitad del siglo XIX y la primera del XX en Norteamérica, es presentado como el conflicto entre el formalismo jurídico —uno de cuyos líderes era Christopher Columbus Langdell, en su momento decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard— y el pragmatismo instrumental —magistralmente representado por F. Cohen y O. Colmes— (Cfr. MAGALONI, A. Op. cit., pp. 12 a 24).

73 Cfr. MAGALONI, A. Op. cit. p. 23.

74 Cfr. TOCQUEVILLE, A. Op. cit., Capítulo VIII, p. 140.

Así pues, las diferencias entre la concepción de la función del juez en el pensamiento impulsor de la Revolución norteamericana y aquella que prevaleció en la Revolución francesa, son notorias; mientras en ésta el Poder Judicial se nulifica ante los mandatos del legislador, en aquélla, el juez tiene capacidad para redimensionar el ordenamiento jurídico a través de la interpretación y el precedente, e incluso para someter la ley a un juicio de invalidez en los casos en que resulte incompatible con la Constitución.

Como bien ha señalado Cappelletti, la tesis de Montesquieu sobre la separación de poderes llega reformulada a las colonias inglesas en América bajo la idea de *checks and balances* (control y balance entre poderes o también entendida como pesos y contrapesos): «tras esta expresión, se reservaba a los tribunales un papel extremadamente importante de revisión de las acciones tanto legislativas como administrativas. La *séparation des pouvoirs* al estilo francés, por el contrario, llevaba aparejada que el poder judicial asumiese un papel totalmente subordinado y en todo caso estrictamente separado del papel y las actividades de las ramas políticas; aún así, pronto se comprobó que era la fuente de dificultades tan serias como las que se habían intentado resolver»⁷⁵. Bien puede afirmarse que en la teoría de la separación de poderes de Montesquieu, sólo se aprecia una división del poder en distintos estamentos, entre los cuales, sin embargo, existe una relación de jerarquía a favor del Parlamento. El poder se divide, pero, a su vez, se escalona o piramidiza. Por el contrario, en la doctrina del *checks and balances* no sólo subyace la separación formal del poder, sino también la idea de que entre los distintos poderes resultantes, no existe una relación jerárquica, sino de balance o equilibrio, pues todos se encuentran en un mismo nivel, desde el que se controlan mutuamente y, en algunos casos, se complementan funcionalmente.

En suma, no sólo resulta que Estados Unidos adopta la doctrina del precedente, sino que en la medida de que prima el principio político de soberanía popular sobre el principio de soberanía parlamentaria, y consecuentemente, el principio jurídico de supremacía constitucional sobre el principio de supremacía legal, a diferencia de lo sucedido en Inglaterra, la capacidad de la judicatura para proyectar con efecto vinculante sus interpretaciones del ordenamiento jurídico, no se limita a la interpretación legal, sino que alcanza a la propia Constitución del Estado. Las consecuencias de ello son evidentes: si la Constitución es la norma jurídica suprema; si la Corte Suprema (y los jueces, en general) tiene capacidad para interpretarla; si a partir de la cultura del precedente cabe reconocer al criterio plasmado en una sentencia judicial como fuente de Derecho; entonces, la Corte Suprema no sólo pasa a convertirse en la suprema intérprete de la Constitución, sino que tiene la competencia para, vía interpretación, atribuir las normas adscritas a las disposiciones constitucionales, y proyectarlas con efecto vinculante a todos los poderes públicos y, por derivación, a la sociedad toda. Surge, en definitiva, el «precedente constitucional».

75 Cfr. CAPPELLETTI, M. Op. cit., p. 24.

Con lo dicho hasta ahora, hemos pretendido resaltar que históricamente han existido fuertes razones para distinguir la relación que el juez debe adoptar frente al Derecho en la tradición jurídica continental, de un lado, y en la tradición anglosajona, de otro. En una se partió de la premisa de que el juez se encuentra sometido diametralmente al ordenamiento jurídico, en la otra no hubo recelo alguno en considerar que el juez participaba en su creación.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la manera cómo se interpreta la función del juez en uno y otro ámbito, es consecuencia de una determinada posición frente a lo jurídico y no al revés. Esta idea ha sido puesta de relieve por Ahumada Ruiz: «el contraste entre los sistemas de *civil law* y *common law* no resulta de contraposiciones tales como el papel preponderante del legislador en uno y de los jueces en otro, o la posición asignada en un ordenamiento al derecho legislado frente al de creación judicial. En cierto modo, estas diferencias visibles, a menudo exageradas para resaltar el contraste, no son más que la consecuencia de lo que realmente hace la diferencia, algo más esencial y menos visible: la actitud frente al derecho, o si se quiere, la forma de concebirlo. Cuando el derecho se concibe como un sistema de normas cerrado y autorregulado, el papel del legislador en su edificación y de los teóricos de derecho en su racionalización es central. Por el contrario, concebido como una herramienta, un instrumento para resolver conflictos de intereses, tanto más perfecto cuanto mejor se adapta a esa finalidad práctica, el derecho no se entiende desconectado de la realidad sobre la que actúa, sobre la que pretende influir y que permanentemente lo pone a prueba. El laboratorio del derecho entonces está en los tribunales: el derecho se pone a prueba se desarrolla y se transforma a impulso de concretos conflictos reales que reclaman solución. La obsesión por la certeza del derecho y el afán de sistematización, tan evidentes en la construcción del *civil law*, son perfectamente comparables a la obsesión por la eficacia y la permanente preocupación por adecuar el derecho a la cambiante realidad social [*bridying the gap between law and society*] característico de los sistema de *common law*»⁷⁶.

Sin embargo, y como se ha visto, es cierto también que la evolución de ambas vertientes ha atenuado significativamente sus diferencias, de forma tal que así como el *common law* ahora tiene que convivir con una importante participación de la ley (incluso preeminente como en el caso inglés), el *civil law* también ha cedido en un concepción formalista y abstracta de la juridicidad, reconociendo el esencial rol de la jurisdicción (particularmente, de la constitucional) en la creación del Derecho.

A continuación, y sin perder de vista la fuerte influencia que tiene el componente histórico, pasaremos a analizar algunas de las características más importantes que derivan de la incorporación del precedente constitucional vinculante en el ordenamiento jurídico peruano, de determina-

76 Cfr. AHUMADA, M. Á. «Stare decisis y creación judicial del Derecho (Constitucional)». En: REDC, Año 23, N.º 67, enero - abril, 2003, p. 353.

das consecuencias que de dicha incorporación derivan, así como de las tesis que pueden impedir su éxito y relegar la plena vigencia determinados bienes constitucionalmente protegidos.

III. Análisis del precedente constitucional en el caso peruano.

Al pertenecer a la tradición romano-germánica, el sistema jurídico peruano se encuentra influido por su particular modo de entender el Derecho. Sería iluso pensar que ello vaya a cambiar completamente algún día. Basta observar cómo, por ejemplo, los esfuerzos por incorporar el instituto del precedente, pasan, necesariamente, por positivizarlo o regularlo, algo impensable en el régimen anglosajón. Qué duda cabe, sin embargo, que, atendiendo a nuestra tradición, era ése el primer paso necesario, aunque, desde luego, no suficiente.

Concientes de la imposibilidad de doblegar en su totalidad el poder de la historia (lo que, dicho sea de paso, tampoco juzgamos estrictamente necesario), debemos entender que —a pesar de lo que algunos creen— el instituto no puede pretenderse incorporar al estilo anglosajón puro (si acaso puede calificarse de «puro» al precedente en el *common law*). Si algún éxito llega a tener su funcionamiento en nuestro medio, el resultado necesariamente será una especie de híbrido, en el que encontrarán lugar parte de las bondades y defectos de las dos tradiciones, por lo que es probable que la clave se encuentre en encontrar el justo equilibrio.

Por ello consideramos pertinente partir de una definición del instituto desde una perspectiva que sea más fácilmente digerible por el pensamiento continental, pero sin que ello suponga desnaturalizar su esencia.

1. Definición de precedente constitucional vinculante y su posición en el sistema de fuentes.

Cuando Chamberlain debe ocuparse de una definición del precedente en el *common law*, refiere lo siguiente: «Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión; pero el grado de autoridad de dichos precedentes depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos o el juicio de subsiguientes tribunales sobre su corrección como una proposición acerca del derecho existente o real»⁷⁷. Acaso sólo cabría agregar que los condicionantes en la obligatoriedad del precedente son aplicables sólo para tribunales del mismo rango de aquél que lo emitió, pero no para los inferiores. Dicho de otra manera, un tribunal inferior siempre está vinculado por el precedente establecido por sus tribunales superiores⁷⁸, sin perjuicio de lo cual corresponde a aquél deter-

77 Citado por V. ITURRALDE. Op. cit., p. 31.

78 Cfr. MAGALONI, A. Op. cit., pp. 30 a 42; en concreto, pp. 32 y 38.

minar la identidad sustancial entre los casos que es la que da lugar a la obligación de aplicar el precedente.

La definición es bastante ajustada, pero evidentemente ha sido expuesta en clave anglosajona, es decir, desde el caso concreto hacia el Derecho objetivo. Consideramos que en el Derecho continental, y para efectos de que sea mejor comprendido, el asunto puede ser enfocado desde el Derecho objetivo hacia el caso concreto, aunque el punto de llegada sea en puridad el mismo. De esta manera, y aunque el positivismo científico lleva mucha responsabilidad en el modo artificial de analizar el Derecho en la tradición continental, cabe servirse de algunos de sus postulados con el único propósito de que la doctrina del precedente pueda ser mejor asumida por nuestros operadores jurídicos.

En la frase «precedente constitucional vinculante», el sustantivo «precedente» hace alusión a una particular fase de la producción normativa, distinta y posterior a aquélla correspondiente al momento de la «configuración dispositiva», entendida ésta como el acto de incorporación al ordenamiento jurídico de una disposición (constitucional, legislativa, reglamentaria...), es decir, de un texto o enunciado lingüístico, que sirve de factor principal (pero no único) a las subsecuentes fases de producción normativa.

El órgano competente de llevar a cabo la fase de «configuración dispositiva», puede ser el Poder Constituyente o el poder de reforma constitucional, cuando se trata de la Constitución; el Parlamento, el Ejecutivo (vía decretos legislativos o decretos de urgencia) o los órganos regionales y locales (vía ordenanzas regionales y municipales, respectivamente), cuando se trata de disposiciones con rango de ley; y los órganos administrativos con capacidad reglamentaria, cuando se trata de disposiciones reglamentarias.

Pero, como decíamos, la producción normativa no se agota con la «configuración dispositiva», pues con posterioridad a ella el órgano de aplicación debe asignar un significado a la disposición, adscribiéndole una «norma» que será finalmente la que resuelva el caso. Dicho de otra manera, el procedimiento de producción normativa sólo queda agotado cuando, vía interpretación o integración, se adscribe al ordenamiento dispositivo la norma que será aplicada en el caso y no antes⁷⁹.

De este modo, cuando se habla de precedente, se 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 caso futuro sustancialmente análogo. Deberá servir para

79 Sobre el concepto de normas adscritas, cfr. ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997, pp. 48 a 73; BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 75 a 84; BOROWSKI, M. *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 26 a 30. También, STC Exp. N.º 1417-2005-PA/TC, f. j. 23 a 27.

resolver el futuro caso análogo si se trata de un precedente vinculante, y sólo podrá servir para ello si se trata de un precedente persuasivo.

Dicha norma puede surgir tan sólo de la interpretación o integración directa de las disposiciones pertinentes en la resolución de la causa, con una relativa prescindencia de las características fácticas del caso. En otras ocasiones, surge de su interpretación en clara, directa e imprescindible vinculación con los hechos de la causa. En todo caso, usualmente, que los factores de los que surge la regla sean más dispositivos que fácticos o viceversa, es sólo una cuestión de grados.

Creemos que estos distintos grados son a los alude Michele Taruffo cuando describe las distintas manifestaciones que puede tener la *ratio decidendi* o *holding*, término con el que suele definirse la parte de la sentencia que encierra al precedente: «Tal vez se trata del criterio usado para calificar los hechos relevantes de la controversia y para decidir sobre ellos, con una acentuación de la referencia a los hechos. Otras veces se entiende, al contrario, el principio jurídico usado como criterio para decidir, con una acentuación sobre la norma en vez del hecho. Otras veces se entiende el argumento jurídico empleado, para justificar la decisión relativa a la calificación de los hechos o la decisión relativa a la selección de la *regula iuris*, o ambas»⁸⁰.

Así pues, a diferencia de lo que suele afirmarse, los órganos competentes para culminar la producción normativa (sobretudo en los países de *civil law*, en los que el Derecho se construye desde la abstracción y generalidad dispositiva hacia la realidad), son los órganos jurisdiccionales. Lo que no entendieron los revolucionarios franceses es que si la configuración de las disposiciones y su aplicación se separan en órganos distintos, necesariamente ocurrirá lo propio con la producción normativa, puesto que todo acto de aplicación implica dotar de significado a las disposiciones, y esa dosis de interpretación o integración es, inevitablemente, una fase de la creación del Derecho que corresponde al juez.

El adjetivo «constitucional» alude a que la regla jurídica considerada precedente surge de la interpretación de disposiciones constitucionales, de disposiciones infraconstitucionales interpretadas de conformidad con aquéllas, y/o de la evolución de la validez o invalidez de actos u omisiones a la luz de la Constitución. Es decir, para que exista un precedente constitucional, es preciso que las disposiciones constitucionales hayan participado, de forma exclusiva o no, en la creación jurisdiccional de la norma.

Como se sabe, el propósito de los procesos constitucionales *de la libertad* (amparo, hábeas corpus o hábeas data), es analizar la validez o invalidez constitucional de un acto u omisión acusada de haber afectado el contenido constitucionalmente protegido de algún derecho fundamental.

80 Cfr. «Dimensiones del precedente judicial». En: *Cinco lecciones mexicanas. Memoria del Taller de Derecho Procesal*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de Federación / Escuela Judicial Electoral, México D.F., 2003, p.199.

Al analizar la validez o invalidez constitucional de hechos o actos, la norma (precedente) emana tan sólo de la interpretación directa de las disposiciones constitucionales que sirven de parámetro para determinar dicha validez o invalidez (disposiciones iusfundamentales) y/o de su interpretación en relación directa con los hechos del caso.

Debe tenerse en cuenta que los precedentes constitucionales no sólo pueden ser surgir de los denominados procesos constitucionales, sino también de procesos ordinarios en los que la interpretación de la Constitución haya sido determinante en la creación de la norma que sirvió para resolver la causa.

Por su parte, el adjetivo «vinculante» hace referencia a la fuerza con la que se proyecta la creación de la norma para la solución de los casos futuros sustancialmente idénticos a aquél en el que fue establecida. La referencia al efecto vinculante de un dato normativo, alude a la imposibilidad que tiene el operador jurídico al que se dirige de inaplicarlo en aquellos casos en los que se tiene verificado el supuesto que desencadena su consecuencia jurídica.

La noción de lo vinculante guarda relación con el concepto de fuente de Derecho. Cuando hablamos de fuente de Derecho solemos referirnos a «aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas»⁸¹. El verdadero problema surge cuando tratamos de dotar de significado al concepto de normas jurídicas. Es evidente, por lo pronto, que en este caso el sustantivo «norma», no se agota en la adscripción de un significado a una disposición, sino que alude a un concepto más amplio. En forma general, podemos caracterizar a las normas jurídicas como datos normativos vinculantes, en el sentido descrito en el párrafo anterior, y aunque cabe hablar de normas jurídicas de alcance general y normas jurídicas de alcance particular, usualmente la teoría de las fuentes del Derecho ha operado con un concepto de Derecho objetivo que sólo incluye a las normas generales.

Así las cosas, estamos ante un precedente vinculante cuando la norma creada a nivel jurisdiccional virtualmente se incorpora al Derecho objetivo, desplegando la fuerza general que le es inherente, y consecuentemente, obligando a todo operador jurídico a aplicarla toda vez que quede identificado el cumplimiento de su supuesto normativo. Y aquí es donde por caminos distintos llegamos a una característica básica del precedente en el *common law*, pues no sólo resulta que el precedente constitucional vinculante se constituye como una verdadera fuente de Derecho, sino que la identificación del cumplimiento del supuesto normativo que dará lugar a su aplicación, se produce cuando queda determinada la identidad esencial entre los factores relevantes del caso en el que fue establecido, y los del caso que se encuentra conociendo el juez posterior de menor jerarquía.

81 Cfr. BOBBIO, N. *Teoría general del Derecho*. Temis, Bogotá, 1987, p. 158.

De esta forma, siendo el TC el supremo intérprete constitucional⁸², aunque no le corresponda en exclusiva la facultad de dictar precedentes constitucionales, sí la de dictar precedentes constitucionales vinculantes.

Asimismo, teniendo en cuenta a) que la emisión de un precedente por parte del TC supone siempre una concretización interpretativa de la voluntad del Poder Constituyente plasmada en las disposiciones constitucionales, b) que en tanto intérprete supremo, el sentido que el TC atribuye a la Constitución en un precedente se proyecta de manera vinculante para todo poder público, incluyendo al Congreso de la República, y c) que, por el contrario, las leyes no vinculan al TC a menos que éste juzgue que son compatibles con las Constitución del Estado, resulta que en el sistema de fuentes del Derecho, el precedente constitucional vinculante se ubica por encima de la ley, pues en caso de conflicto, ésta resultará inválida por ser incompatible con una disposición constitucional, conforme al sentido que su supremo intérprete le ha atribuido.

De otra parte, cabe también preguntarse si existe o no alguna diferencia entre el concepto precedente constitucional vinculante y jurisprudencia constitucional vinculante. De ello nos ocupamos a continuación.

2. Diferencia con el concepto de jurisprudencia constitucional vinculante.

Cuando en la tradición del *civil law* se alude a la jurisprudencia de los tribunales de la más alta jerarquía (la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional), no se la relaciona con la capacidad de incorporar normas en el Derecho positivo (en el sentido piramidal kelseniano), sino a algo bastante más débil y más complejamente configurable. Ignacio de Otto decía

82 En contra de lo que algunos consideran la condición del TC como supremo intérprete de la Constitución no emana en última *ratio* de lo previsto por el artículo 1 de su Ley Orgánica, pues éste no es sino una plasmación a nivel legal de una previsión que emana de la propia sistemática constitucional. «En efecto, si es a través de los procesos constitucionales (artículo 200) que se garantiza jurisdiccionalmente la fuerza normativa de la Constitución, y es [el TC] el encargado de dirimir en última (en el caso de las resoluciones denegatorias expedidas en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento) o única instancia (procesos de inconstitucionalidad y competencial) tales procesos (artículo 203), resulta que al interior del Poder Jurisdiccional —llamado a proteger en definitiva (artículos 138 y 200 a 204) la supremacía normativa de la Constitución (artículos 38, 45 y 51)— el Tribunal Constitucional es su órgano supremo de protección (artículo 201) y, por ende, su supremo intérprete. No el único, pero sí el supremo.

Es por ello que así lo tiene estipulado actualmente el artículo 1 de su Ley Orgánica —Ley N.º 28301— y el artículo 1 del [su] Reglamento Normativo. Y es por ello que el artículo VI del Título Preliminar del CPConst., luego de recordar el poder-deber de los jueces de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución (artículo 138 de la Constitución), establece que no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por este Colegiado en un proceso de inconstitucionalidad, y que deben interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, según

que la jurisprudencia (con excepción de aquélla que emana de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad) «es lo que se ha llamado «fuente productiva de normas interpretativas», metafuentes que no puede incardinarse en la jerarquía normativa y que viene a dar a todas las normas que integran el ordenamiento jurídico la concreta configuración con la que operan en la práctica»⁸³. Es decir, a pesar de que se acepta que los tribunales plasman en sus sentencias normas que con anterioridad al proceso interpretativo o integrativo resultaban inexistentes, no se acepta sin más que ellas puedan ser consideradas como pertenecientes al Derecho vigente, por el sencillo motivo de que su eventual incorporación a éste se produce «no por el hecho de que un tribunal haya tomado la decisión de utilizar un determinado criterio, sino por la reiteración de decisiones que recurren a ese mismo criterio. Por ello, dentro de la tradición continental es común recurrir a la expresión «línea [o doctrina] jurisprudencial» en lugar de la de «precedente»»⁸⁴.

En tal sentido, la idea de jurisprudencia constitucional vinculante, no hace alusión a una norma de efecto vinculante general capaz de incorporarse al ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de un acto jurídico específico, a saber, el dictado de una sentencia por parte del TC, sino a una repetición de criterios normativos contenidos en sus sentencias, y que por transmitir el claro parecer del supremo intérprete de la Constitución sobre un concreto asunto de relevancia constitucional, debe ser observado por todos los jueces y tribunales de la República.

Consideramos que es a la jurisprudencia constitucional vinculante a la que hacen alusión el artículo VI del CPConst y la Primera Disposición Final de la Ley N.º 28301 –Orgánica del TC–, cuando disponen 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 TC.

Cabe afirmar entonces que mientras la jurisprudencia constitucional vinculante emana de las sentencias del TC, su específico surgimiento no se encuentra bajo su control, pues ella es resultado de un precipitado de resoluciones, de una secuencia en la que es verdaderamente difícil encontrar su punto concreto de configuración⁸⁵. Por ello se ha dicho con plena razón que

los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. Éstas no son creaciones *ex novo* del legislador del CPConst., sino concretizaciones de una interpretación conjunta de los artículos 138, 201 y 203 de la Constitución» (Cfr. STC Exp. N.º 0030-2005-PI/TC, f. j. 46 y 47).

83 Cfr. *Estudios sobre el Poder Judicial*. Op. cit., p. 46.

84 Cfr. AGUILÓ, J. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Ariel, Barcelona, p. 115.

85 Sin embargo, en algunos ordenamientos (en un dato, por decir lo menos, curioso) dicho punto ha sido legislativamente identificado con un número específico de resoluciones. Así por ejemplo, en Colombia, el artículo 4 de la

«el requisito de la acumulación de sentencias parece (...) aproximar el modelo de la jurisprudencia al mundo de los hechos jurídicos más que al de los actos y, en consecuencia, al modelo de las fuentes-hecho [más] que al de las fuentes-acto»⁸⁶.

La vinculación de los jueces y tribunales a la jurisprudencia constitucional del TC, no deja de encontrarse relativizada por el hecho de que su inobservancia no suele ser identificada con una violación del Derecho vigente. Lo cual, desde luego, no obsta para que el apartamiento de la jurisprudencia constitucional vinculante pueda ser controlado por el propio TC, a través de los procesos constitucionales *de la libertad*, pues, como veremos, la respuesta distinta del Poder Público en general (y no sólo de un mismo poder público en particular) a supuestos de hecho sustancialmente idénticos, conlleva una violación del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico⁸⁷.

Ahora se entiende mejor por qué en la tradición anglosajona el término jurisprudencia no se asocia a los tribunales, sino sólo el de precedente: si en la tradición anglosajona no hay problema en reconocer que los tribunales de mayor rango crean Derecho con el sentido, autoridad y alcances con los que puede hacerlo el propio legislador, y en la terminología continental el concepto de jurisprudencia vinculado a la judicatura no alude claramente a la capacidad de crear Derecho en los términos recién descritos, pues entonces nunca pudo ser de recibo en ordenamientos anglosajones.

No obstante, alguno podría considerar que la connotación de la jurisprudencia constitucional vinculante con las características que se acaban de dar, no dista demasiado de la noción de precedente en el Derecho anglosajón, pues, por ejemplo —se dice— tampoco basta una sola decisión de la Corte Suprema de los EE.UU. para que su criterio pase a constituirse como nuevo Derecho vigente, sino que es preciso que sea asumido como vinculante por el juez posterior, es decir, por el juez que se enfrenta a un caso de características similares a aquél en el que la Suprema Corte sentó el criterio.

Ley 169 de 1896, considera que tres sentencias de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado que recogen un criterio uniforme sobre un asunto determinado, constituyen «doctrina legal probable».

86 Cfr. AGUILÓ, J. Op. cit., p. 117.

87 Justamente, en ánimo de que el TC pueda actuar también como un ente unificador de la jurisprudencia constitucional (aunque no sólo por ello) hemos propuesto que la cláusula de residualidad del amparo (art. 5º 2 CPConst) merezca también una interpretación en clave objetivo-sustancial (Cfr. «Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjettiva y objetiva) del artículo 5.º 2 del Código Procesal Constitucional peruano», en: *Justicia Constitucional*. N.º 1, Año 2, agosto - diciembre, 2005, pp. 97 a 136; en concreto, pp. 124 a 132). Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el artículo 202, inciso 2 de la Constitución, en el que se señala que el TC sólo conoce las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo y hábeas data, puede representar un obstáculo importante en su función unificadora, por lo menos, atendiendo al sentido interpretativo que comúnmente se le ha atribuido.

Hay algo de verdad, pero mucho de inexacto en esta apreciación. Es cierto que en el sistema anglosajón (con las peculiaridades que diferencian el sistema inglés del norteamericano), los tribunales de mayor jerarquía no proyectan expresamente aquello que en el futuro pueda ser considerado Derecho, pero ello no se debe a que sus criterios no pasen a formar inmediatamente parte del Derecho vigente, pues bajo la doctrina del *stare decisis* y del *judge-made law*, es exactamente eso lo que ocurre. Sucede tan sólo que, según se ha visto, lo que se entiende por Derecho vigente en dicha tradición no puede en modo alguno ser identificado con lo que nosotros entendemos. Debe recordarse que el *common law* es fundamentalmente un Derecho práctico y no abstracto. De ahí que cuando se afirma que el juez posterior puede apartarse de la regla establecida por un tribunal superior, resolviendo su caso con una regla parcial o totalmente distinta a la previamente establecida, no se alude a la capacidad que tiene para oponerse al criterio de su superior jerárquico (lo que sería sinónimo de oponerse al Derecho), sino a la capacidad que tiene para valorar jurídica y fácticamente su caso en comparación con las características jurídicas y fácticas del caso anterior, de forma tal que sólo si juzga que hay una identidad sustancial se encontrará en la obligación de utilizar la misma regla *iuris*, mientras que si juzga lo contrario podrá apartarse de ella resolviendo el caso de modo distinto. Pero quede claro que no es porque el precedente no le vincule, sino, simplemente, porque, según ha valorado, no resulta aplicable a su caso. Esto ha dado lugar a que —sobre todo en el sistema norteamericano— se haya instituido la técnica jurisdiccional del *distinguish* a efectos de determinar cuándo resulta inaplicable (por provenir de un caso distinto) un precedente.

De esta forma, establecido un precedente, al juez inferior sólo le quedan tres posibilidades: «(1) aplicar (*apply*) la regla del precedente, ello cuando se trate de dos litigios verdaderamente similares; (2) seguir (*follow*) la regla del precedente, cuando a pesar de que existen diferencias relevantes entre los dos casos, a juicio del tribunal, éstas no justifican un trato jurídico distinto y, por tanto, extiende, a través del razonamiento analógico, la regla del precedente al nuevo supuesto; o bien (3) distinguir (*distinguish*) la regla del precedente, esto es, no aplicarla en el asunto que resuelve y crear una nueva regla, cuando a criterio del tribunal las diferencias entre ambos casos son significativas y merecen un trato jurídico distinto»⁸⁸.

Habiéndose desarrollado el concepto de jurisprudencia constitucional vinculante, queda clara su diferencia con el de precedente constitucional vinculante. Mientras aquélla no tiene un momento específico de configuración, es difícilmente identificable con una norma perteneciente al Derecho objetivo y, consecuentemente, su efecto vinculante queda sensiblemente relativizado, lo que la sitúa entre las denominadas fuentes-hecho, el precedente constitucional vinculante nace en un momento específico, crea una norma que pasa a pertenecer inmediatamente al Derecho objetivo y su efecto vinculante es pleno. Ello lleva a que el precedente constitucional peruano

88 Cfr. MAGALONI, A. Op. cit., p. 84

bien pueda ser incluido entre las fuentes de Derecho denominadas fuentes-acto, pues existe una relación directa entre el acto normativo de dictar sentencia y el surgimiento de una norma incorporada al Derecho vigente⁸⁹.

Por lo demás, en lo esencial -aunque con algunas matizaciones-, parece ser ésta la posición que guarda actualmente el TC sobre la diferencia entre jurisprudencia y precedente constitucional vinculante. En efecto, en la STC 3741-2004-AA, el TC asocia la jurisprudencia con lo previsto en el artículo VI del CPConst y en la Primera Disposición Final de la LOTC, y se refiere a ella como «la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del [D]erecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo»⁹⁰, agregando que «si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto»⁹¹. Así pues, el TC parece relacionar la jurisprudencia constitucional vinculante con los criterios uniformes que mantiene en distintas resoluciones sobre un mismo asunto de connotación constitucional, mientras que atribuye al precedente la condición de norma jurídica *stricto sensu* emanada de una específica sentencia.

3. Entre lo anglosajón y lo continental.

Es probable que la principal diferencia entre el precedente constitucional previsto en el art. VII CPConst y el precedente del *common law* (además del hecho mismo de encontrarse regulado), sea que mientras en éste es al juez posterior a quien corresponde determinar la *ratio decidendi* que servirá de norma aplicable para los futuros casos análogos, en el caso peruano, la regla es determinada por el propio TC, pues conforme señala el referido artículo, es a éste al que corresponde precisar «el extremo de su efecto normativo». Dicho de otra forma, mientras que en el *common law*, el juez

89 Cfr. Por lo demás, el hecho de que sea el propio TC el que expresamente determine la norma que deba ser considerada precedente, contribuye a su publicidad, agregándole este factor formal indispensable para adjudicarle la condición de norma jurídica. Por el contrario, ante la imposibilidad de ser identificada con un criterio claro expuesto en una sentencia concreta, la jurisprudencia constitucional tiene importantes dificultades desde el punto de vista de su publicidad, las que de alguna manera han quedado reducidas con la destacable labor que ha comenzado a realizar el TC al sistematizar su jurisprudencia en la *Gaceta Constitucional* (www.abelinux.net/gaceta/). A ello cabe agregar la importante contribución de la reciente revista mensual *Palestra del Tribunal Constitucional*, merced a la lúcida iniciativa de sus directores Pedro Grández y Edgar Carpio, uno de cuyos aportes tiene entre sus manos. También es de resaltar la pormenorizada sistematización que realiza el Estudio del profesor Omar Sar.

90 Cfr. STC Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, f. j. 42. Debiéndose en todo caso entender que esos «distintos ámbitos del Derecho» a los que se hace referencia son todos de relevancia constitucional.

91 Cfr. STC Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, f. j. 43.

posterior tiene abierto un margen para determinar las consideraciones de Derecho y los hechos relevantes en la configuración del precedente, en nuestro sistema dicha determinación viene realizada por el propio TC.

De esta manera, se presenta una fusión entre la tradición anglosajona del precedente y determinada forma de concebir el Derecho en la tradición continental. Los signos anglosajones se observan, fundamentalmente, en la intención de dotar de fuerza vinculante plena a los precedentes constitucionales del tribunal de máxima jerarquía en la materia, asegurando su entendimiento como verdadera fuente creadora de Derecho. Mientras que los caracteres del *civil law* se evidencian en la regulación del instituto como una fuerza impositiva que se proyecta con la misma rigidez con la que lo hace el Derecho legislado.

¿Había alguna otra manera de tentar que la doctrina del precedente tenga una verdadera presencia en nuestro medio? Con sinceridad no lo sabemos. Pero lo que sí sabemos es que ello no se iba a dar como consecuencia de un milagroso cambio en la concepción del Derecho por parte de nuestros jueces o legisladores. Por ello, es probable que los creadores del CPConst hayan acertado⁹².

4. Razón y precedente / Voluntad y ley.

De otro lado, la forma cómo de encuentra regulado el precedente puede dejar la sensación de que lo único que se ha logrado es que el juez pase a ser «la boca muda que pronuncia las palabras del precedente». Sin embargo, esta apreciación puede estar perdiendo de vista algunas consideraciones importantes. En primer lugar, un precedente no es una ley. Comparte su fuerza vinculante, pero no la realidad de la que emana. Por ello, consideramos que el hecho de que el precedente se encuentre prefijado por el TC, no enerva la posibilidad de que los jueces evalúen razonablemente y comparen los elementos jurídicos y fácticos que fueron considerados relevantes por el TC y que se traslucen en el precedente establecido, con los que caracterizan su caso, de forma tal que identificado un componente significativo que los distinga, resuelvan su causa siguiendo una línea diferente. Ese análisis, que deja muchas puertas abiertas y que sólo es realizable a la luz del enjuiciamiento y la comparación de casos concre-

92 Juan MONROY GÁLVEZ lo plantea en estos términos: «debe ser el propio órgano supremo quien desarrolle y proponga la regla de derecho vinculante extraída del caso que ha resuelto. Ya habrá tiempos en los que esta facultad sea más elástica y permita una actuación más protagónica de los órganos inferiores a efectos de su identificación. Probablemente se pierda en riqueza y diversidad jurídica lo que con este planteamiento se gana en seguridad y afianzamiento de la técnica incorporada» (Cfr. «Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el *civil law*». En: *Hechos de la justicia*. N.º 4, septiembre –diciembre, 2006, p. 33). Asimismo, el hecho de que sea el juez emisor y no el sucesivo, el encargado de fijar razonablemente el contenido normativo vinculante de la decisión ha sido calificado por Luis José Díez Canseco como una «feliz adaptación del sistema romano al anglosajón» (Cfr. «Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una respuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial». En: *Revista de Economía y Derecho*, N.º 2, Otoño 2004, p. 19).

tos, es impensable en el ámbito del contraste con la ley, que no se ha construido desde el análisis de casos específicos, sino que nace y se agota en la abstracción.

En segundo término, a pesar de que en los casos en los que los jueces y tribunales no encuentren modo de diferenciar su causa, tienen la obligación de aplicar el precedente, se encuentran en plena facultad de dejar fijadas en la sentencia las razones de su discrepancia con la regla establecida. Este es un uso que más de una vez se ha presentado en el *common law* y que permite a los tribunales de la máxima jerarquía analizar el modo en que es recibido el criterio por el resto de la judicatura, llevándole, de ser el caso, a replantear su razonamiento. Sobre el particular, es probable, por ejemplo, que la sólida argumentación de diversos tribunales en torno al deber del Consejo Nacional de la Magistratura de motivar sus resoluciones en los procedimientos de ratificación de magistrados y fiscales, haya servido en algún grado (siquiera implícito) para que el TC modifique su posición en el asunto⁹³. Es preciso tener en cuenta que aunque al TC corresponda en exclusiva la competencia para dictar precedentes constitucionales vinculantes, toda la judicatura tiene la competencia para brindar razones por las que ellos deban tener uno u otro sentido. En oposición a ello, es evidente que el Poder Judicial no tiene competencia para participar en la determinación de los contenidos legales.

Cabe agregar, en tercer lugar, que el precedente constitucional es resultado de la razón, mientras que la ley es resultado de la voluntad. Con ello no quiere afirmarse que todo precedente sea siempre razonable o que toda ley sea siempre consecuencia del voluntarismo. Se quiere decir tan sólo que en el ámbito de la decisión política prima el factor discrecional propio de quien actúa a instancia propia y que no tiene un deber de coherencia con el pasado. Mientras que en el ámbito de la decisión jurisdiccional, no prevalece el factor discrecional, sino la razonabilidad de quien actúa a instancia de parte y que, partiendo de un deber de coherencia con el pasado, tiene que justificar una decisión y no sólo «mostrarla», sino «demostrarla» como jurídicamente correcta. Como bien apunta Aguiló, «el valor que se atribuye a las normas de origen jurisdiccional no proviene tanto del valor que se atribuye al órgano del que emanan, cuanto de que sean un producto de la «elaboración racional del propio Derecho»»⁹⁴. En consecuencia, parte del éxito del precedente constitucional, depende de que el TC sepa demostrar que es resultado de una argumentación razonable.

5. Precedente, derecho fundamental a la igualdad y argumentación racional.

Podría considerarse que introducir la doctrina del precedente genera diversas dificultades, sin tener ni siquiera la certeza de que se vaya a lograr el objetivo, por lo que convendría mejor dejar las cosas como estaban y continuar conviviendo con nuestra idea de jurisprudencia vinculante,

93 Cfr. STC Exp. N.º 3361-2004-PA/TC.

94 Cfr. AGUILÓ, Josep. Op. cit., p. 121.

es decir, con esa suerte de fuente débil, identificada con una sucesión de criterios uniformes, que por su difusa configuración, de vinculante tiene poco, y que se presenta más bien como una mera complementación del ordenamiento jurídico de la que es posible prescindir.

Consideramos, sin embargo, que la presencia del precedente en el sistema, con las particularidades que ella pueda tener, no es un asunto que dependa de la simple discrecionalidad legislativa o jurisdiccional, pues, según veremos, tiene directa relación con la plena vigencia del derecho fundamental a la igualdad, cuya razón no cede ante el poder de la historia. De hecho, como se conoce, los derechos fundamentales alcanzan su connotación actual porque las pretensiones morales que les dan sustento tuvieron la fuerza para revertir supuestas verdades forjadas a nivel histórico que subyugaban al ser humano. Paradójicamente, por ello mismo, los derechos fundamentales no sólo deben ser abordados como triunfos de la razón, sino también como reflexiones o conceptos históricos propios del mundo moderno⁹⁵.

El instituto del precedente se fundamenta en la idea de que los casos idénticos o sustancialmente idénticos, merezcan una misma decisión por parte de los poderes públicos. De esta forma, se manifiesta como un instrumento de realización del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico, reconocido en el artículo 2º 2 de la Constitución.

Se sabe, sin embargo, que no todo trato diferenciado es sinónimo de vulneración del referido derecho, pues en la evaluación de aquello que ingresa en su contenido constitucionalmente protegido juegan una diversidad de factores. Pero la idea es que determinado ese núcleo de identidad para los ojos de la Constitución, la consecuencia generada en la esfera subjetiva de los individuos en ella incardinados, debe ser la misma. Con ello, a su vez, se consolida el principio de seguridad jurídica, implícitamente reconocido por la Norma Fundamental⁹⁶.

La coherencia con la que suele identificarse a todo sistema jurídico, no puede considerársela agotada en su visión abstracta. Dicha coherencia sólo tiene verdadero significado cuando se revela en la realidad concreta a través del respeto del derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento. Se trata pues de una coherencia sustentada en la razonabilidad, como antítesis de la arbitrariedad. El presente y el futuro sólo tienen sentido para los derechos fundamentales, cuando se realizan en consonancia con el pasado. No porque los derechos reclamen la petrificación del Derecho, sino porque exigen que todo cambio se encuentre justificado⁹⁷, lográndose el equilibrio entre la seguridad y la justicia.

95 Cfr. PECES-BARBA, Gregorio. «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales». En: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Eudema, Madrid, 1988, p. 227 y ss.

96 Cfr. STC Exp. N.º 0016-2002-AI/TC, f. j. 2 a 4.

97 Tal como ha reseñado el TC español, lo que prohíbe el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico es el «cambio irreflexivo o arbitrario,

Una primera manifestación de tal coherencia en lo que al respeto al precedente respecta, se traduce a nivel de los jueces y tribunales individualmente considerados, y queda expuesta en estos términos: «hay que interpretar y aplicar el Derecho conforme a criterios que, por considerarlos correctos, se estuviera dispuesto a utilizar en la resolución de todos los casos iguales que puedan presentarse en el futuro»⁹⁸ (criterio universalizador propio de la argumentación racional que da lugar al autoprecedente).

Sin embargo, de conformidad con el parecer que prevalece en algunos sistemas, el respeto al derecho de igualdad que subyace en la técnica del precedente, queda agotado en lo antedicho, es decir, en el deber de un mismo juez o tribunal -salvo fundados, objetivos y razonables argumentos- de respetar los criterios sostenidos en el pasado en casos sustancialmente análogos al que se encuentran conociendo. Así por ejemplo, y salvo algunas excepciones, para el TC español la afectación del derecho a la igualdad no es consecuencia de la simple confrontación de criterios dispares en la judicatura sobre supuestos sustancialmente idénticos, sino que para dar por viable el *tertium comparationis*, es preciso, entre otros requisitos, que la decisión pasada provenga del mismo juez o tribunal que ahora la contraría⁹⁹. De esta manera, para analizar la afectación del derecho a la igualdad que supone el desconocimiento del precedente (y que la mayoría de las veces se analiza en correlato con la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, previsto en el artículo 24.1 de la Constitución española) el TC español no introduce el análisis de la relación de jerarquía entre el tribunal que estableció el criterio y aquél que se aparta del mismo, sino sólo el análisis de la coherencia argumentativa de cada tribunal en la sucesión de los casos esencialmente análogos que resuelve.

El argumento pretende justificarse en el principio de independencia judicial, entendido, en este caso, como la imposibilidad de que los criterios de órganos jurisdiccionales superiores sean capaces de vincular a los inferiores, quienes sólo deben desenvolverse bajo el imperio de la «configuración dispositiva», y no bajo la influencia de las posteriores fases de producción normativa¹⁰⁰. En suma, se concibe que, de conformidad con el

lo cual equivale a sostener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continua con posterioridad» (Cfr. STC español 28/1993, f. j. 2).

98 Cfr. GASCÓN, M. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Tecnos, Madrid, 1993, p. 98.

99 Son abundantes las sentencias en las que el TC español se pronuncia en este sentido, por lo que nos limitamos a señalar sólo algunas: 53/1982, FJ. 5; 188/1987, FJ. 4; 202/1991, FJ. 2; 353/1993, FJ. 5; 159/1996, FJ. 2; 75/2000, FJ. 2; 4/2001, FJ. 5.

100 Cfr. Requejo Pagés, J., «Juridicidad, precedente y jurisprudencia». En: *REDC*, Año 10, N.º 29, mayo - agosto, 1990, pp. 230 a 231.

principio, el juez sólo puede encontrarse sometido a la Constitución y a las leyes, pero no al precedente.

Esta postura ha sido duramente criticada por parte de la doctrina española, señalándose, por ejemplo, que «si el principio de igualdad en la interpretación de las normas establece que las diferencias jurídicas son posibles en cuanto están motivadas suficientemente, de ningún modo puede justificarse una interpretación contradictoria por el sólo hecho de tratarse de órganos judiciales diferentes; de este modo la progresiva individualización de la titularidad del órgano judicial establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contradice el principio de independencia judicial y su fundamento: la tutela del ordenamiento judicial mediante la univocidad en la interpretación de normas»¹⁰¹.

Compartimos plenamente esta posición, pues resulta inaceptable entender que lo pretendido por el constituyente al reconocer el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (artículo 139, inciso 2 de la Constitución), sea hacer de cada juez o tribunal una suerte de isla en el sistema, facultado para interpretar los derechos fundamentales de las personas sin más parangón que su propio criterio y la abstracción del ordenamiento. El único resultado que ello desencadenaría (y que es prácticamente inevitable en sistemas que carecen de la doctrina del precedente) es la atomización de la respuesta de la jurisdicción en su deber de composición de los conflictos de intereses, traducida potencialmente en tantas interpretaciones del ordenamiento como jueces existen en la República. Con tal interpretación del principio de independencia, éste se convierte en el instrumento más eficaz para que la homogeneidad y coherencia abstracta del sistema, se convierta en heterogeneidad e incoherencia al momento de ser aplicado, mellando el núcleo básico del derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico. Literalmente, bajo dicha perspectiva, el sentido específico con el que el Derecho incidirá en la esfera subjetiva de cada persona se convierte en una cuestión de azar, pues es concretamente dependiente de cuál sea el juez al que toque resolver la causa.

Evidentemente, se trata de una comprensión del principio propia de una tradición en la que el precedente no tiene lugar entre las fuentes del

101 Cfr. ZOCO, C. *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias* (artículos 14 y 24.1 CE). Bosch, Barcelona, 2003, p. 98. Un similar parecer se puede apreciar en JAÉN VALLEJO, M. «El principio de igualdad en la aplicación de la Ley por los órganos jurisdiccionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» En: *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Revista Jurídica General*. N.º 2, marzo - abril, 1987, p. 13; SUAY RINCÓN, J. «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» En: *Estudios sobre la Constitución. Homenaje a Eduardo García de Enterría*. V. II, Civitas, Madrid, p. 1991, p. 875; XIOL RÍOS, A. «El ordenamiento jurídico y la aplicación equitativa del Derecho a todos los ciudadanos mediante el principio de igualdad» En: *Temas básicos del Derecho. Una visión actual*. V. I, Madrid, 1992, p. 451; BILBAO UBILLOS, J.M. y REY MARTÍNEZ, F., «Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional». En: ARACÓN REYES, M. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J., *La Constitución y la práctica del Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 255.

Derecho, y en la que, consecuentemente, el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico se encuentra sensiblemente limitado.

No obstante, en un sistema como el nuestro, en el que conforme hemos argumentado, debe entenderse que los precedentes establecidos por el TC pasan a formar parte del ordenamiento jurídico, los jueces que conozcan casos materialmente idénticos no tienen posibilidad de desconocerlo sin violar el derecho fundamental a la igualdad. Ello, desde luego, no supone afectar el principio de independencia judicial, pues éste mantiene plena efectividad en la proscripción de permitir que los jueces puedan ser influenciados en sus decisiones jurisdiccionales por cualquier fuerza o voluntad ajena a aquéllas que se plasman en la objetividad del ordenamiento (en el que debe entenderse incluido el precedente) y en su propio criterio de conciencia.

De esta manera, tal como ha recordado el TC, «cuando se establece que determinados criterios dictados por este Tribunal resultan vinculantes para todos los jueces, no se viola la independencia y autonomía del Poder Judicial, reconocidas en el artículo 139, inciso 2, de la Constitución, sino que, simplemente, se consolida el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico (artículo 2, inciso 2); máxime, si es a partir del reconocimiento de su supremacía normativa que la Constitución busca asegurar la unidad y plena constitucionalidad del sistema jurídico y su consecuente aplicación (artículos 38, 45 y 51 de la Constitución). Debe recordarse que ninguna garantía conferida a un órgano constitucional tiene su última *ratio* en la protección del poder público en sí mismo, sino en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución)»¹⁰².

6. ¿Precedente en el proceso de inconstitucionalidad?

Las más claras relaciones que a nivel doctrinal se han establecido entre las sentencias del TC y el principio *stare decisis* de la tradición anglosajona, han sido analizadas en el marco del proceso de inconstitucionalidad, es decir, aquél en el que son las leyes o normas con rango de ley y no los actos, las que se encuentran sometidas a juicio¹⁰³. Tales relaciones han sido establecidas, fundamentalmente, por la posibilidad de que una sola sentencia pueda dar lugar a la creación de normas jurídicas vinculantes incorporadas inmediatamente en el Derecho vigente, y consecuentemente, por la similitud entre los efectos vinculantes que derivan de las sentencias de inconstitucionalidad y las *rationes decidendi* de las sentencias emitidas por los tribunales supremos de los países del *common law*.

102 Cfr. STC Exp. N.º 0030-2005-PI/TC, f.j. 48.

103 Por sólo citar dos ejemplos pueden mencionarse los trabajos de FRANCISCO RUBIO LLORENTE. «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho». En: *REDC*, Año 8, N.º 22, enero - abril, 1988, pp. 9 a 51 y de LUIS LÓPEZ GUERRA. «El Tribunal Constitucional y el principio «*stare decisis*»». En: *El Tribunal Constitucional*. Volumen II, Instituto de Estudios Fiscales / Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1981, pp. 1433 a 1455.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en realidad tales efectos vinculantes, aunque comparables en su fuerza, dimanen de una raíz sumamente diferente. El efecto vinculante de un precedente en el *common law* deriva de la posición jerárquica del tribunal del que emana, y reposa en las características de su relación con lo jurídico, es decir, en su capacidad de crear Derecho objetivo *pro futuro* a partir del análisis de las circunstancias fácticas del caso concreto que conoce. Aunque la regla a veces pueda incluso no tener una patente y directa relación con los hechos, la existencia de éstos como caso concreto, es imprescindible para la configuración del precedente. Sin perjuicio de las particularidades analizadas, el art. VII CPConst tiene como objetivo dar lugar a un precedente constitucional que en esencia guarde estas características.

Por su parte, la fuerza vinculante de la sentencia recaída en los procesos de inconstitucionalidad, prescinde absolutamente de esta gama de consideraciones. La posibilidad de que en el proceso de inconstitucionalidad se forjen normas vinculantes, no proviene de un modo de concebir la relación entre el juez y el Derecho, ni del análisis de hechos concretos que puedan dar lugar a una regla que los trascienda, sino de la estructura y naturaleza *sui generis* del propio proceso, de raigambre netamente continental y sin parangón alguno en la tradición anglosajona¹⁰⁴. El objeto del proceso de inconstitucionalidad es adscribir normas a las disposiciones constitucionales paramétricas y a las disposiciones legales sometidas a juicio, de forma tal que su análisis de compatibilidad de lugar a) a la invalidez de éstas cuando no existe modo de interpretarlas de conformidad con la Constitución, b) a restringir su contenido normativo cuando se ha determinado la existencia de normas incompatibles con la Constitución (sentencias interpretativas propiamente dichas), o c) a mantener intacto dicho contenido normativo cuando se le reputa manifiestamente acorde con la Norma Fundamental¹⁰⁵.

Se trata de un proceso que, *prima facie*, se desenvuelve en el plano de la misma abstracción del ordenamiento jurídico y cuyo resultado, inevitablemente, sigue su suerte, pues se plasma en él manteniéndolo incólume o mutando su configuración a partir de la anulación de una de sus disposiciones o de la recomposición normativa de alguna de ellas. Por ello, la sentencia recaída en los procesos de inconstitucionalidad, y concretamente la de los fundamentos que determinan la suerte de la disposición sometida a juicio, se alimenta de la fuerza vinculante del propio ordenamiento jurídico. De ahí proviene su condición de fuente de Derecho y no de que comparta la naturaleza del instituto del precedente, por que de hecho no lo hace.

Ahora bien, en vista de que el objeto del proceso de inconstitucionalidad no se desenvuelve en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico, sino

104 Las notables diferencias que existen entre el control difuso de constitucionalidad de la ley en EE.UU. y el control concentrado de la tradición continental, han sido claramente descritas por Rubio Llorente (Ibidem).

105 Adrede hemos prescindido mencionar el complejo fenómeno interpretativo que tiene lugar en el caso de las denominadas sentencias interpretativas manipulativas (aditivas, sustitutivas o reductoras), pues con ello desviaríamos de nuestros propósitos.

concretamente en el del análisis de la constitucionalidad de la ley, de que tanto la *ratio decidendi* como el fallo vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales frente a todos (artículo 82 del CPConst), y de que –como bien ha afirmado Rubio Llorente– «en el juicio sobre normas no cabe sostener seriamente que la interpretación de la norma superior [la Constitución], puede ser disociado del que se hace sobre la norma enjuiciada [la ley]»¹⁰⁶, es propio que de las interpretaciones realizadas en este proceso deriven «normas paraconstitucionales»¹⁰⁷, es decir, normas que por derivar de la interpretación de disposiciones constitucionales, son jerárquicamente superiores a las leyes¹⁰⁸.

Con todo, lo que debe quedar muy claro es que toda sentencia recaída en un proceso de inconstitucionalidad cumple por antonomasia una función nomotética¹⁰⁹, con prescindencia de que el TC considere o no que alguna concretización de las disposiciones constitucionales desarrollada en sus fundamentos deba ser considerada precedente vinculante.

7. Las tesis enemigas del precedente. El caso de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones.

Hay algunas tesis (todas ellas relacionadas) que es preciso abandonar de una vez por todas si se quiere que algún modelo de precedente pueda existir en nuestro medio. Tales tesis son las siguientes: a) la Constitución puede ser interpretada como una norma más del ordenamiento; b) el Parlamento es un poder superior al Poder Judicial; c) la jurisdicción no tiene ninguna participación importante en la creación del Derecho; y c) el juez debe una fidelidad absoluta a la ley, por lo que en la medida de lo posible debe ser su autómatas aplicador, siendo la interpretación literal o gramatical la que debe erigirse como el factor axiomático sobre el que se construya toda consecuente línea resolutive.

La perversidad de todas estas tesis se ha observado con singular nitidez en el reciente debate a propósito de si las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) deben o no ser susceptibles de revisión por parte de la jurisdicción constitucional en aquellos supuestos en los que se las considere contrarias a los derechos fundamentales.

Como se sabe, para cierto sector, en el que se encontraba una mayoría parlamentaria y buena parte de la judicatura ordinaria, la interpretación textual de los artículos 142 y 181 de la Constitución¹¹⁰, era la que debía

106 Cfr. RUBIO LLORENTE, F. Op. cit., p. 34.

107 Término usado por FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN. *Fuentes del Derecho. Volumen II, Ordenamiento General del Estado y Ordenamientos Autonómico*. Tecnos, Madrid, 1992, p. 51.

108 En este sentido, cfr. LÓPEZ GUERRA, L. Op. cit., p. 1439. También PÉREZ ROYO, J. *Las fuentes del Derecho*. Tecnos, Madrid, séptima reimpresión, 2001, pp. 52 a 55.

109 Cfr. DE OTTO, Ignacio. Op. cit., p. 48.

110 Constitución Política del Perú. Art. 142: «No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral...».

prevalecer, de forma tal que las referidas resoluciones debían reputarse irrevisables en todos los casos. En la orilla contraria se situaba un sector mayoritario de la doctrina y el TC, el cual había dejado establecido en uniforme jurisprudencia que una resolución del JNE que violase derechos fundamentales no podía quedar exenta de control constitucional, pues ello sería tanto como afirmar que para el JNE la materia que da sustento al Estado Constitucional no resultaba vinculante.

Una las primeras sentencias en las que el TC buscó dejar claro el asunto fue la recaída en el expediente N.º 2366-2001-AA/TC: «aun cuando de los artículos 142º y 181º de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Como es evidente, si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el amparo»¹¹¹.

Tras observar que el JNE y un buen sector de la judicatura insistía en una interpretación aislada y textual de los artículos constitucionales pertinentes en desmedro de los derechos fundamentales, en un caso posterior (STC Exp. N.º 5854-2005-AA/TC, del 8 de noviembre de 2005), el TC abundó en las razones por las que dicha tesis resultaba insostenible desde un punto de vista constitucional. Para ello, ante todo, el TC recordó que la Constitución no podía ser interpretada como una norma más del ordenamiento, pues «la particular estructura normativa de sus disposiciones (...) exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional»¹¹². Es así que, siguiendo a Konrad Hesse¹¹³, el constitucional destaca entre los principales criterios de interpretación constitucional, los de unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora y fuerza

Constitución Política del Perú. Art. 181: «El Pleno del Jurado Nacional del Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales del derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno».

111 Cfr. STC Exp. N.º 2366-2001-AA/TC, f. j. 4.

112 Cfr. STC Exp. N.º 5854-2005-AA/TC, f. j. 12.

113 Cfr. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 45-47.

normativa de la Constitución¹¹⁴. Asimismo, tras incidir en que la interpretación aislada de diversas disposiciones constitucionales, llevaría a resultados inconsecuentes con su postulado unitario orientado a la defensa de la dignidad del ser humano (art. 1 de Constitución), el Colegiado señala que la interpretación aislada y literal de los arts. 141 y 181 de la Constitución, resulta inconstitucional por las siguientes razones:

a) Desconoce la limitación que el contenido de los derechos fundamentales representa para todos los poderes públicos, incluyendo, desde luego, al propio JNE. «En otras palabras, el «producto» resultante de realizar una interpretación aislada de los artículos 142 y 181 de la Constitución, viola los más elementales principios de interpretación constitucional (unidad de la Constitución y concordancia práctica), pues pretendiendo auspiciar la seguridad jurídica que debe informar a todo proceso electoral, «sacrifica» los derechos fundamentales, ya que los despoja de toda garantía jurisdiccional de protección»¹¹⁵.

b) En consonancia con lo anterior, se opone a la consideración de la Constitución como norma jurídica vinculante, desconociendo la función del TC en el control de constitucionalidad de actos y normas (arts. 201 y 202 C). «En efecto, dicha interpretación [aislada] confunde la autonomía que ha sido reconocida constitucionalmente al JNE (artículo 177 de la Constitución) con autarquía, pues pretende que sus resoluciones no sean objeto de control constitucional en aquellos casos en los que resulten contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental. Lo que equivaldría a sostener que para el JNE, tales principios y derechos no resultan vinculantes»¹¹⁶.

c) Es contraria a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte, tal como lo exigen la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst. Para sustentar ello el TC ingresa en el análisis de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de diversas sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana, y de informes y recomendaciones dictadas por la Comisión Interamericana¹¹⁷. Entre los argumentos destaca particularmente la cita a la sentencia recaída en el caso *Yatama v. Nicaragua*, en el que la Corte Interamericana había establecido lo siguiente:

«Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles

114 Cfr. STC Exp. N.º 5854-2005-AA/TC, f. j. 12.

115 Cfr. STC Exp. N.º 5854-2005-AA/TC, f. j. 18.

116 Cfr. STC Exp. N.º 5854-2005-AA/TC, f. j. 19.

117 Cfr. STC Exp. N.º 5854-2005-AA/TC, f. j. 25 a 33.

de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos.

Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. Este control es indispensable cuando los órganos supremos electorales, como el Consejo Supremo Electoral en Nicaragua, tienen amplias atribuciones, que exceden las facultades administrativas, y que podrían ser utilizados, sin un adecuado control, para favorecer determinados fines partidistas. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral.

Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana (...)»¹¹⁸.

La amplia gama de razones que llevaban al TC a considerar revisables las resoluciones del JNE que se consideraran contrarias a los derechos humanos, le llevó a recurrir al art. VII CPConst, y sentar un precedente vinculante, conforme al cual «toda interpretación de los artículos 142 y 181 de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, toda vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente»¹¹⁹.

A pesar de ello, poco tiempo después, el 8 de diciembre de 2005, se publicó la Ley N.º 28642, modificatoria del artículo 5, inciso 8 del CPConst, cuyo texto quedaba redactado de la siguiente manera: «No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) Se cuestionen las resoluciones del JNE en materias electorales, de referéndum, o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. Resoluciones en contrario de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno (...)».

De esta manera, el Congreso de la República dictaba un mandato legal abiertamente opuesto al criterio interpretativo de la Constitución estable-

118 Cfr. Caso *Yatama v. Nicaragua*, Etapa de fondo, Sentencia del 23 de junio de 2005, párrafos 174 a 176.

119 Cfr. STC Exp. N.º 5854-2005-AA/TC, f. j. 35 y punto 2 de su parte resolutive.

cido por el TC a manera de precedente vinculante. Por lo demás, la afirmación de que resoluciones de cualquier autoridad contrarias a esta Ley no surtirían efecto alguno -en tono sumamente similar a diversos decretos leyes expedidos durante la época fujimorista- era un evidente mensaje dirigido al Poder Jurisdiccional, haciéndole conocer la consideración de que el Parlamento se encuentra en una posición jerárquicamente superior.

Se trataba de una preciosa oportunidad para conocer si el Poder Judicial se tomaba en serio la Constitución del Estado y los derechos fundamentales, o se continuaba considerando un poder nulo frente a los mandatos claros y expresos del legislador. Lamentablemente, pronto se conoció que esta segunda tesis se mantiene muy viva en el sentir de la judicatura. El 21 de febrero de 2006, la Sala Mixta Vacacional de Lambayeque, declaró improcedente la demanda de amparo presentada por un ciudadano al quien el JNE había vacado en el cargo de Alcalde de la Provincia de Chiclayo, por haber sido condenado a pena privativa de libertad. No sólo resultaba que la declaración de vacancia había tenido lugar cuando dicha sentencia no se encontraba firme, sino que ésta había sido expresamente declarada nula por la Corte Suprema de la República. A pesar de ello, la referida Sala Mixta se limitó a señalar que «en el nuevo contexto procesal generado por la Ley N.º 28642 (...) la demanda constitucional ha devenido –inevitablemente– inviable por expresa prohibición legal (...)».

Con posterioridad, mediante STC Exp. N.º 2730-2006-AA/TC, el TC declaró fundado el amparo y nula la resolución de vacancia. No obstante, y en un acto que ya revestía signos delictivos, los miembros del JNE se negaron a cumplir la sentencia, lo que retrasó su ejecución lo suficiente como para que ésta devenga en inejecutable tras la celebración de nuevos comicios en la localidad¹²⁰.

Tal vez alguno pueda considerar que no basta un caso para derivar un diagnóstico general, y aunque creemos que el ejemplo descrito es bastante representativo, tendríamos que darle la razón. Por ello consideramos necesario comentar un suceso adicional de alcances más institucionales que particulares.

En la edición del Diario Oficial *El Peruano* de fecha 4 de abril de 2006, la Jefatura Suprema de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) del Poder Judicial, entonces encabezada por el Dr. Francisco Távara Córdova, recientemente elegido Presidente del Poder Judicial (enhora-buena), publicó la Resolución N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, la cual, en concordancia con el art. VII CPConst, dispone que «todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional...»¹²¹.

120 Cabe mencionar que mientras redactamos este artículo, se ha presentado una demanda de inconstitucionalidad ante el TC contra la Ley N.º 28642.

121 Cfr. Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 4 de abril de 2006, p. 316120.

Evidentemente, esta resolución administrativa no tiene por objeto advertir que la Oficina de Control de la Magistratura tiene competencias para determinar cuándo un juez o tribunal ha flagrantemente inobservado un precedente vinculante del TC, pues no le alcanzan tales atribuciones. Lo que la resolución administrativa advierte es que en caso de que en su ejercicio jurisdiccional el TC advierta que un juez o tribunal de la República ha desconocido un precedente constitucional por él establecido, dicho juez o tribunal habrá incurrido en violación del deber funcional recogido en el inciso 2 del artículo 184 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹²², y consecuentemente, en la responsabilidad disciplinaria prevista en el inciso 1 del artículo 201 de la misma Ley¹²³.

El caso es que al día siguiente de publicada la resolución, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, publicó un comunicado en el que, en expresa respuesta a aquélla, se dirigía a los jueces de la República, puntualizando que «los magistrados judiciales sólo están sometidos a la Constitución y a la ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en el inciso 1 del artículo 146 de la Carta fundamental y en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial»¹²⁴. En otras palabras, a criterio del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, los magistrados no se encuentran vinculados por los precedentes del TC.

Es este pues el sombrío panorama existente. Un Parlamento que continúa considerándose el primer poder del Estado, y que se encuentra convencido de que el mejor modo de interpretar la Constitución es según el texto aislado de sus disposiciones; y un Poder Judicial que ante semejante afirmación no tiene mejor idea que rendirle pleitesía, considerando además que no debe observancia alguna a los precedentes resultantes de las sentencias emitidas por el TC¹²⁵. Mientras este escenario no varíe, pocas

122 «2.- Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada por las partes o lo haya sido erróneamente». De las consideraciones de la resolución se deriva que lo que la OCMA consideraría violado por la inobservancia del precedente, sería el inciso 1 del artículo 184 de la LOPJ que hace alusión al deber de los magistrados de resolver con sujeción al debido proceso. Empero, consideramos que el hecho supondría la violación del inciso 2) del mismo artículo, referido al deber de los magistrados de administrar justicia aplicando la «norma jurídica pertinente». Y es que, según vimos, los precedentes vinculantes del TC son verdaderas normas pertenecientes al ordenamiento jurídico.

123 Ley Orgánica del Poder Judicial. Art. 201.1.- «Existe responsabilidad disciplinaria en los siguientes casos: 1) Por infracción a los deberes y prohibiciones establecidas en esta Ley...»

124 Cfr. Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 5 de abril de 2006, p. 5.

125 Pedimos de antemano disculpas a aquellos miembros del Poder Judicial que comprenden bien cual es su función en el Estado Constitucional, por la generalización que se acaba de hacer y que desde luego no tiene por propósito efectuar una descripción pormenorizada, sino tan sólo transmitir el resultado de un balance.

posibilidades habrán para que el precedente constitucional cumpla su función, con lo cual quedarán sensiblemente afectados el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico, el principio de seguridad jurídica y la vocación universalizadora propia de la argumentación jurisdiccional racional que debe encontrarse presente en la aplicación del Derecho. Asimismo, la falta de observancia del precedente impedirá instituir la tendencia a fallar en remisión a él siempre que sea razonablemente posible, con lo que abortará uno de los mecanismos más idóneos para agilizar la administración de justicia, dotarla de eficiencia, y reducir la carga procesal como consecuencia de hacerla predecible.

IV. Precedente y constitucionalismo (a modo de reflexión final).

Siuviésemos que elegir el principal problema con el que se enfrenta la pretensión de incorporar el precedente en sistemas que responden a la tradición del *civil law*, tal vez elegiríamos el hecho de que aún cuando en la actualidad se comprende bien que todo poder público se encuentra sometido a la Constitución del Estado, se continúa creyendo que el Parlamento o en su caso el Ejecutivo (dependiendo de las tradiciones), sigue siendo el primer poder del Estado. Tal como ha denunciado el (neo)constitucionalismo, no se comprende que, aún cuando como consecuencia de las competencias que le son inherentes o de las coyunturas políticas, alguno de los poderes del Estado pueda tener un mayor protagonismo que los otros, en el Estado Constitucional no se admite la existencia de un «primer poder», sino tan sólo un equilibrio entre poderes.

Algunos autores han denominado al Estado Constitucional (es decir, a aquel Estado en el que la Constitución es entendida como la norma jurídica suprema y en ella se encuentran reconocidos los derechos fundamentales de la persona y las garantías —materiales, políticas y procedimentales— que permiten protegerlos y dotarlos de eficacia) Estado Judicial, en el afán de clarificar que el resguardo último (supremo, aunque no excluyente) de los derechos fundamentales, reside en la jurisdicción¹²⁶.

La denominación Estado Judicial resulta exagerada e inadecuada, pues puede llevar a una confusión desde la que se concluya que el (neo)constitucionalismo ha desembocado en aquello que justamente se quería evitar, es decir, en instituir a un poder como el soberano; en este caso, al jurisdiccional. Lejos de ensalzar el denominado «gobierno de los

De hecho es justo señalar que la sentencia de primera instancia expedida por el juez Dr. Héctor Conteña Vizcarra, en el proceso de amparo iniciado por quien fuera Alcalde de la provincia de Chiclayo, fue declarada fundada. El referido juez luego tendría que iniciar una batalla casi en solitario, primero para exigir su cumplimiento inmediato, tal como lo prevé el art. 22 CPConst, y luego para buscar la ejecución de la sentencia del TC que en tercera y definitiva instancia daría también la razón al demandante.

126 Sobre el particular, vid. el célebre ensayo de Otto BACHOF. *Jueces y Constitución*. Civitas, Madrid, 1985, pp. 27 a 29.

jueces», lo que la tesis del Estado Constitucional defiende es la del destierro definitivo de cualquier forma de poder absoluto (en el que desemboca la jerarquización entre poderes), pues éste es siempre una amenaza para los derechos fundamentales.

El motivo por el que desde dicha vertiente se postula que la interpretación suprema de la Constitución debe residir en la jurisdicción y, concretamente, en los tribunales constitucionales, no es porque se considere a éstos entidades infalibles, ni menos aún porque se les quiera proclamar como los nuevos soberanos, sino porque reconociendo que ejercen también un poder político y ponderan elementos de esta índole, sus decisiones se desenvuelven fundamentalmente en el marco de lo jurídico como signo patente del sometimiento del poder al Derecho¹²⁷. Porque a diferencia de los otros poderes no actúan bajo el principio de oportunidad que subyace en las competencias que se ejercen *ex officio*, y que pueden encontrar justificación en el mero ejercicio del poder, sino bajo el principio de prudencia con el que se deben desenvolver los poderes que actúan a instancia de parte y que deben justificar su decisión –bajo argumentos razonables y racionales– como jurídicamente correcta, luego de haber tenido ocasión de reflexionar sobre ella en un contexto abierto. Porque su relación *ad hoc* con la Constitución, permanente y constante, los tecnifica en mayor grado en una materia de singular dificultad como aquella que subyace en la interpretación de disposiciones que responden a la estructura de las constitucionales. Porque, en contraposición a lo que consideran algunos, la trascendencia de muchos de los temas que abordan, los sitúa también en el núcleo mismo del control permanente por parte de los otros poderes públicos, particularmente, del Legislativo, allí donde puede iniciársele a sus miembros un juicio en el seno parlamentario, además de ser el objeto del ejercicio del derecho fundamental de crítica a su labor, tanto por parte de la opinión pública, en general, como de la academia, en particular. Porque, en fin, en el correcto entendido de que la verdadera democracia es el gobierno de las mayorías con pleno respeto por el derecho de las minorías, las decisiones de la jurisdicción constitucional en aquellos casos en los que deben hacer frente a las decisiones del Estado (que son la inmensa mayoría), aparecen como un poder contramayoritario que lejos de representar una amenaza para las democracias, confiere a ellas su razón de ser¹²⁸.

Así pues, y sin perjuicio de lo antedicho, si es cierto aquello de que el resguardo último de los derechos fundamentales reside en la jurisdicción (y huelga afirmar que somos cercanos a esta postura), entonces, lejos de consi-

127 Tal como destacaba el propio Kelsen la diferencia entre el carácter político de lo actos de un juez y el de los gobernantes y legisladores no es una cuestión cualitativa, sino simplemente cuantitativa (Cfr. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Tecnos, Madrid, p. 58)

128 Prueba de ello es que no existen dictaduras que soporten convivir con tribunales o jueces constitucionales independientes. Ante los embates del dictador, los derechos fundamentales hablan a través de los jueces. Siendo tales derechos los límites del poder, al poder absoluto conviene mejor silenciarlos.

derar a esta afirmación como el final de la lucha entre constitucionalismo y legalismo, conviene considerarla como la pauta inicial que impone a la doctrina (y ciertamente a los poderes públicos) el deber de estudiar las formas de tecnificar a la judicatura y de instruirnos en el significado del precedente constitucional, pues por su intermedio la Constitución escrita tiene oportunidad de convertirse en una Constitución viviente.

LAS «PECULIARIDADES» DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

Pedro P. Grández Castro¹

«La ley que marca la vida buena de las constituciones es el desarrollo en la continuidad. El instrumento normal es la jurisprudencia; la enmienda es un instrumento excepcional»

G. Zagrebelsky²

SUMARIO: I. Premisa metodológica: La obra de los jueces en el Estado Constitucional. II. La resistencia al precedente y la apertura del debate; 1. La invocación de la independencia judicial. III. La «identidad» del precedente constitucional peruano; 1. Las confusiones iniciales tras la puesta en vigor del Código Procesal Constitucional; 2. Una primera distinción: Precedente vinculante e interpretaciones constitucionalmente vinculantes; 3. Doctrina jurisprudencial y precedente normativo; 4. Precedente vinculante y valor de cosa juzgada de la sentencia constitucional. IV. Concepción de juez y «modelo» de precedente. V. Límites y «limitaciones» en el establecimiento de la «regla» precedente; 1. Límites; 2. Limitaciones; VI. Concepciones de precedente: Ideas finales; 1. La concepción formal de precedente; 2. La concepción material de precedente

I. Premisa metodológica: La obra de los jueces en el Estado Constitucional

Así como el Estado de Derecho legislativo enarboló a su máximo nivel la obra del legislador, el Estado Constitucional ha sido definido como Estado de la jurisdicción³. El Derecho así, ya no es un fenómeno de arriba

1 Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Codirector de *Palestra del Tribunal Constitucional*. *Revista mensual de jurisprudencia*. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

2 Cfr. «Discurso por los 50 años de la Corte Constitucional Italiana» En: *Justicia Constitucional*. *Revista de jurisprudencia y doctrina*. N.º 3, Palestra, Lima, 2006, p. 391 y ss.

3 Otto Bachof da cuenta que ya en el año 1957, se podía encontrar un título tan sugestivo como el siguiente: *Del Estado de Derecho al Estado Judicial*. *El Derecho como medida del Poder*, del jurista austriaco René MARCIC, quien aseguraba que la libertad, la democracia y el Derecho solamente estaban asegurados en tal «Estado de Justicia» (BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Cuadernos Taurus, Madrid, 1963 p. 15). Más recientemente, al referirse al alcance mundial de la

hacia abajo, monolítico y puramente estatal, sino que se ha vuelto en algún sentido un diálogo horizontal, una forma de comprensión⁴ de la realidad y del Estado.

De este modo, los problemas centrales de la actividad jurídica ya no se reducen, hoy en día, a la técnica legislativa, sino a la racionalidad de su aplicación práctica. El centro de gravedad del Derecho se traslada así del texto a su valoración, del enunciado a la norma concretizada por el intérprete. En síntesis, y para decirlo con las palabras de BOBBIO, el problema central del Derecho actual es el problema de su interpretación⁵.

Las consecuencias de estas mutaciones son diversas. Aquí sólo ha de interesar, en todo caso, la que se refiere al papel central que tiene hoy en día la jurisprudencia de los jueces y en especial, la jurisprudencia constitucional, como expresión de esa difuminación de la estatalidad del Derecho como fenómeno normativo y, al mismo tiempo, como expresión de la apertura del sistema jurídico a nuevas fuentes y nuevos contactos con la propia realidad.

Aquí es donde cobra pleno sentido la afirmación de ZAGREBELSKY, quien entiende que la actividad interpretativa debe concebirse hoy en día como «Actividad intermedia o mediadora, (...) que podemos situar entre el caso real y la norma que debe regularlo. Actividad intermedia que se sitúa en una línea de tensión que vincula la realidad con el Derecho, lo que representa el enésimo replanteamiento de la lucha, jamás resuelta y acaso irrenunciable, entre la *ratio* del caso y la *voluntas* de la ley»⁶.

Es esta posición de intermediario entre voluntad y razón, entre decisionismo de las mayorías y racionalidad argumentativa defendida en el caso, la que ha llevado a los jueces del Estado Constitucional a una peculiar ubicación, a veces incluso por encima, o a pesar, de la legislación. Una ubicación que reclama ser también reivindicada en el método de los juristas a la hora de valorar en serio el material que resulta de su constante accionar en el marco del orden jurídico: esto es, la ubicación de la jurisprudencia.

Es bien sabido el papel que cumple la jurisprudencia a la hora de racionalizar el Derecho en su dinámica con los casos. La jurisprudencia

«marcha triunfal de la jurisdicción constitucional», HÄBERLE ha definido al Estado Constitucional, como Estado Jurisdiccional de Derecho. Cfr. su obra, *El Estado Constitucional*. UNAM - PUCP, Lima, 2003, en especial el capítulo IV. pp. 129 y ss.

4 «[S]e trata ahora de algo diferente, de entendimiento (*verständigung*). (...) [É]ste es el nuevo paso en el que nos encontramos: pensamos así el lenguaje como un estar de camino a lo común de unos con otros y no como una comunicación de hechos y estados de cosas a nuestra disposición» Cfr. GADAMER H-G, «La diversidad de las lenguas y la comprensión del mundo» En: *Arte y verdad de la Palabra*. Paidós, 1988, Cap. 6, p. 119.

5 Cfr. BOBBIO, Norberto. *L'eta dei diritti*. Einaudi, Torino, 1990.

6 ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Segunda edición, Trotta, Madrid, 1997, p. 133

racionaliza el Derecho en los tiempos de dispersión y tensión en la confluencia de fuentes producidas a nivel local, regional e internacional⁷; pero no se ha ido a fondo para indagar sobre los métodos y estrategias para «optimizar» el producto del razonamiento de los jueces recogido a través de sus sentencias.

La incorporación de la técnica del precedente, parece hacer justicia a este déficit en la tradición jurídica del *civil law*. Si los jueces participan hoy en día de una manera sustancial en la elaboración de las piezas centrales del Derecho de tiempos del constitucionalismo, el producto de tales aportes no es otro que su doctrina jurisprudencial, experiencia genuina extraída de la confrontación constante entre decisión política expresada a través de la ley y demandas concretas planteados por el ciudadano ante la jurisdicción.

Es esta presencia inusitada de los jueces en las sociedades contemporáneas la que debe también ser valorada cuando se trata del precedente constitucional. Es decir, se trata de una herramienta para la incorporación «de aquello sobre lo que no se vota»⁸ que es, en esencia, la actividad de los Tribunales Constitucionales en las sociedades contemporáneas. Si aquello sobre «lo que sí se vota» se concreta a través de la legislación, en cambio, los derechos y su concreción a través de las decisiones del Tribunal Constitucional, parecen reclamar nuevas formas de expresión para hacer su ingreso en el sistema fuentes del Derecho. Una aparición que, por cierto, reclama una especial ubicación: esto es, la de la dimensión de las normas con fuerza y jerarquía constitucional.

Por cierto, hablar de *precedente constitucional* en nuestro entorno puede parecer algo insólito. Hasta hace muy poco, la propia Constitución era, en la práctica, una ley ordinaria más, que cambiaba conforme cambia el régimen de turno. Una Constitución sujeta, en buena cuenta, a las fricciones de la vida política y, en consecuencia, sin el carácter de perdurabilidad, consustancial a una Constitución que quiere «extraer» de las contiendas políticas coyunturales aquello que es perdurable, como los derechos⁹.

No obstante, siendo optimistas, los últimos años han reivindicado como nunca antes en nuestra historia, la labor del juez constitucional. Los derechos parecían encontrar su recipiente, incluso en el manchado depó-

7 Sobre la actividad racionalizadora que cumple la jurisprudencia en el orden jurídico «disperso», puede verse nuestro trabajo «Orden jurídico, articulación de fuentes y función racionalizadora de la jurisprudencia (Comentario a la STC Exp. N.º 047-2004-AI/TC)» En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. N.º 5, Lima, mayo de 2006, pp. 479 y ss.

8 La frase es de ZAGREBELSKY para distinguir la legislación de la labor jurisprudencial de los jueces constitucionales: «La legislación es función de aquello sobre lo que «se vota», mientras que la justicia constitucional es función de aquello sobre lo que «no se vota», por que es *res publica*» En: «Discurso por los 50 años de la Corte Constitucional Italiana» En: *Justicia Constitucional*. Cit. p. 401.

9 Cfr. AGUILÓ REGLA, Joseph. *La Constitución del Estado Constitucional*. Palestra-Temis, Lima, Bogotá, 2004.

sito de una Constitución elaborada a tijeretazos para colmar los apuros de la dictadura¹⁰. El deseo colectivo de construir un espacio para los derechos, se ha venido realizando a través de miles de demandas que han tocado las puertas del Tribunal Constitucional en busca de tutela, y que, en muchos de los casos, han recibido una sentencia estimatoria que ha entusiasmado a la población¹¹.

En este contexto, el presente trabajo intenta presentar de modo general, las características especiales con que ha sido recogido el precedente constitucional en la versión del legislador del Código Procesal Constitucional del Perú¹². Se trata de contextualizar el debate, todavía silencioso, pero latente, en torno a las reales posibilidades de una política constitucional en base al precedente que sugiere la incorporación de esta nueva técnica en el Derecho Constitucional peruano. En la última parte se trata de llamar la atención sobre la necesidad de no caer en el esnobismo de su uso desenfrenado, que puede poner en riesgo, no sólo su propia razón de ser: esto es, generar predictibilidad y seguridad jurídica, sino que a la postre, pueda poner en entredicho la propia legitimidad del Tribunal.

II. La resistencia al precedente y la apertura del debate

Hace ya más de 50 años que se inauguró en Europa (escenario originario del *civil law*), una lucha que no ha cesado hasta ahora, por reivindicar que, en última instancia el Estado Constitucional bien puede también ser definido como Estado de la Jurisdicción: esto es, una apuesta sin reparos por los jueces y su irrenunciable labor creadora. La conferencia magistral de Otto BACHOF, con ocasión de su asunción en el cargo de Rector de la Universidad de Tübinga (Alemania) en mayo de 1959, es uno de los testimonios más claros y lúcidos sobre esta nueva etapa:

«Hoy sabemos (diría el flamante Rector), que ya en toda interpretación judicial de una norma ha existido siempre, al mismo tiempo, un desarrollo de dicha norma, que cada valoración judicial ha implicado siem-

10 Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar. «La jurisprudencia del Tribunal peruano en el 2005» En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. N.º 10, Madrid, 2006.

11 Las encuestas han mostrado un reconocimiento permanente a la labor del Tribunal Constitucional, destacándolo como una de las instituciones jurisdiccionales con mayor respaldo social. Cfr. al respecto, algunas cifras en la última edición del libro del Magistrado César LANDA, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera Edición, Palestra, Lima, 2007.

12 El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional recoge en estos términos, el precedente constitucional vinculante: «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».

pre un elemento de decisión auténtica y originaria sobre el ordenamiento jurídico. Ysay y Heck (...) han proseguido estas investigaciones, y más recientemente, sobre todo Esser y Wieacker han señalado en qué medida tan considerable la fórmula de que el juez está sometido solamente a la ley aparece como algo ficticio en la realidad social»¹³.

La extensión de la cita se justifica, pues nos exonera de dar argumentos para hacer frente algunas posturas que, todavía hoy, reivindican a través de avisos financiados con presupuesto público, el san benito de que el juez sólo está sometido a la ley y a la Constitución, pretendiendo de este modo, negarle presencia e importancia, en nuestro medio, a la labor de los jueces y, sobre todo, a la labor de los jueces constitucionales (además, de modo directo, al precedente constitucional).

Nos estamos refiriendo a un incidente que, de no ser por el contexto en que vivimos, quizá hubiera pasado desapercibido¹⁴. Se trataba de la reacción, paradójica¹⁵, del propio Consejo Ejecutivo del Poder Judicial que, mediante un comunicado publicado en varios diarios locales, intentaba responder a una resolución publicada el día anterior, en la que el órgano de Control de la Magistratura disponía, en lo que aquí interesa:

«que todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional de sus sentencias dictadas en los expedientes (...), así como en otras materias que tienen el mismo efecto normativo ya fijados o por fijarse¹⁶»

Frente a dicha resolución, la respuesta de la máxima instancia institucional del Poder Judicial no se hizo esperar y al día siguiente estableció, mediante comunicado, lo siguiente:

«Primero: Con arreglo a los artículos 138 y 139, inciso 1, de la Constitución y artículo 1 de la LOPJ, la potestad de administrar justicia se ejerce en exclusividad por el Poder Judicial a través de los órganos jerárquicos conforme a la Constitución y a las leyes

13 BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Cuadernos Taurus, Madrid, 1963, p. 12 (se ha omitido las referencias bibliográficas de los autores citados)

14 Nos referimos a la mirada pública que, de un tiempo acá, sigue a diario el quehacer judicial, con permanentes cuestionamientos desde la prensa y las distintas instancias de la propia sociedad civil, a la labor de los jueces del Poder Judicial.

15 Paradójica, porque visto en sentido institucional, se trataba de una reacción que trataba de quitar protagonismo a la propia jurisdicción (no hay que olvidar que la jurisdicción constitucional es por excelencia función jurisdiccional) para reivindicar más bien el papel del legislador y apelando para ello a una cierta concepción de regla, de la propia Constitución, como si el juez en la ley o la Constitución encontraría piezas exactas para ser ensambladas conforme el caso lo requiera sin agregar ni siquiera el pegamento a sus construcciones.

16 Resolución N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el diario oficial «El Peruano» el día 4 de abril de 2006

Segundo: Los magistrados judiciales sólo están sometidos a la Constitución y a la Ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en el inciso 1 del artículo 146 de la Carta Fundamental y en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁷

Se presentaba, así, una excelente oportunidad para abrir un debate sobre las posibilidades, ya no sólo del precedente, que era el problema específica al que hacía referencia la resolución de la OCMA, sino de la propia jurisprudencia constitucional. El textualismo constitucional del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, llegaba al extremo de negarle participación a cualquier otro órgano, que no sea el Poder Judicial, en la desoladora función de «administrar justicia». Así mismo, la jacobina reivindicación de la independencia judicial, como un anquilosado ornamento de reminiscencia del juez *voix de la loi*, nos ponía frente a un rico manjar a ser devorado por la crítica de los juristas post-positivistas que, a juzgar por sus discursos, al parecer están de moda. Pero nada relevante ha ocurrido; nadie se ha dado por notificado y tampoco la OCMA ha dado cuenta de algún «hallazgo» sobre algún disidente y, desde las altitudes del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, tan poco ha aparecido algún nuevo anuncio crucificando a algún juez-kamikaze que haya osado desviarse de los caminos «siempre claros» de la ley.

Creemos que no se trata de ver en la OCMA algún nuevo «aliado del Tribunal Constitucional»¹⁸, ni tampoco de que los precedentes, como las letras de antaño, «con sangre entran». Se trata en todo caso, de asumir una posición clara sobre el lugar que corresponde, en el Estado Constitucional de Derecho, al Tribunal Constitucional y, en particular, a su labor, tanto en defensa del orden constitucional, como en la tutela de los derechos fundamentales.

La cuestión central que debe asumir la crítica seria, debe circunscribirse a determinar el valor jurídico del precedente constitucional en el sistema de fuentes de nuestro país. En este contexto, se sitúa la postura asumida por la profesora Eugenia ARIANO DEHO, para quien los precedentes constitucionales no pueden insertarse en el catálogo de fuentes (se entienden formales) del orden jurídico peruano. Esto sería así, «porque los jueces, incluso los constitucionales, no están puestos en nuestro sistema constitucional para «crear» normas, sino para resolver controversias concretas con base a derecho». Ello sería «más evidente» aún en el ámbito de la justicia ordinaria, donde conforme nos recuerda, «los jueces están sometidos «sólo» a la Constitución y a la Ley –que es a su vez *garantía y límite* de su independencia»–, lo que importaría en buena cuenta «motivar por escrito sus resoluciones con mención expresa de la ley aplicable» conforme se desprende del artículo 139.5 de la Constitución.

17 Aviso publicado el día 5 de abril de 2006.

18 Estos han sido los términos usados por Eugenia ARIANO en su trabajo «Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frenesies de poder del Tribunal Constitucional» En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N.º 96, setiembre de 2006, p. 75 y ss.

Esta postura de la profesora ARIANO es del todo coherente, además, con su concepción de *interpretación* la misma que expone en el mismo trabajo. Según afirma, la labor «resolutiva» de conflictos (aplicadora de normas se entiende) y no creadora, que realizan los jueces en general (incluido el juez constitucional), no supone bajo ningún punto de vista «que «el medio» pueda convertirse en «el fin» y que el producto de ese «medio» (la interpretación) pueda imponerse verticalmente a los demás»¹⁹

Queda claro que una postura tal resulta muy cercana a la que se puede desprender del aviso del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. De ahí que, con el ánimo de avivar un debate sobre estos temas cruciales para el desarrollo del Estado Constitucional y sus reales posibilidades en nuestro país, conviene detenernos a agregar algunos argumentos a los ya establecidos por BACHOF a finales de la década del 50.

En primer término y, al margen de que existe cierta ambigüedad en el juego de palabras entre «medio» y «fin»²⁰ en el proceso de interpretación del Derecho que sugiere la profesora ARIANO, es un lugar común en la teoría del Derecho el asumir que el objeto de la interpretación no son las «normas» sino las grafías, textos o disposiciones que «propone» el legislador o el constituyente, para el caso del texto constitucional. En tanto que, el resultado de la interpretación son las normas. Así, se suele distinguir entre *disposición* y *norma*²¹, o entre enunciado normativo y norma interpretada, o como lo propone también HESSE²², en el ámbito de la interpretación constitucional, entre «programa normativo y norma concretizada».

En consecuencia, no se trata de que el «medio» esté siendo impuesto «verticalmente» a los demás órganos del Estado, incluidos por cierto los particulares, sino, en todo caso, las normas constitucionales concretizadas

19 Op. cit. p. 86

20 El «medio» podría ser la disposición normativa, «medio» también podría ser el propio Tribunal para el caso de la interpretación constitucional. De modo que, pensar que el «medio» es la interpretación esconde en el fondo una concepción de la interpretación como una mera actividad de «descubrimiento» de lo que ya dijo el legislador. Una actividad cognitiva que sólo la ha podido reivindicar en tales términos el positivismo más ortodoxo.

21 Así, Riccardo Guastini ha sostenido: «La disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa y la norma, su resultado. La disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y todavía por interpretar. La norma es una disposición interpretada y, de ese modo, reformulada por el intérprete: es un enunciado del lenguaje de éstos», en: GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. UNAM, México, 1999, p. 11. Del mismo autor, véase también «Disposizione vs. Norma» En: *Giurisprudenza costituzionale*. Parte seconda, año XXXIV, 1989, p. 3 y ss. La referencia inicial a esta distinción nos lleva, para el caso italiano, a los trabajos de V. CRISAFULLI. «Disposizione (e norma)» En: *Enciclopedia del diritto*. XIII, Milano, 1964.

22 HESSE, K. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón, Segunda edición, CEC, Madrid, 1992, p. 43

por el Tribunal Constitucional como tribunal al que le confiere tal competencia la propia Constitución.

Es precisamente a partir de esta distinción entre disposición y norma que se ha afianzado, en los últimos años, la labor creadora de los tribunales y cortes constitucionales. En el caso peruano, el Tribunal, siguiendo esta misma concepción²³, ha venido también a reivindicar su actividad creadora, al afirmar de modo categórico que: «Las sentencias constitucionales son, de este modo, piezas del orden jurídico y de los derechos, que, a partir de los casos concretos, permiten el desarrollo de los derechos frente a situaciones muchas veces no previstas en el propio ordenamiento constitucional»²⁴.

La interpretación, si es que es concebida como «medio», sirve, en todo caso, para «intermediar» entre caso y regla de Derecho²⁵, permitiendo incorporar otros elementos de la vida pública del Estado Constitucional, a través de la jurisprudencia²⁶. La judicatura del Estado Constitucional no puede asumir, por ello, una concepción del Derecho que tenga como único referente la ley o la Constitución escrita, pues ello significaría, no sólo desatender la textura abierta y muchas veces indeterminada de la propia Constitución, sino además, supondría renunciar a que ésta sea expresión del pluralismo que se concreta en la vida diaria vía interpretación.

Como ha escrito SPADARO²⁷, «quien interpreta crea» y, más aún tratándose del Máximo tribunal jurisdiccional de un país, «(...) quien está en posibilidades de establecer qué cosa significa la Constitución del Estado es, a todas luces, el órgano-sujeto que tiene el (mayor y más auténtico) poder en el Estado». Esto es, en buena cuenta, el órgano institucionalizado para pronunciarse como *viva vox constitutionis* y que como tal, dispone de «la misma autoridad de aquella reconocida a la propia Constitución»²⁸.

Podríamos estar o no de acuerdo con el hecho de que los jueces y, en particular, el Tribunal Constitucional adquieran, por esta vía, demasiado poder en el Estado Constitucional²⁹. No obstante, ello no nos pone al

23 Así por ejemplo de manera expresa en la sentencia Exp. N.º 010-2002-AI/TC.

24 STC Exp. N.º 4119-2005-AA/TC, f. j. 41.

25 Cfr. ZAGREBELSKY. *La giustizia costituzionale*. Segunda edición, Il Mulino, 1988, p. 39 y ss. Cfr. especialmente su capítulo 2: «Natura e limiti dell'uso giudiziario della costituzione»

26 Así en la concepción de Peter HÄBERLE, sobre la apertura en la interpretación constitucional. Cfr. *El Estado constitucional*. Op. cit., p. 157 y ss.

27 SPADARO, Antonino. «Las motivaciones de las sentencias de la Corte como técnica de creación de normas constitucionales». En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. N.º 4, Palestra, Lima, abril de 2006, p. 545 y ss.

28 SAITTA, Antonio. *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni de la Corte Costituzionale*. Giuffrè, Milano, 1996, p. 165.

29 Aunque la pregunta en este punto habría que plantearla al propio constituyente, como lo hiciera a finales del 50 BACHOF al analizar la Ley Fundamental

margen de la realidad, una realidad que ha constitucionalizado esta máxima fuerza de la labor creativa del Tribunal, expresada ahora a través del Precedente. Pero veamos en seguida otro argumento que se suele oponer a la idea de que los jueces «gobiernen» el Estado Constitucional a través de precedentes.

1. La invocación de la independencia judicial

El aviso del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, ha puesto también sobre la mesa, el argumento más usado cuando de oponerse a la jurisprudencia como «fuente» de Derecho se trata. Se trata, a primera vista, de un argumento constitucional irrefutable, en la medida que alude a la independencia de los jueces (arts. 138 y 139.2 de la Constitución).

En su versión más simple, el argumento puede resumirse así: los jueces, a la hora de decidir, sólo pueden obedecer a la ley y a la Constitución, cualquier otro elemento extraño a estas dos «fuentes» debe entenderse como una amenaza a la independencia de los jueces.

Se trata de una concepción de independencia judicial tributaria de un modelo de organización jurisdiccional burocrática y sometida al «imperio de la ley» que simplemente ha incorporado un nuevo elemento en el cliché: la Constitución. No obstante, una simple invocación de la Constitución o la ley no resuelve el problema central de la actividad judicial en el Estado Constitucional.

Al margen de los problemas que supone la presencia de una Constitución como norma jurídica impregnada de valores y que adopta la fórmula más de principios que de reglas³⁰, resulta innegable, a estas alturas, que los jueces en su actividad diaria no resuelven el problema de su imparcialidad (fin último al que sirve la propia independencia judicial), invocando sólo la ley o la Constitución. Como ha precisado el propio Tribunal Constitucional, «los jueces no son más independientes por que se autogobiernen o porque decidan «soberanamente» desde su interioridad subjetiva las causas que la sociedad les plantea». En consecuencia, la simple invocación de la ley o la Constitución, al parecer no resulta suficiente para «demostrar» o garantizar la independencia e imparcialidad judicial. En todo caso, «Es la labor en los casos diarios lo que permite constatar si

de Bonn, ¿han hecho bien la Constitución dejando tanto poder en manos de los jueces? La repuesta de BACHOF en su famosa conferencia es del todo clara en este punto. La opción por el modelo Constitucional de Derecho, «señala el abandono consumado del positivismo legalista en el pensamiento político y jurídico alemán, la pérdida de creencia en la omnipotencia del legislador estatal». Cfr. BACHOF. Op. cit., p. 36

30 Sobre la distinción entre principios y reglas, la bibliografía se ha vuelto demasiado amplia. Baste en todo caso remitirnos aquí al trabajo pionero de Ronald DWORKIN. *Los derechos en serio*. Traducción de M. Gustavino, Ariel, Barcelona, 1984. También, Luis PRIETO SANCHÍS. *Constitutionalismo y positivismo*. Fontamara, México, 1997

dichas garantías pueden objetivarse, otorgando de este modo legitimidad al juez en el ejercicio de sus funciones»³¹.

En un contexto tal, la incorporación de la jurisprudencia en general o, en particular, del precedente constitucional, en el razonamiento de los jueces, no puede ser vista al margen del concepto de orden jurídico. En este caso, un orden jurídico que ha sido concretizado a través de las interpretaciones del órgano funcionalmente encargado para definir los términos vagos e imprecisos de la Constitución. Se trata, en buena cuenta, de superar aquella concepción del juez aplicador mecánico de la ley, para finalmente reconocer «que la independencia radica precisamente en la existencia de una decisión judicial basada no en una sola interpretación, sino en una posible dentro de las varias posibles que tendrá como marco necesario, además del texto de la norma, los propios valores constitucionales que lo informan»³². En consecuencia, la independencia no existe *ex ante*, sino que se reivindica en cada caso. El juez gana su independencia argumentando y expresando las razones por la que opta por una determinada comprensión del caso y de la propia ley.

En el ámbito de la interpretación constitucional sin embargo, el propio sistema jurídico ha autorizado una interpretación no sólo final³³, sino también autorizada de la Norma fundamental. En el primer caso (tratándose de las interpretaciones de la ley) se habla del valor persuasivo de las interpretaciones del Tribunal, en la medida, claro está, que admita otras posibles interpretaciones desde la Constitución. En el segundo caso (las interpretaciones de la Constitución) estamos ante la presencia de un precedente vinculante, cuando así lo exprese el Tribunal, o en todo caso, de la doctrina constitucional del Tribunal que debe ser acatada como tal por todas las instancias judiciales, como también por los demás poderes del Estado.

Invocar la independencia judicial para desacatar la jurisprudencia constitucional o el propio precedente, solo puede significar una comprensión del orden jurídico que se cierra sin la participación del ente calificado como órgano que concreta las normas constitucionales. En este sentido, se ha hablado de «coherencia interna del ordenamiento jurídico»³⁴ o también del principio de «unidad interpretativa»³⁵ de la Constitución que se

31 Así en el STC Exp. N.º 3361-2004-AA/TC, f. j. 16.

32 GONZALES MANTILLA, Gorki. *Poder Judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*. PUCP, Lima, 1998, p. 72.

33 Cfr. LANDA ARROYO, César. «Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional» En: *Parlamento y Constitución*. N.º 9, Toledo, 2005.

34 Así, RUBIO LLORENTE, F. «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional» En: *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*. CEC, Madrid, 1997, p. 452.

35 En este sentido, se ha argumentado que, siendo la Constitución una y siendo el propio ordenamiento uno, «no cabe que existan mecanismos dispares de

verían burlados de no acatarse las interpretaciones vinculantes del Tribunal Constitucional.

Sea como fuere, el orden jurídico del Estado Constitucional resulta incompleto sin la participación del Tribunal Constitucional, como órgano calificado para la tarea de la interpretación de la norma con mayor grado de indeterminación y que, sin embargo, contiene los valores y principios sobre los que asienta la misma estructura del Estado Democrático³⁶ (art. 1 de la Constitución). Por ello es que tampoco resulta aceptable la tesis según la cual, el uso de los precedentes constituye límite o excepción al principio de independencia³⁷, en la medida que la independencia de los jueces no puede construirse al margen del orden jurídico constitucional, y menos aún puede servir de argumento para dejar fuera del razonamiento judicial las precisiones autorizadas de la norma suprema del Estado.

III. La «identidad» del precedente constitucional peruano

La apertura del debate en torno al precedente, se muestra todavía incipiente, de modo que, aunque es claro que existen posturas que no admiten la incorporación de la jurisprudencia constitucional como «nueva» fuente de Derecho, no se podría hablar todavía en nuestro entorno de un debate entre una tesis escéptica y otra optimista como ha delimitado Carlos BERNAL en el caso colombiano³⁸. Podría decirse así que el debate, en el caso nuestro, no ha despertado aún. De hecho, las pocas muestras de interés de los propios especialistas en materia constitucional pudieran darnos la imagen de que se trata de un asunto fuera de debate³⁹. Tal afirmación sin embargo esconde la verdadera dimensión del problema. La propia identidad del precedente es discutible, en la medida que, como

interpretación constitucional independientes» Cfr. PÉREZ TREMPES, Pablo. *Escritos sobre justicia constitucional*. Editorial Porrúa, México, 2005, p. 59

36 Cfr. DÍAZ REVORIO, Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. CEC, Madrid, 1997.

37 Así Javier ADRIÁN, cuando sostiene: «(...) la existencia de una regla que constituya precedente vinculante en casos sustancialmente iguales constituye un límite a la garantía institucional de la independencia judicial, es decir, la capacidad autodeterminativa que tiene el juez para resolver un caso conforme a la Constitución y a la ley expedida conforme a ésta, se verá limitada por la obligación de resolver conforme al precedente judicial vinculante que exista, la misma que se deriva, conforme se ha mencionado reiteradamente, de los principios constitucionales de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica, además del artículo VII del Título Preliminar del CPCons». Cfr. «Relaciones entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial. El valor de la jurisprudencia vinculante» En: *Gaceta del Tribunal Constitucional*. N.º 2, Lima, 2006 (versión electrónica: <http://gaceta.tc.gob.pe/cec02.shtml>).

38 BERNAL PULIDO, Carlos. «La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano» En: *Foro Precedente 2003*. Universidad Icesi de Cali.

39 Los trabajos que se pueden citar son contados y si bien se ha expresado alguna crítica a la forma como se viene aplicando el artículo VII por parte del

veremos, se aparta de la tradición establecida en su escenario original: el *common law*. Pero, además de ello, el precedente es también un buen pretexto para indagar sobre los límites del Tribunal a la hora de extender su poder normativa a través de sus decisiones. Veamos a continuación algunos de estos aspectos del problema.

1. Las confusiones iniciales tras la puesta en vigor del Código Procesal Constitucional.

Tras la puesta en vigor del Código Procesal Constitucional (CPConst.) algún lector extranjero, de paso por el Perú, nos preguntaba: «Explíqueme por favor, ¿la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es o no vinculante en el caso vuestro?, pues leo el artículo VI de vuestro novísimo Código Procesal Constitucional y ahí se señala que «los jueces interpretan y aplican las leyes y toda norma infralegal conforme a las interpretaciones que recoja el Tribunal Constitucional en sus resoluciones». Esto lo entiendo –decía nuestro visitante– como un efecto amplio de la jurisprudencia del TC, recogida no sólo en sentencias, sino incluso en los autos de rechazo por ejemplo. Resulta, sin embargo –continuaba–, que a renglón seguido el artículo VII del mismo cuerpo normativo, se señala que lo que realmente resulta vinculante son «Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren autoridad de cosa juzgada», pero además dicho efecto debe ser declarado expresamente por el propio Tribunal «cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo»».

El sentido común de nuestro visitante nos mostraba, de este modo, una aparente contradicción que no tardó en expandirse también a los tribunales. Así en el caso Torres Méndez contra el Consejo de la Magistratura (Exp. 1172-2001), la Sexta Sala Civil de la Corte de Lima, no dudó en establecer entre sus fundamentos, que si bien sobre el tema de la ratificación de magistrados se encontraba vigente la jurisprudencia del TC, emitida entre otros, en los expedientes N.º 1941-2002-AA/TC y 2209-2002-AA/TC⁴⁰, jurisprudencia que el propio ponente de la sentencia admite haber aplicado con antelación a este caso; no obstante, y en la medida que tales consideraciones no habían sido recogidos como precedente vinculante

Tribunal (ESPINOSA-SALDAÑA), está pendiente el debate en torno a las posibilidades del precedente como herramienta para establecer la política jurisdiccional de parte del máximo intérprete de la Constitución. Cfr. ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, «El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarle en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana» En: *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, N.º. 1, 2006, p. 67 y ss.

40 Debe advertirse en este punto, que el TC venía ha «convalidar» de algún modo la actividad «discrecional» del Consejo Nacional de la Magistratura, estableciendo que los jueces y fiscales de la república debían de someterse cada siete años a una suerte de ratificación de la confianza la misma que podía ocurrir, como en efecto sucedía, sin expresión de razón alguna cuando el resultado era la no ratificación. Esta tendencia en la jurisprudencia ha sido ya superada tras la expedición de la sentencia en el Exp. N.º 3361-2004-AA/TC.

en los términos del artículo VII, no tendrían efecto vinculante y, en consecuencia, no fue tomado en cuenta a la hora de resolver el caso⁴¹. De este modo, contra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Poder Judicial anuló en este caso el acuerdo del Pleno del Consejo de la Magistratura, que resolvió no ratificar al Magistrado Miguel Torres Méndez, y ordenó su reposición en el cargo de Vocal Titular de la Corte del Callao.

Similar criterio asumió la Segunda Sala Civil de La Corte Superior de Lima, en el amparo presentado por Antonio Cerna Bazán contra el CNM, en el que ordenó la reposición del recurrente en su puesto de Fiscal Superior de la Libertad (Exp. N.º 186-2005), considerando entre sus fundamentos y, en lo que aquí interesa, que «(...) respecto a la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2004 emitida por el máximo intérprete constitucional, en el expediente N.º 1855-2004-AA/TC, el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, señala en su parte pertinente que 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» (fundamento sétimo). Luego y sobre esta base argumentativa señala en su fundamento octavo que la sentencia constitucional aludida, «Si bien constituye una sentencia del máximo intérprete constitucional, el criterio en ella expuesto no resulta de observancia obligatoria *al no encontrarse en el supuesto antes mencionado*, máxime si en dicha sentencia existe un voto singular de la magistrado Revoredo Marsano que avala el criterio expuesto en la presente resolución» (resaltado agregado)

Si bien en ambos casos resulta interesante hacer notar la referencia a la falta de unanimidad en la votación de los magistrados del propio TC, lo que también desde la perspectiva del uso de los precedentes, debilitaría en efecto su fuerza vinculante⁴². Lo importante aquí es que el órgano judicial está asumiendo que el efecto vinculante de las sentencias del

41 «A la fecha, se encuentra vigente el Código Procesal Constitucional, Ley 28237, norma que en su artículo VII del título Preliminar precisa: (...), no habiéndose precisado que estas sentencias (alude aquí a la jurisprudencia constitucional) tengan dicho carácter vinculante, máxime teniendo en cuenta que con posterioridad, dos de los integrantes del referido Tribunal, no comparten el criterio asumido en las sentencias antes indicadas» (Fundamento jurídico sexto, en nota al pie hacen referencia a los votos singulares de los Magistrados Revoredo Marsano (Exp. N.º 1923-2003-AA/TC) y Manuel Aguirre Roca (Exp. N.º 718-2004-AA/TC))

42 La distinción que suele hacerse en este punto es entre *ratio* y *opinions*. A primera vista, si bien las opiniones de los jueces disidentes o concurrentes respecto del fallo, no vinculan, sus efectos colaterales son diversos. En lo aquí importa sin embargo, una decisión que contiene varios votos disidentes (opiniones) reduce su fuerza vinculante y muchas veces, hacia el futuro, resulta más atrayente una opinión disidente que la propia decisión de la mayoría. Cfr. MORETIL, Francesca. «El precedente en el sistema inglés» En: *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Franceso GALGANO (coordinador) Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, p. 41.

Tribunal Constitucional se desprende sólo del artículo VII del CPConst. asumiendo de este modo una concepción formal del precedente que debilitaría la fuerza jurídica de las decisiones del máximo intérprete de la Constitución. En consecuencia se hace necesario precisar algunas de sus características para aclarar estas confusiones.

2. Una primera distinción: Precedente vinculante e interpretaciones constitucionalmente vinculantes.

Este es el contexto en el que el Tribunal vino a precisar en el caso Salazar Yarlenque vs. Municipalidad de Surquillo (Exp. 3741-2004-AA/TC) las distinciones entre precedente y jurisprudencia. Para el Tribunal, se trataría de una distinción de grado, en la medida que mientras «La jurisprudencia constituye (...) la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo»; con el precedente en cambio «el Tribunal (...) ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto».

El propio Tribunal se ha encargado, de este modo, de precisar que cuando el artículo VI del Código Procesal Constitucional, como también la Primera Disposición General de su Ley Orgánica, hacen referencia a la obligación que afecta a los jueces y tribunales de interpretar y aplicar 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; debe entenderse que tal efecto está referido, en términos generales, al efecto vinculante de las interpretaciones del Tribunal con relación a los jueces del Poder Judicial, sobre todo cuando se trata de su labor de máximo intérprete de la Constitución⁴³; mientras que, cuando el Tribunal considera que a partir de un caso concreto resulta relevante extraer una regla con carácter más general, válida no sólo para la interpretación judicial sino para todo el ordenamiento jurídico, podrá ejercer su poder normativo a través de la técnica del precedente vinculante.

43 En este punto, conviene recordar las discusiones que se han suscitado, también en la doctrina española, de donde proviene la redacción de este artículo del Código Procesal Constitucional, con relación a los efectos vinculantes de las interpretaciones de la Ley por parte del Tribunal. Para un sector lo que resultaría vinculante sería sólo las interpretaciones de los «principios y preceptos constitucionales» mientras que cuando se trata de las interpretaciones de la Ley, ningún juez del poder judicial se encontraría vinculado. En este sentido y tomando postura a favor de la vinculatoriedad de las interpretaciones también de la ley en el marco del control de constitucional se ha sostenido que: «Sería en cierto modo contradictorio entender que la interpretación de la Constitución es vinculante, pero no lo es la interpretación constitucional de la ley, que depende directamente de la propia interpretación constitucional», de modo que, «la interpretación que a estos efectos haga de la ley el Tribunal Constitucional vincula a jueces y tribunales ordinarios», Cfr. DÍAZ REVORIO, JAVIER. *Las sentencias interpretativas del tribunal Constitucional*. Madrid, 2001, p. 109, donde puede verse además las referencias a las posturas contrarias a esta interpretación.

Tal como el propio Tribunal se ha encargado de precisarlo en otra de sus decisiones: «la jurisprudencia constitucional, en tanto doctrina sobre las interpretaciones de los derechos fundamentales previstas en la Constitución o en la ley, vincula a todos los jueces en los fundamentos relevantes que han incidido en la solución del conflicto de derechos (*ratio decidendi*). Mas, la identificación del ámbito de vinculación es competencia del juez que va a aplicar la jurisprudencia vinculante en los términos en que lo hace el referido artículo VI del Código Procesal Constitucional. Ello configura una institución constitucional-procesal autónoma, con características y efectos jurídicos distinguibles del precedente vinculante, con el que mantiene una diferencia de grado»⁴⁴.

Se trata, si se quiere, de una distinción sutil pero trascendente. La incorporación del precedente supone entonces, en una primera aproximación, la asignación de una función de depuración de la jurisprudencia constitucional en manos del propio Tribunal, a efectos de que aquellas reglas que van haciéndose «usos aceptados» por los operadores jurídicos y que han surgido de la labor de interpretación del Tribunal, puedan, poco a poco, incorporarse en una especie de categoría especial de Derecho de reglas, convirtiendo de este modo al Tribunal en una suerte de «legislador jurisprudencial» que aporta verdadero Derecho escrito al conglomerado del orden jurídico a través de sus interpretaciones de la Constitución o eventualmente también de la ley.

3. Doctrina jurisprudencial y precedente normativo

Hecha esta primera aclaración, pareciera sin embargo que de las distinciones hechas por el propio Tribunal, entre precedente y jurisprudencia, no cabría hablar de precedente sino a partir de la vigencia del CPConst. Tal aseveración, sin embargo, no resultaría del todo cierta, sobre todo si consideramos al precedente en sentido lato como «un elemento importante del método jurisprudencial para la decisión de las controversias futuras en base a decisiones previas»⁴⁵.

Como es fácil comprender, se trata de una institución que no es nueva en nuestro sistema jurídico, sobre todo si atendemos a su carácter general y lo identificamos con aquella regla jurisprudencial que el Tribunal utiliza como argumento central para decidir un caso futuro. Puede decirse incluso, que el proceder del Tribunal, desde sus inicios, ha tomado en cuenta sus propias reglas, sentadas previamente a través de su jurisprudencia. Ejemplos de esa «autovinculación» del Tribunal a sus propios precedentes son algunas instituciones conocidas hoy en el ámbito del Derecho procesal constitucional peruano, como el amparo contra nor-

44 STC Exp. N.º 6167-2005-PCH/TC, f. j. 2.

45 Cfr. KAUPER, Paul G. «La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli stati uniti» En: *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*. A cura di Giuseppe Treves, Torino, 1971, p. 216

mas⁴⁶, o el propio amparo contra decisiones judiciales emanadas de «procedimiento irregular»⁴⁷. Ambos institutos procesales surgidos, si se quiere, de lecturas no necesariamente literales o del propio artículo 200, inciso 2⁴⁸ de la Constitución.

En este sentido, cabe hacer una precisión adicional. El precedente normativo, o mejor aún, las normas que el Tribunal puede establecer a partir de su potestad de establecer precedentes, no constituyen un reemplazo del valor vinculante que también posee la doctrina jurisprudencial del Tribunal⁴⁹, identificable en las tendencias de su propia jurisprudencia.

La doctrina constitucional sentada por el Tribunal a través de sus argumentaciones, en los distintos procesos constitucionales, constituyen un conglomerado disperso, pero que debe ser comprendido como un conjunto unitario de preceptos orientados a precisar o concretar las disposiciones constitucionales en su confrontación con los casos planteados ante la

46 Sobre la jurisprudencia que se ha convertido en «precedente vinculante» en materia de amparo contra normas puede verse en ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 357 y ss. La distinción conceptual entre norma autoaplicativa y heteroaplicativa, ha sido en este caso la puerta de entrada para permitir el control de normas a través del amparo contra el texto «expreso» del artículo 200.2 de la Constitución. Más recientemente el TC ha ampliado esta noción en la sentencia al Exp. N.º 4677-2004-AA/TC, donde estableció que dicho control jurisdiccional a través del amparo incluso podría hacerse valer tratándose de amenaza cierta e inminente. En este sentido el Tribunal estableció: «En suma, tratándose de una disposición que establece restricciones al derecho fundamental de acceso a la justicia, como manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139 3 de la Constitución), el impedimento para plantear una demanda de amparo contra normas, previsto en el artículo 200 2 de la Constitución, debe ser interpretado bajo un criterio pro actione, de manera tal que, en ningún caso, la persona afectada o amenazada en sus derechos fundamentales por una norma autoaplicativa, se encuentre inermes e indefensa frente a ella» (f. j. 5). Sobre esta ampliación Cfr. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. «Deconstruyendo el amparo contra normas» En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. N.º 1, Lima, enero de 2006, p. 511 y ss.

47 Una autorizada síntesis de la jurisprudencia constitucional sobre el tema, que incluye por cierto el llamado «amparo contra amparo» también como precedente jurisprudencial, puede verse en: CARPIO MARCOS, Edgar. «El amparo contra el amparo» En: *El amparo contra el amparo. Dos versiones sobre un mismo tema*. Lima, 2004.

48 El inciso 2 del artículo 200 de la Constitución establece en efecto que: «La acción de amparo (...) No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular».

49 Doctrina jurisprudencial que hace referencia a cierta continuidad de un razonamiento expresado por el tribunal y sobre todo si se trata de llenar los vacíos del ordenamiento vía interpretación del propio Tribunal. Se hace referencia así por ejemplo a la llamada doctrina constitucional integradora. Cfr. BERNAL PULIDO. «El precedente constitucional», capítulo V de su libro *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 164.

jurisdicción constitucional. Constituyen, para decirlo en palabras de ALEXY, las «condiciones de precedencia»⁵⁰ a través de las cuales se definen los conflictos entre derechos fundamentales. Son las «condiciones» que hacen que un determinado derecho fundamental prime o sea optimizado en su confrontación con otro bien o derecho constitucional.

No obstante, tal como lo ha advertido TARUFFO⁵¹, «ocuparse del precedente en lugar de la jurisprudencia implica asumir una orientación más analítica, interesada en profundizar en los mecanismos mediante los cuales, la decisión de un caso influye en la decisión de un caso sucesivo, y en indagar las razones y las justificaciones»; si bien es verdad, tal como veremos más adelante, la «fórmula» de precedente establecido en el CPConst. sugiere un modelo de precedente más bien simple y de identificación formal. En este sentido no hay que perder de vista, que también cuando hablamos del precedente constitucional vinculante para el caso nuestro, se trata de indagar en las razones y en la forma cómo se articula el caso y la norma constitucional que ha sido interpretada en un caso concreto.

¿Qué ha cambiado entonces con la puesta en vigor del Código Procesal Constitucional?, ¿qué diferencia al novísimo precedente constitucional vinculante previsto en el artículo VII del CPConst. de las reglas precedentes que, tanto el propio Tribunal como la comunidad jurídica, mal que bien, veníamos identificando con meridiana claridad a través de sus sentencias?

De esto modo, la segunda precisión general que habría que hacer en este punto es que el precedente vinculante a que se refiere el artículo VII del Título Preliminar del CPConst., se diferencia de la doctrina jurisprudencial (que también es vinculante), en que mientras el primero está expresado en términos precisos como reglas puntuales y coinciden, o deben coincidir, con el núcleo de los argumentos de la decisión; en el caso de la doctrina jurisprudencial en cambio, las reglas vinculantes quedan sujetas a la distinción entre *obiter* y *ratio* propia del precedente del *common law* y, por tanto, deben ser identificadas en cada caso por el Tribunal que los debe aplicar en los casos futuros.

Aquí la distinción, ya no debe centrarse en el ámbito de vinculación o irradiación del precedente constitucional, sino más bien en la forma en

50 ALEXY, Robert, se refiere a las «relaciones de precedencia condicionada» como situaciones fácticas que inciden en la definición de las causas constitucionales. Cfr. del autor su *Teoría de los derechos fundamentales*. CEC, Madrid, tercera reimpresión, 2002, especialmente, su explicación sobre la «ley de colisión», donde escribe: «La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente» (p. 92). Se trata en consecuencia de verdaderas reglas interpretativas del caso en contraposición a las disposiciones de la Constitución.

51 TARUFFO, Michele. «Dimensiones del precedente judicial» En: *Cinco lecciones mexicanas: memoria del taller de Derecho Procesal*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México DF, 2003, p. 193

cómo se concreta dicha vinculación y la amplitud que alcanza. Esto es, mientras el artículo VI, irradia el ámbito de vinculación del precedente hacia la judicatura del poder judicial, el precedente vinculante normativo, lo hace con alcance general y con el máximo nivel jerárquico, esto es, a nivel de las «normas constitucionales»⁵².

Se trata de una verdadera potestad creadora de normas de nivel constitucional, que tiene además las siguientes consecuencias: a) el precedente no puede ser descatado por la legislación ordinaria. Cualquier cambio a las reglas establecidas a través de un precedente requiere el mismo quórum establecido para una reforma constitucional; b) tratándose de precedentes que establecen criterios de interpretación constitucional frente a supuestos normativos provenientes de la ley y que han confirmado la constitucionalidad de la misma, no sólo no pueden ser revisados en sede judicial, sino que tienen la virtud de anular la potestad de un eventual control judicial difuso por parte del juez ordinario; c) sólo el Tribunal puede variar el contenido normativo de un precedente normativo, aportando razones para ello; d) las limitaciones a su uso solo pueden provenir del propio Tribunal (*self restraint*), puesto que la imposición de límites terminaría por anular la propia esencia y la autonomía institucional irremplazable en un Tribunal Constitucional⁵³.

La distinción entre doctrina jurisprudencial y precedente normativo, nos da cuenta, por otro lado, de las dos funciones básicas que corresponde hoy en día a los Tribunales Constitucionales. Esto es, señalar la política constitucional a través de pautas de concreción de la constitución abierta, propia de una sociedad plural, y asumir, como máximo Tribunal, la defensa de los derechos fundamentales en su permanente conflicto, con otros derechos o con la legislación del Estado. A la primera función ha de atenderse, de ahora en adelante, a través del precedente normativo; de la

52 Así, refiriéndose a la labor de la Corte Constitucional italiana, afirma SPADARO: «La Corte no solamente «crea» normas con rango legislativo, mediante sus reconocidas sentencias «interpretativas/legislativas», sino que también –se trata de un rasgo mucho más importante– «crea», nos guste o no, las mismas normas constitucionales (o si se prefiere, como ya se ha mencionado, extrapola estas últimas del conjunto de disposiciones constitucionales vigentes) Cfr. SPADARO, Antonino. «La motivación de las sentencias de la Corte como técnica de creación de normas constitucionales» Cit., p. 546.

53 Puede invocarse otros límites desde luego en el marco del juego democrático, aunque, como veremos, tales límites se sitúan fuera del marco habitual de decisiones del Tribunal. Así por ejemplo, Javier DÍAZ REVORIO ha precisado que tales límites pueden provenir: 1) del propio Poder Constituyente, alterando su configuración y funciones en la propia Constitución; 2) el Poder legislativo ordinario, a través de las reformas a su propia Ley Orgánica; 3) el propio Parlamento aunque esta vez a través de su potestad de designación de sus miembros y, finalmente, 5) el Tribunal también está sometido a la jurisdicción supranacional, que en el caso nuestro ha sentido su poder en más de una ocasión. Cfr. su obra *La Constitución «abierta» y su interpretación*. Colección Derechos y Garantías, N.º 11, Palestra, Lima, 204, p. 259.

segunda labor, no menos importante han de seguir surgiendo, la benéfica doctrina constitucional a favor de los derechos fundamentales.

Sólo así, puede hacerse compatible la noción formal de precedente por la que, al parecer, habría optado el legislador del Código Procesal Constitucional y el valor jurídico, también vinculante, del conjunto de argumentaciones relevantes del Tribunal y que no han sido necesariamente seleccionadas como reglas en los términos del artículo VII, pese a que son reconocibles por la comunidad jurídica como doctrina constitucional del Tribunal, como ocurre, por ejemplo, con los casos citados, del amparo contra normas o el amparo contra resoluciones judiciales.

4. Precedente vinculante y valor de *cosa juzgada* de la sentencia constitucional.

Tratándose de una figura tan vinculada al ámbito del *common law*⁵⁴, otra de las observaciones generales que habría que hacer, siguiendo en este punto a PIZZORUSSO, es que el precedente vinculante (tanto el regulado en el artículo VII como también los precedentes que se puedan extraer y que son «materialmente» vinculantes), no hay confundirlos con el efecto de cosa juzgada que se suele atribuir en forma unánime a las sentencias del Tribunal Constitucional⁵⁵.

En este sentido, con frecuencia se suele confundir los planos y se pretende dar efecto de cosa juzgada a lo que sólo alcanzaría a tener efecto de precedente persuasivo, y por el contrario, se agota esfuerzos argumentativos

54 Es importante hacer notar, sin embargo, que también en el *common law* (al menos en el norteamericano), sí es posible una distinción entre *res judicata* y precedente. En este sentido, resulta interesante la anotación que hace el profesor Sagüés remitiendonos al caso *Burnet vs. Coronado Oil & Gas Co.*, donde un voto disidente del famoso Juez Brandeis, advirtió que la doctrina del *Stare Decisis* no podía equipararse a la regla *res judicata*, en la medida que ésta tiene una «autoridad universal inexorable», mientras que el precedente, como es sabido, siempre permite interpretaciones y es posible de no ser seguido incluso. El argumento con frecuencia, sirve también, para hacer notar que por esa fuerza «universal» de la cosa juzgada las decisiones de la Corte deben ser cumplidas incluso cuando ellas sean manifiestamente erróneas, mientras que cuando ella ocurra en una decisión, es bastante probable que ningún juez siga dicha decisión como precedente. Cfr. Néstor Pedro SAGÜÉS. «La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte en EE. UU y Argentina» En: *Estudios Constitucionales*. Año 4, N.º 1, Universidad de Talca, 2006, p. 23.

55 Para el caso peruano, el artículo 204 de la Constitución, establece que «la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto» (...) Como se observa tal efecto sólo se refiere al proceso de inconstitucionalidad, el efecto de cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de protección de derechos fundamentales no tendría norma constitucional directa, aunque se encuentra prevista en el artículo 6 del CPConst. que otorga dicho efecto sólo a las sentencias estimatorias.

en presentar una máxima o precedente, en donde no hay más que efecto de cosa juzgada en la decisión del Tribunal⁵⁶.

Se trataría, desde esta perspectiva, de distinguir entre el efecto jurídico que el ordenamiento confiere a la decisión del Tribunal contenida en el fallo y el efecto que el mismo ordenamiento otorga a las razones que sustentan dicho fallo. Como el propio Tribunal lo ha precisado, «la decisión o fallo constitucional constituye el pronunciamiento expreso y preciso, por medio del cual el Tribunal Constitucional estima o desestima el petitorio de una demanda de naturaleza constitucional»⁵⁷. Tal decisión adquiere poder jurídico para surtir efectos prácticos por el sólo hecho de tratarse de una decisión del Máximo tribunal jurisdiccional, de modo que si bien la decisión puede ser abiertamente errónea en su fundamentación, sin embargo, por el efecto de cosa juzgada, tal decisión deba siempre cumplirse, lo que no ocurriría para el caso del precedente, cuya aplicación depende, por lo general y como veremos, de cierta corrección en el razonamiento de la corte o tribunal⁵⁸.

En otros términos, también para el caso peruano, cuando de identificar al precedente se trata, hay que indagar en las razones o argumentos que sirven de fundamento a la decisión, aun cuando con frecuencia el precedente pueda ubicarse, para una mayor precisión y certeza en el fallo mismo⁵⁹.

56 Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro. «Stare decisis e Corte Costituzionale» En: *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*. Op. cit., p. 35

57 STC Exp. N.º 024-2003-AI/TC.

58 En el caso *Lawrence vs. Texas* (2003), la Corte Suprema Norteamericana, decidió apartarse de un precedente aplicable a la sodomía que en muchos estados se penalizaba –Caso *Bowers vs. Hardwick* (1986)– El argumento central para apartarse de dicho precedente que a todas luces resultaba aplicable también en este caso, fue que la argumentación del Tribunal en el año 86 era erróneo: La Corte consideró que en el caso *Bowers* «Tras malinterpretar el contenido del recurso, ciñéndose a determinar si existe o no un derecho constitucional a practicar la sodomía con mutuo consentimiento, *Bowers* señaló que «la prohibición de esta conducta tiene orígenes muy remotos». La Corte Suprema consideró que tal afirmación «que resultó esencial» para el fallo no era correcta, tal como lo demuestra en los argumentos de la sentencia. En este sentido concluye que «En sí misma la sentencia *Bowers* genera incertidumbre, por que la jurisprudencia tanto anterior como posterior contradice lo que allí se dice». De este modo, en el razonamiento de la Corte Norteamericana, el error hace que el precedente pierda su efecto vinculante, mientras que la decisión permanecerá inmutable con relación al caso decidido, es decir, mantiene su carácter de cosa juzgada. Cfr. Sentencia en el caso *Lawrence vs. Texas* (2003) en: *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Traducción y selección de Miguel Beltrán y Julio González, CEC, Madrid, 2005, p. 641 y ss.

59 En este punto resulta interesante hacer notar que la técnica de establecimiento del precedente no ha sido todavía del todo coherente en nuestro caso. Así por ejemplo hay casos en que la regla precedente ha sido ubicada de manera expresa en el fallo (Entre varias, STC Exp. N.º 4635-2004-AA/TC), mientras que en otros casos, los precedentes han sido sólo señalados en el lugar donde

No obstante, cuando ello ocurra, de todos modos parece razonable pensar que se trata de las mejores razones o de las razones «núcleo» de la decisión.

De este modo, para el caso peruano y siempre en el marco de la actual regulación del precedente vinculante, habría que afirmar que cuando el Tribunal coloca la regla del precedente vinculante en el fallo sin un mayor desarrollo o sustento en la fundamentación de la sentencia o cuando tal argumentación resultara luego equivocada o errónea, o peor aun, sin una conexión relevante con el caso desarrollado, a tal mandato no puede atribuírsele la condición de precedente, aun cuando no quepa dudas sobre el efecto de cosa juzgada que lo respalde como a toda decisión jurisdiccional. El efecto de cosa juzgada se despliega entonces al margen de los errores o imprecisiones en la argumentación, mientras que el precedente exige un mínimo de racionalidad argumentativa, de modo que en el error la judicatura inferior no está obligada a seguir el precedente⁶⁰.

IV. Concepción de juez y «modelo» de precedente

Cuando uno indaga sobre el precedente en su escenario original, la primera característica que por natural a veces no suele destacarse, es que la regla del precedente no es una máxima que se pueda ubicar en algún párrafo específico de la sentencia, menos aún, que sea la propia Corte que establece el precedente quien «ayude» a ubicarlo, señalándolo expresamente. Como bien lo ha señalado MAGALONI KERPEL, «Una de las características más importantes del *case law* es que el ámbito normativo y el significado de un precedente no se pueden conocer a priori a sus futuras aplicaciones; las reglas que integran el *case law* se determinan a través de la interpretación que existe entre el tribunal que las crea y el que las aplica»⁶¹. De este modo, el modelo de Derecho en base a precedentes es el resultado de un diálogo permanente entre el tribunal habilitado a crear las reglas precedentes y el tribunal o los jueces que aplican dichas reglas. En buena cuenta, del éxito de dicho diálogo entre cortes depende la eficacia práctica de los precedentes.

Tal como ha sido presentado hasta aquí, el precedente peruano se ha apartado de modo radical de esta tradición del *common law*. Aquí la regla

se ubica el fundamento, sin haberlos reiterado en el fallo (ejemplo de esto lo constituye la STC 6167-2005-PHC/TC). Para mayores detalles, recomendamos revisar las sentencias incluidas en la primera parte de este libro.

60 En este sentido resulta relevante que los jueces del Poder Judicial, cuando se trata de precedentes contradictorios, por ejemplo, puedan «documentar» las contradicciones o yerros en la interpretación del Tribunal como fundamento para no verse obligados a seguir determinados precedentes. El «gobierno» del Tribunal a través de sus precedentes, no es posible a partir de su sola ubicación en la cúspide del sistema jurisdiccional, es indispensable que esté respaldada en un discurso racional argumentativo.

61 MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. McGraw Hill, Madrid, 2001, p. 62

precedente viene estatuida en el propio fallo⁶² y con precisión de una regla que no admita confusiones. Quizá la explicación a esto haya que buscarla en la permanente falta de confianza hacia la capacidad de juicio de los jueces del Poder Judicial. Pero también no habría que descartar la concepción de juez de los propios autores del Código, una concepción de judicatura a la que sólo se le puede confiar la aplicación silogística de reglas sencillas y no así el análisis razonado que requeriría la incorporación del precedente en su dimensión más completa. De este modo el «modelo» de precedente peruano nos presenta al mismo tiempo una concepción de juez del Poder Judicial al que era mejor darle redactada y con negritas la regla del precedente, antes que depositar la confianza en su capacidad y juicio para interpretar las decisiones del máximo Tribunal.

Como ha sido destacado por el profesor Monroy, no es casual que en el *common law* se haya optado, desde siempre, por concederle al juez del caso futuro la interpretación de las reglas vinculantes sin coactarlo ni circunscribirlo a determinado criterio. «Precisamente, ser refractarios a una rígida fórmula escrita, le concede al sistema y a sus operadores la ventaja de imaginar creativamente ámbitos de aplicación que los condicionantes temporales e históricos –propuestos a velocidad espeluznante por una sociedad tecnológica y fugaz– le pueden exigir al juez con cierta regularidad»⁶³.

Las consecuencias de esta concepción sin embargo podrían poner en riesgo la propia legitimidad y bondad del precedente. Una primera consecuencia práctica en efecto, apunta a la posibilidad de que el modelo pueda generar un precedente autoritario sin ninguna conexión entre regla y caso; en segundo lugar, parece fácil suponer que un «modelo» tal de precedente, auspicia una judicatura poco interesada en seguir las razones reales de las decisiones del máximo Tribunal, contrayéndose a ver sólo las sumillas o sumarios de las decisiones; en tercer lugar, y quizá esto sea lo más pernicioso visto en perspectiva, el modelo que se propugna fortalece el formalismo, de modo que puede decirse que del juez «boca de la ley» se estaría pasando sin ninguna diferencia cualitativa a un juez «boca del Tribunal Constitucional».

En el plano teórico, se despliega asimismo una importante consecuencia: si la regla vinculante debe ser precisada por el propio Tribunal, poca o ninguna importancia tendrían entonces la distinción entre *obiter* y *ratio*. Por esta misma razón, tampoco tendrían valor alguno las teorías que se han desarrollado en el *common law*, precisamente para descifrar o identificar la *ratio decidendi* o *holding* de las sentencias

62 Esta regla no ha sido definida de modo uniforme por el Tribunal como veremos más adelante. Hay decisiones que señalan el precedente entre los fundamentos, sin mención en la parte dispositiva de la sentencia, las hay también aquellas que remiten a una parte de los fundamentos y finalmente, las que se concretan como reglas puntuales.

63 MONROY GALVEZ, Juan. «Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el *civil law*» (separata), p. 14.

Si bien un diagnóstico de los riesgos que se corre al haber otorgado tal poder al máximo Tribunal debiera merecer mayores indagaciones, puede establecerse, *prima facie*, la necesidad de construir una teoría del precedente peruano que lo haga compatible no sólo con la tradición jurídica de la que somos tributarios, sino que, sin debilitar más todavía las ya dañadas estructuras del sistema judicial a donde finalmente apunta el precedente constitucional, sirva al propio tiempo, para aquello que por antonomasia sirve la incorporación de la técnica del precedente, esto es, darle mayor predictibilidad a la actividad de los jueces. Desde luego, este no es el lugar para siquiera adelantar los trazos de una tal «teoría»; en todo caso, quisiera cerrar este comentario destacando algunas notas que aparecen a simple vista como peculiaridades del «modelo» de precedente que ha sido anunciado por el legislador y que empieza a ser precisado por la Jurisprudencia constitucional.

V. Límites y «limitaciones» en el establecimiento de la «regla» precedente.

1. Límites

Ya se ha adelantado que mediante el precedente, más allá de las razones prácticas que podrían argüirse a favor de su implementación⁶⁴, lo que en definitiva se busca es de dotar de la mayor predictibilidad posible a la jurisprudencia del Máximo intérprete de la Constitución⁶⁵. Para que dicha actividad no suponga un sacrificio en la legitimidad con que debe actuar el Tribunal, éste se ha impuesto algunos límites en la sentencia bajo comentario.

Tales límites apuntan, básicamente, a la necesidad de vincular la regla del precedente con el caso decidido por Tribunal⁶⁶. Según ha sostenido el

64 WRÓBLEWSKI ha sugerido en este punto, por lo menos las siguientes 3 razones: en primer lugar una razón que él llama, «praxeológica» y que consistiría en «usufructuar» un esfuerzo anterior. ¿por qué buscar algo nuevo cuando se tiene un argumento ya elaborado con anterioridad para solucionar el caso?; en segundo lugar, una razón pragmática, la cuestión aquí tiene que ver con el Juez superior. Se debe usar el precedente pues de lo contrario la decisión emitida sin seguir el precedente será revocada cuando sea impugnada; finalmente, cuando redispone precedentes que contienen razones no sólo de autoridad en sentido formal sino que son buenas razones, usar el precedente constituye entonces un ejemplo autoritativo en la argumentación constitucional. Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy. «Il precedente nei sistemi di «civil law» En: *La giurisprudenza per maxime e il valore del precedente*. CEDAM, Padova, 1988, p. 30.

65 Esta parece también entre las razones que impulsaron a los autores del Código Procesal Constitucional para su incorporación en los términos en que ha sido recogido. En sustancia se trataría, según los autores del Código, de que la identificación del precedente no se pierda «la certeza, que es el objetivo principal del instituto». Cfr. AA.VV. *Código Procesal Constitucional*. Palestra, Lima, 2004, p. 42.

66 Cfr. fundamento jurídico 45 y 46 de la sentencia.

Tribunal, ello es así debido a que «(...) también tratándose del precedente normativo, la legitimidad con que actúa este Colegiado para incursionar en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico está sustentada en la necesidad de dar respuesta a las demandas que han sido planteadas por los entes legitimados para hacerlo. En otras palabras el Tribunal, también cuando dicta «normas» a través de sus sentencias no actúa de oficio, sino atendiendo al llamado de los protagonistas de los procesos constitucionales» (STC Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, f. j. 45)

En segundo lugar, el Tribunal también ha precisado que la regla precedente no debe confundirse con las interpretaciones que realice de cara a la labor central que le corresponde como máximo intérprete de la Constitución. Se trataría en este caso, de que la técnica del precedente no invite al Tribunal a imponer determinado sentido interpretativo de las cláusulas constitucionales como vinculante, sobre todo si las mismas admiten más de un sentido o significado interpretativo. En esta dirección ha precisado que, «El precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico», estableciendo que si tal fuera el caso, «debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos»⁶⁷.

Si bien en la medida que las interpretaciones de una ley constituyen también, en esencia, una *question of law*, y en ese sentido «cuando se traduce en la ratio decidendi de un caso, asume la eficacia vinculante del precedente»⁶⁸, no debe olvidarse que en el ámbito de la interpretación de la ley, el Tribunal Constitucional no es su único intérprete, de modo que el precedente no puede constituirse en un medio para imponer determinada interpretación de la ley a los jueces del Poder Judicial o a los demás órganos del Estado, a menos claro está, que se trate de determinadas interpretaciones que resultan incompatibles con la Constitución⁶⁹, en cuyo caso el precedente deberá establecer su invalidez jurídica imponiendo tal interpretación a todos los demás poderes del Estado incluyendo por cierto a los jueces.

De este modo, el precedente, como ocurre también en su escenario originario, viene a constituir una técnica de depuración en la creación jurisprudencial del Derecho. A través del precedente se introducen verdaderas reglas de Derecho en el orden jurídico, por lo que resulta sensato que tal potestad, al no haber pasado el debate deliberativo del Parlamento (sitio ideal para confrontar las distintas posturas de una sociedad plural), sea usada con la prudencia debida para no entronizar como «Derecho» deter-

67 Cfr. fundamento jurídico 46.

68 ANZON, Adele. *Il valore del precedente nell' giudizio sulle leggi*. Giuffrè, Milano, 1995, p. 43

69 Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. «El valor jurídico y político de la jurisprudencia constitucional» Presentación al N.º 1 de *Palestra del Tribunal Constitucional*. Palestra, Lima, enero de 2006.

minadas posturas teóricas o doctrinarias que, no cuentan con un consenso mínimo de la comunidad política y social donde pretende asentarse⁷⁰.

Vale aquí la advertencia del profesor HÄBERLE, en sentido de que la jurisprudencia constitucional no puede convertirse en el claustro para la cátedra de determinados profesores desde la que aprovechando la «soberanía constitucional» de esta instancia, pretendan «validar» determinadas teorías sobre los derechos o sobre las competencias de los poderes públicos. Tampoco dejarse entusiasmar por la «fe» o el «entusiasmo» ciudadano (muchas veces coyuntural) que a veces despierta la jurisdicción constitucional, de modo que sustentándose en ella, pretenda gobernar en paralelo a las demás instancias de la democracia constitucional. En este sentido resulta pertinente, dejarse aconsejar de nuevo por el profesor de Bayreuth, cuya advertencia para Alemania resulta del todo aplicable también tratándose de una democracia en transición, como la nuestra: «La fe alemana en la jurisdicción constitucional no puede convertirse en la incredulidad de la democracia»⁷¹.

2. Limitaciones

Sin embargo para que la incorporación del precedente resulte eficaz en el sistema jurídico, no es suficiente con que el Tribunal sea prudente en el ejercicio de estas atribuciones. Se requiere también una adecuada organización jurisdiccional que permita que el máximo órgano pueda controlar su efectivo cumplimiento, ya sea a partir de una adecuada regulación de los recursos procesales o también a partir de un mecanismo efectivo de comunicación y publicidad de las decisiones, de modo que sean conocidos por los demás operadores.

El Tribunal ha hecho notar alguna de estas deficiencias, al establecer como uno de los supuestos en que se encuentra habilitado para emitir un precedente vinculante, la posibilidad de que en un juicio concreto (amparo, hábeas data, hábeas corpus) el Tribunal identifique que una determinada ley o norma con rango legal, resulte incompatible con la Constitución en términos generales y, al propio tiempo, su aplicación resulte indispensable para la solución del caso bajo análisis⁷². De este modo, el

70 Es interesante destacar, en este punto, la conocida técnica del Derecho anglosajón sobre la decisión mínima; esto supone que el Tribunal cuando admite un recurso porque es indispensable su respuesta, trata de referirse de modo muy directo y limitado a aquellas cuestiones que son indispensables en la decisión. Cuando el caso no está «maduro», la Corte Suprema por lo general no admite el recurso o *certiorari*.

71 HÄBERLE, Peter. «La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional» En: *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Palestra, Lima, 2004, p. 126.

72 El Tribunal lo ha planteado en estos términos: fundamento jurídico 41; «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

Tribunal vino ha establecer vía precedente⁷³ una suerte de control popular de la constitucionalidad de las leyes vía amparo, al establecer que con ayuda del precedente vinculante el Tribunal pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley con efectos generales a partir de su inaplicación a un caso concreto. Se trata, en este caso, de una limitación para que las interpretaciones del Tribunal tengan efecto vinculante también cuando se trata de enjuiciar una disposición legal pero en el marco de la tutela de los derechos fundamentales, de modo que sus decisiones puedan extender sus beneficios a otros supuestos similares.

Otra limitación que aquí sólo ha de quedar perfilada, se refiere a la posibilidad real de que las instancias judiciales resuelvan desconociendo el precedente y tales decisiones no puedan ser de conocimiento del Tribunal. Esta posibilidad se presenta en los procesos de tutela de derechos que son resueltas en segunda instancia estimando la demanda. En este caso, el artículo 202 de la Constitución ha previsto el hoy llamado recurso de agravio, sólo para el caso de las «resoluciones denegatorias», de modo que las «estimatorias» no tienen ningún tipo de control por parte del Tribunal Constitucional. Esto es especialmente delicado si se tiene en cuenta, además, que en los últimos años un buen porcentaje de litigios en materia de derechos fundamentales está relacionado con la denominada dimensión horizontal de los derechos fundamentales, esto es, la posibilidad de que los derechos fundamentales puedan también ser reclamados frente a particulares⁷⁴. Al menos en este supuesto, se podría reclamar la afectación al principio de igualdad en el uso de los recursos, puesto que al Tribunal sólo podría llegar quien interpone el amparo y pierde en segunda instancia, más no así el emplazado con la demanda, quien ha de ver agotada la jurisdicción interna sin la actuación del Tribunal Constitucional.

En un esquema de recursos organizado en función del contenido del fallo, se afecta no sólo el principio de igualdad, y eventualmente también el derecho de defensa, sino que también se pone en riesgo la eficacia del precedente, puesto que resulta bastante probable que los jueces de segunda instancia no vean mayor incentivo de seguir los precedentes si saben de antemano que su decisión si es estimatoria no podrá ser controlada por el Tribunal Constitucional.

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»

73 Cfr. STC Exp. N.º 3741-2004-AA/TC.

74 Cfr. MENDOZA ESCALANTE, Mijail. «Los efectos horizontales de los derechos fundamentales en el ordenamiento Constitucional Peruano» Comunicación presentada al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, 2004.

VI. Concepciones de precedente: Ideas finales

Antes de concluir, quisiera remarcar una idea que creo constituye el hilo ideológico que está detrás de la forma cómo ha sido recogido la figura del precedente por el legislador peruano y la forma también como viene siendo entendido por el Tribunal. Frente a la idea de un precedente en sentido formal propuesto por el legislador del Código Procesal Constitucional, el Tribunal ha antepuesto una concepción material de precedente que creo puede ayudar a construir precedentes con mayor legitimidad y que pueden crear predictibilidad en base al consenso que pueda generar sus argumentos. La distinción entre la concepción formal y la concepción material de precedente, permite poner en evidencia por otra parte, que también en nuestro sistema, pese a las distancias que ya han sido anotadas respecto del modelo del *common law*, puede no obstante, ser de mucha utilidad la teoría del precedente que se ha elaborado en dichos contextos.

1. La concepción formal de precedente

La concepción formal de precedente puede ser formulada en el siguiente sentido: precedente es lo que el Tribunal lo establece como tal. No importa aquí la relación entre caso y regla, ni tampoco las cuestiones relativas a la legitimidad del tribunal a la hora de establecer el precedente, tienen cabida en esta concepción. A la concepción formal le interesa, en cualquier caso, que la regla sea identificable por el juez que debe aplicar el precedente sin que éste se interese por la forma como ha sido formulada tal regla. La concepción formal de precedente quiere también una lectura formal por quien debe verse «vinculado».

La concepción formal no requiere que existan reglas o condiciones para el establecimiento del precedente, en la medida que el Tribunal tiene establecida su competencia para fijar el precedente con la única condición, en todo caso, que la sentencia haya resuelto sobre el fondo, de modo que pueda hablarse de un efecto de cosa juzgada en la misma. (art. 6 del CPConst.)

El problema es, sin embargo, ¿cómo explicar la vinculación de las demás decisiones del Tribunal Constitucional que sin venir expresadas bajo una fórmula «formal» de precedentes, generan no obstante «interpretaciones vinculantes»?; puede decirse en este sentido, que la concepción formal de precedente, acorta las posibilidades de vinculación de las interpretaciones constitucionales y, en consecuencia, mina la propia concepción de la Constitución como norma jurídica vinculante, que en última instancia de proyecta como «norma viviente» sólo a través de las interpretaciones del Tribunal⁷⁵.

75 Conviene recordar en este punto, la concepción según la cual, la Constitución es en buena cuenta un programa normativo que sólo alcanza «concretizarse» a través de los casos, donde además, hay que precisar aún más, las distinciones entre «ámbito material, ámbito normativo y programa normativo», tal como lo ha sugerido hace ya bastante tiempo Friedrich MÜLLER. Cfr. del autor: «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas» En: *REDC* N.º 27, Madrid, 1989.

2. La concepción material de precedente

La concepción material, a diferencia de la concepción formal, entiende que el precedente es una técnica que debe ser utilizada por el Tribunal con la debida prudencia y sujeta a determinados límites. En consecuencia, su ejercicio está supeditado no sólo a la mera autoridad del tribunal a la hora de establecerlo, sino que resulta relevante lo que en esencia viene establecido como precedente. Es decir, aquí sí importa que la regla vinculante haya sido elaborada de cara al caso y, en consecuencia, el que el Tribunal tenga la potestad de extraer la regla y hacerla conocer de manera explícita, no es más que un mecanismo para permitir su mejor conocimiento a sus destinatarios. Ello no supone, en ningún caso, que tales reglas no se correspondan con el núcleo de la argumentación que ha servido para la decisión del caso. De modo que, si así sucediera –ya sea por descuido del Tribunal o por un error de apreciación–, en la práctica el precedente así establecido tendría poca posibilidad de ser seguido por los demás operadores.

El Tribunal, en el presente caso, parece haber descartado de plano la concepción formal de precedente, al incorporar un límite que es propio de la concepción material de precedente, esto es, la vinculación entre la «regla precedente» y caso resuelto. A partir de aquí, varias son las consecuencias que se desprenden: en primer lugar, sí tiene pleno sentido, también en nuestro entorno, el saber diferenciar entre el *obiter* y la *ratio* en una decisión, de modo que lo que a todas luces es un *obiter*, no puede constituir la regla vinculante que el Tribunal anuncie; en segundo lugar, todas las técnicas tanto para la aplicación, como también las distinciones pueden ser deducidas a partir de la relación entre caso y regla precedente, de modo que cuando no hay relación entre caso y precedente, los operadores pueden válidamente no sentirse vinculados por el precedente, pese a que esté formalmente anunciado. De este modo, puede hablarse de precedentes que formalmente se anuncian pero que materialmente no vinculan y puede a la larga, constituir un control permanente para el propio Tribunal a la hora de hacerse seguir como el máximo tribunal del país.

LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LOS ALTOS TRIBUNALES COMO LÍMITE AL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL*

Javier Adrián Coripuna**

SUMARIO: I. Introducción. II. La jurisprudencia constitucional como fuente de Derecho. III. Igualdad en la aplicación de la ley y seguridad jurídica como trasfondo de la vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional. IV. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el Estado Constitucional: la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y el precedente vinculante del Tribunal Constitucional. V. La supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional respecto del Poder Judicial. VI. ¿Se vulnera la independencia judicial de los jueces de amparo del Poder Judicial cuando se exige la aplicación del precedente vinculante del Tribunal Constitucional? VII. Conclusiones.

I. Introducción

El 4 de abril de 2006 apareció en el diario oficial *El Peruano* la Resolución de Jefatura N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, expedida por la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, que resolvió «Disponer que todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias dictadas en los Expedientes N.º 0206-2005-PA/TC y N.º 4227-2005-PA/TC (...), así como en otras materias que tienen el mismo efecto normativo ya fijados o por fijarse»¹

Al día siguiente, respondiendo directamente a esta resolución, apareció en los principales periódicos un comunicado del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante el cual éste órgano se dirigió a todos los magistrados de la República «puntualizando» lo siguiente: «Con arreglo a los artículos 138 y 139 inciso 1 de la Constitución y artículo 1 de la Ley Orgánica del

* Algunos contenidos del presente trabajo se encuentran en el artículo «Las relaciones entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial. El valor de la jurisprudencia vinculante», publicado en la revista electrónica *Gaceta del Tribunal Constitucional*. N.º 2, CEC, abril - junio de 2006.

** Profesor de los Post títulos de Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Academia de la Magistratura. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

1 Diario oficial *El Peruano*, martes 4 de abril de 2006, separata «Normas Legales», p. 316119.

Poder Judicial, la potestad de administrar justicia se ejerce a exclusividad por el Poder Judicial a través de los órganos jerárquicos conforme a la Constitución y a las leyes (...) Los magistrados judiciales sólo están sometidos a la Constitución y a la ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en el inciso 1 del artículo 146 de la Carta Fundamental y en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial»²

Son estas dos decisiones administrativas las que precisamente nos motivan a analizar la relación entre Tribunal Constitucional (TC) y Poder Judicial (PJ), de manera tal que se pueda determinar en qué medida, para una eficaz defensa de los derechos fundamentales, resulta importante la existencia de precedentes constitucionales, de doctrina jurisprudencial, así como la exigencia de que éstos sean vinculantes y, en su caso, la necesidad de que exista un supremo intérprete en materia constitucional.

En tal cometido, resulta importante analizar el rol que en el Estado Constitucional le corresponde a la jurisprudencia, en especial a la jurisprudencia constitucional, de modo tal que se pueda verificar en qué medida se ha redimensionado el sistema de fuentes del Derecho, teniendo a los jueces como elemento fundamental en la creación del Derecho. En ese sentido, es necesario identificar las disposiciones que establecen que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional constituye fuente de Derecho en nuestro ordenamiento jurídico, pues de su reconocimiento va a depender en cierto modo la orientación y vinculatoriedad de todos los órganos jurisdiccionales a los criterios interpretativos que se desprendan de las resoluciones del TC.

En segundo lugar, conviene estudiar los principios de seguridad jurídica (en cuanto a la predictibilidad de las decisiones judiciales) y de igualdad en la aplicación de la ley, pues éstos se constituirán en las bases sobre las cuales se va a estructurar uno de los contenidos de la fuerza vinculante de la jurisprudencia. En efecto, es importante verificar en qué medida atenta contra estos principios la decisión de un tribunal de justicia en el que, sin justificar el cambio de decisión, se establezca una solución jurídica «distinta» a un caso que es «sustancialmente igual» a otro caso resuelto con anterioridad.

Seguidamente, se analizará la fuerza vinculante de la jurisprudencia, procurando identificar su naturaleza jurídica, su relación con la doctrina anglosajona del *stare decisis et non quieta movere* (estése a lo decidido y que impere la quietud), así como la forma en que se manifiesta la fuerza vinculante de la jurisprudencia «constitucional».

Finalmente, se identificarán las disposiciones constitucionales y legales que establecen la supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional respecto de aquella expedida por el Poder Judicial, poniendo un especial énfasis en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), Ley N.º 28301, que ha establecido en su Primera Disposición Final que «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*» [énfasis agregado].

En suma, nos animan dos objetivos: en primer lugar, la revalorización de la jurisprudencia constitucional, que implica, entre otros aspectos, rescatar los criterios interpretativos de mayor legitimidad que se hayan expedido, así como un análisis comparado respecto de algunos principios y criterios que contribuyan a la implementación de otros, que reflejen la dinámica con que nuestra sociedad va desarrollándose, inclinándonos de esta manera hacia una actividad jurisdiccional en la que impere la prudencia de los jueces. En segundo lugar, nos anima la búsqueda de mecanismos que logren articular la relación existente entre ambos órganos, formándose así una unidad de jurisdicción que logre el uso racional del poder y una mayor y mejor protección de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico.

II. La jurisprudencia constitucional como fuente de Derecho

Antes de ingresar al examen del rol que le corresponde a la jurisprudencia –y en especial a la jurisprudencia constitucional–, en el sistema de fuentes del Derecho, resulta necesario realizar una breve reseña histórica sobre la variación de los presupuestos de legitimidad de la Constitución.

La normatividad constitucional moderna en sus inicios (siglo XVIII) se caracterizaba por el formalismo, la neutralidad axiológica y la *ausencia de necesidad de interpretación*, pues la «supuesta» claridad de la legislación la hacía o la debía hacer innecesaria. Esta situación experimentó un giro radical a raíz de la crisis de la legitimidad de las Constituciones, producto de las desigualdades e injusticias sociales cada vez mayores. Por tanto, la Constitución como norma formal y axiológicamente neutral perdió su significado. En ese sentido, el contrato social que legitimaba a la Constitución perdió fuerza debido al caos producido, lo cual a su vez generó el desplazamiento hacia un nuevo presupuesto de legitimidad, que esta vez se encontraría en el consenso o política de la concertación. Este consenso, al plasmarse en el poder constituyente, permitió la introducción de valores materiales en la base de la Constitución, así por ejemplo, el pluralismo, la justicia social, la igualdad, entre otros, lo que ocasionó su pérdida de claridad, colocando en un rol fundamental a los intérpretes de la Constitución, quienes serían en definitiva quienes precisen los alcances y funciones de estos valores, produciéndose de este modo un desplazamiento de la legitimidad obtenida por consenso a través de los representantes democráticos, a las instancias judiciales y en algunos casos, concretamente, al Tribunal Constitucional³, debido a su rol en la supremacía interpretativa de la Constitución.

3 DE VEGA GARCÍA, Pedro. «En torno a la legitimidad constitucional». En: *Estudios en Homenaje a Hector Fix-Zamudio*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, pp. 803 - 818.

De esta manera, si partimos de la idea de que la Constitución es un complejo normativo, político y jurídico, que incorpora valores, principios generales y específicos, derechos fundamentales en su dimensión subjetiva y objetiva, garantías procesales e institucionales, que vienen a hacer de ella un objeto de interpretación jurídica de problemas específicos, distinta a la interpretación de la ley, entonces, comprenderemos que dicho carácter abierto ocasionará diversos problemas de interpretación que no se presentarán en otras áreas del ordenamiento jurídico, en los que existen normas más detalladas o cerradas si se prefiere el término⁴. En ese sentido, resulta fundamental la labor de sus intérpretes –en especial la de sus órganos jurisdiccionales, liderados por el Tribunal Constitucional en materia de interpretación de la Constitución–, pues su actuación se constituirá en el *complemento ideal del ordenamiento jurídico*⁵. Así, el fenómeno de la interpretación «se constituye en el mecanismo racional y científico-jurídico por el que la vivencia popular de «lo fundamental» llega a convertirse en norma subconstitucional equivalente a la Constitución misma»⁶.

Previamente a intentar alguna conceptualización de la jurisprudencia constitucional es necesario precisar los sentidos y significados del vocablo «jurisprudencia». Según Marcial RUBIO, ésta puede ser entendida en sentido lato y en sentido estricto⁷. La primera, se refiere a las «resoluciones que los magistrados judiciales emiten en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales para solucionar los conflictos sometidos a ellos, que se suscitan entre los individuos o entre éstos y la sociedad». La segunda, se refiere «más propiamente a las resoluciones que emite el máximo tribunal, pero no a las resoluciones de los tribunales y juzgados inferiores a él». Es este último sentido, relacionado a la jurisprudencia de los altos tribunales de justicia constitucional, al que nos referiremos cuando utilizemos la expresión jurisprudencia constitucional.

De este modo, *prima facie*, hoy podemos entender por *jurisprudencia constitucional*, el conjunto de criterios y orientaciones que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales han sido establecidos en las resoluciones tanto del Tribunal Constitucional, como de las máximas instancias del Poder Judicial⁸, para la aplicación e interpretación de la Constitución,

4 LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. PUCP, Lima, 1999, p. 345.

5 SANTOS VIJANDE, Jesús María. «Doctrina» y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los tribunales ordinarios». En: *Revista de Derecho Procesal N.º 1*, Madrid, 1995. p. 250.

6 ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984. p. 5.

7 RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. PUCP, 2001, p. 171.

8 Recordemos que conforme al artículo 138 de la Constitución: «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera (...)», consagrando de este modo el control difuso de constitucionalidad.

ya sea en el control normativo, en la tutela de derechos o en los conflictos de competencias y atribuciones, respectivamente. De existir criterios opuestos entre ambos órganos, en cuanto a la interpretación y control de la constitucionalidad, debe prevalecer aquel criterio establecido por el Tribunal Constitucional, conforme se desprende de lo dispuesto por el artículo 201 de la Constitución (que establece que el TC es el órgano de control de la Constitución), así como del artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N.º 28301, de la Primera Disposición General de la LOTC, entre otras disposiciones, tal como lo veremos más adelante.

En doctrina existen algunas discrepancias en cuanto a considerar a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como fuente de Derecho. Una de las posiciones a favor, sostiene que el Tribunal Constitucional es un auténtico agente creador de Derecho, pues en su calidad de Supremo Intérprete de la Constitución, pronunciará sus sentencias con fuerza vinculante, constituyendo verdadera fuente de Derecho que deberá ser aplicada por los tribunales inferiores, entre otros, y además, tomada en cuenta por el legislador. Básicamente esta posición sostiene tres argumentos⁹:

a) Que un número considerable de sus sentencias comportan declaraciones de principios jurídicos.

b) Que el ejercicio del control jurisdiccional supone necesariamente una interpretación de la Constitución y que interpretar supone por esencia un elemento creador de Derecho.

c) En las Constituciones que contienen fórmulas vagas y ambiguas, es al Tribunal Constitucional al que le corresponde definir, en última instancia, el contenido de una disposición constitucional, estableciendo de esta manera la consiguiente norma constitucional.

De otro lado, una posición en contra sostiene que, a pesar de la especialidad del Tribunal Constitucional, sus sentencias no alcanzan la categoría de fuente de Derecho, por no ser un modo de manifestarse o exteriorizarse el Derecho, ni poseer el Tribunal Constitucional capacidad normativa creadora.

En suma, teniendo en cuenta la importancia actual de la interpretación constitucional, es evidente que la posición con mayor sustento jurídico es la primera, que considera a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como fuente de Derecho. Sin embargo, no es sólo este nuevo rol el que hace de la jurisprudencia constitucional una fuente del Derecho, sino fundamentalmente, el propio mandato constitucional, pues ese sentido de fuente se desprende del artículo 139, inciso 8 de la Constitución («no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley»), como del artículo 201 del mismo cuerpo normativo (que le otorga al TC la función de control de la Constitución), las que se ven reforzadas a nivel legal por determinados

9 MARTINEZ SOSPEDRA, M. *El Tribunal Constitucional como órgano político*. Citado en: CALVO VIDAL, Félix. *La jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*. Lex Nova, Valladolid, 1992. p. 210.

preceptos contenidos en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional¹⁰, así como en el tercer párrafo del artículo VI del referido Título Preliminar¹¹, como en la Primera Disposición General de la LOTC¹².

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

«(...) para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominada jurisprudencia. (...) Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente. Esta afirmación se confirma cuando la propia Constitución, en el inciso 8 del artículo 139.º, reconoce el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. No requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura. En efecto, es inherente a la función jurisdiccional la creación de derecho a través de la jurisprudencia.

(...) todo acto de los poderes públicos u órganos constitucionales que pretenda restringir dicha función interpretativa no sólo es uno que priva a los órganos jurisdiccionales de su función, sino que es inconstitucional. Es como si se estableciera que el Congreso no legisle, a pesar de que en base al principio de soberanía política tiene un amplio margen de configuración política de la ley, pero siempre dentro del parámetro de la Constitución. No puede existir un órgano jurisdiccional limitado en la función interpretativa inherente a todo órgano jurisdiccional, a menos que esa restricción derive directamente de la Constitución. Hacerlo es vulnerar el equilibrio entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y, con ello, el sistema democrático. Pretender limitar las funciones inherentes del

10 «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».

11 «(...) 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».

12 «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*». (énfasis agregado)

Tribunal Constitucional sería como condenarlo a la inacción por cumplir su deber»¹³.

Estos mismos criterios pueden ser utilizados para considerar a la jurisprudencia constitucional del Poder Judicial como fuente del Derecho (por ejemplo, cuando la Corte Suprema interpreta las diferentes garantías que componen el contenido constitucional del debido proceso y la tutela jurisdiccional). En efecto, si conforme al artículo 138 de la Constitución los jueces del Poder Judicial tiene el poder-deber de interpretar la Constitución con el fin de preferirla ante cualquier otra norma del ordenamiento, en todo proceso, entonces resulta válido sostener que también pueden crear jurisprudencia en materia constitucional, debiendo, en todos los casos, tener en consideración la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues de acuerdo al artículo 201, éste último órgano se encarga del control de la Constitución.

Qué duda cabe que la jurisprudencia constitucional es hoy fuente del Derecho. Sólo hace falta ver algunos casos resueltos por la jurisdicción constitucional para darse cuenta en qué medida la jurisprudencia crea Derecho, complementando el ordenamiento jurídico:

Configuración del «derecho» a un juez independiente e imparcial

En el denominado caso de la Justicia Militar I (demanda planteada por la Defensoría del Pueblo contra la Ley Orgánica de Justicia Militar), el Tribunal Constitucional sostuvo, sobre el derecho a un juez independiente e imparcial, lo siguiente:

«Debe tomarse en cuenta que si bien, prima facie, la imparcialidad e independencia son garantías consustanciales y necesarias para una correcta Administración de Justicia, éstas deben entenderse, a su vez, como garantías para los imputados (garantía a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial), configurándose, de este modo, su doble dimensión»¹⁴.

En este caso, el TC interpretando la disposición constitucional que reconoce la independencia judicial como un principio de la función jurisdiccional (artículo 139, inciso 2), reconoce en esta disposición una doble dimensión de la independencia, configurando de éste modo el «derecho» del justiciable a que su caso sea tramitado ante un juez independiente e imparcial. Ello «coincide con lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 8.1 dispone que «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter»¹⁵.

13 Expediente N.º 00047-2004-AI/TC, f. j. 33 y 39.

14 Expediente N.º 0023-2003-AI/TC, f. j. 34.

15 Expediente N.º 0006-2006-PI/TC, f. j. 23.

Configuración del derecho a un plazo razonable de la detención judicial preventiva

En el caso Berrocal Prudencio, el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente sobre el aludido derecho fundamental:

«El derecho a que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que debe guardar la aplicación de la prisión provisional para ser reconocida como constitucional. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2º, 24 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana.

Por lo demás, la interpretación que permite a este Tribunal reconocer la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, se encuentra plenamente respaldada por su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

Al respecto, debe señalarse que existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9º, 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que «[t]oda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad». Por su parte, el artículo 7º, 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce el derecho de «[t]oda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso».

En consecuencia, el derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido»¹⁶.

Configuración del principio non bis in ídem

En el caso Ramos Colque, el Tribunal Constitucional sostuvo, con relación al principio *non bis in ídem*, lo siguiente:

«El derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del *ne bis in ídem* «procesal», está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución. Esta condición de contenido implícito de un derecho expreso, se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de

la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte. Y el derecho al debido proceso se encuentra reconocido en el artículo 8.4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual: «(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: (...) 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos».

El principio *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal:

En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento (...).

En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto»¹⁷.

Configuración del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas

En el caso Zevallos Gonzales, el Tribunal Constitucional precisó lo siguiente:

«Con relación al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, este Tribunal considera pertinente recordar que si bien el derecho a que una persona sea juzgada dentro de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, éste se discierne del pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que debe guardar la duración de un proceso para ser reconocido como constitucional. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva (...).

En consecuencia, el derecho a que el proceso tenga un límite temporal entre su inicio y fin, forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido»¹⁸.

De una rápida revisión de las disposiciones contenidas en la Constitución, podremos apreciar que no se consigna en ésta ni el derecho a un juez independiente e imparcial, ni el derecho a un plazo razonable de la detención judicial preventiva, ni del principio *non bis in idem*, ni tampoco al derecho a

17 Expediente N.º 2050-2002-AA/TC, f. j. 18 y 19.

18 Expediente N.º 4124-2004-HC/TC, f. j. 8 y ss.

ser juzgado sin dilaciones indebidas. Estos derechos han sido configurados en nuestro ordenamiento jurídico a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, órgano que para realizar tal configuración ha tenido en consideración disposiciones constitucionales tales como aquella que reconoce el debido proceso y la tutela jurisdiccional (artículo 139, inciso 3 de la Constitución), los mismos que han sido interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, conforme lo ordena la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Se podría alegar, en contra de la consideración de la jurisprudencia como fuente del derecho, que tales derechos ya existían en el sistema internacional de protección de los derechos humanos y que no son una «creación» de la jurisprudencia. Sin embargo, esta crítica no resulta válida, toda vez que si bien estos derechos existen en el mencionado sistema, lo cierto es que la incorporación de los «respectivos extremos normativos» al ordenamiento jurídico peruano se realizó mediante la actividad de un órgano jurisdiccional como el TC, el mismo que los ha configurado teniendo en cuenta nuestra realidad, las peculiaridades de los casos en los que se aplicó, así como el conjunto de disposiciones de la Norma Fundamental. Precisamente, esta actividad interpretativa del TC es la que ha configurado estos derechos en nuestro ordenamiento jurídico.

III. Igualdad en la aplicación de la ley y seguridad jurídica como trasfondo de la vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional

En general, puede afirmarse que existe violación del *derecho a la igualdad* si se da un tratamiento desigual a los que son iguales o se da un tratamiento igual a los que son desiguales¹⁹. En la medida en que el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, y con mayor razón el Poder Legislativo y la Administración, procuren en la adopción de sus decisiones el mayor respeto por la igualdad jurídica, se logrará que sus efectos sean legítimos y acordes con un Estado de Derecho en el cual se asimilen los constantes cambios de la realidad social.

Como tal, el derecho a la igualdad ante la ley, establecido en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución, tiene dos manifestaciones relevantes: a) la igualdad en la ley; y b) la igualdad en la aplicación de la ley. La primera manifestación (igualdad en la ley) constituye un límite para el Legislador, en tanto la actividad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose vedado establecer diferenciaciones basadas en criterios desproporcionados e irrazonables. En otros términos, el actuar del legislador tiene como límite el principio de igualdad, en tanto que dicho principio le exige que las relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones.

19 PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. T I. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984. p. 166.

La *igualdad en la aplicación de la ley*, se encuentra como límite a la tarea de los órganos encargados de la aplicación de la ley,

«(...) se configura como límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos. Exige que estos órganos, al momento de aplicar la ley, no deban atribuir una consecuencia jurídica a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley»²⁰.

Por tanto, el rol que le toca desempeñar al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial en la eficacia de los derechos fundamentales es de vital importancia, máxime en situaciones de aguda crisis, en que los jueces se convierten en la última garantía para la protección de los derechos ciudadanos y por tanto, para la realización del Derecho.

De otro lado, la referencia a la *seguridad jurídica*, nos da la idea de que no puede haber Derecho si no hay orden, si no hay fijeza: el Derecho tiene que dar al ciudadano no sólo la garantía de que el ordenamiento jurídico le reconoce derechos y le impone obligaciones, sino a su vez la confianza de que en el supuesto de aquellos derechos sean vulnerados o existan obligaciones incumplidas podrá solicitar el auxilio judicial para su reconocimiento coercitivo. El ciudadano común debe tener la confianza y la certidumbre de que la decisión del juez confirmará su pretensión en términos que resulten coincidentes con la norma positiva que la fundamenta.

Como tal, el principio de seguridad jurídica es consustancial al Estado de Derecho, encontrándose en toda manifestación de la Constitución²¹. No obstante, existen algunas disposiciones expresas de las que se puede deducir este principio. Así, por ejemplo, el TC ha sostenido²² que este principio se concretiza a través de disposiciones tales como el artículo 2, inciso 24, parágrafo a²³; el artículo 2, inciso 24, parágrafo d²⁴ y el 139, inciso 3²⁵ de la Constitución.

20 Expediente N.º 0004-2006-PI/TC, f. j. 124.

21 El principio de Estado de Derecho se encuentra expresamente establecido en los artículos 43 y 3 de la Constitución.

22 Expediente N.º 0016-2002-AI/TC, f. j. 4.

23 «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe».

24 «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley».

25 «Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación».

Asimismo, sobre este principio, el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

«El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad (...).

El principio *in comento* no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la «predecible» reacción, sea para garantizar la permanencia del *statu quo*, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal»²⁶.

De este modo, resolver en forma distinta dos casos que son sustancialmente iguales, uno de los cuales constituye jurisprudencia constitucional vinculante, vulnera el principio de igualdad en la aplicación de la ley, así como el principio de seguridad jurídica, afectando además la unidad material del ordenamiento jurídico. Un ciudadano debe tener la plena convicción de que si se presenta determinado supuesto de hecho, éste será merecedor de una consecuencia jurídica establecida con anterioridad, la misma que será igual para todos aquellos que se encuentren en la misma situación y que no podrá variarse arbitrariamente según la mera voluntad del juzgador.

IV. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el Estado Constitucional: la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y el precedente vinculante del Tribunal Constitucional

Precisamente, una de las principales causas de la pérdida de legitimidad de los tribunales de justicia radica en la ausencia de seguridad jurídica, la que se manifiesta, en la mayoría de las veces, en la falta de unidad y predictibilidad en la aplicación del Derecho. En ese sentido, en el sistema anglosajón funciona una doctrina que justamente tiene por finalidad ofrecer alternativas de solución a este problema. Se trata del *stare decisis*, que podemos entenderlo como aquella doctrina *que considera que los jueces se encuentran obligados a seguir los criterios contenidos en sus propias decisiones en casos anteriores*²⁷. Dada la naturaleza de esta doctrina no podría trasladarse en su totalidad al sistema europeo continental, del que somos here-

26 Expediente N.º 0016-2002-AI/TC, f. j. 2 - 4.

27 ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 165.

deros, sino que debe ser adecuada a cada ordenamiento jurídico, según las características propias que muestre éste.

Por ello, relacionado estrechamente con el *stare decisis* se encuentra en nuestro sistema la exigencia de observar la *fuerza vinculante de la jurisprudencia*, la misma que se desprende de la propia Constitución. Así, por ejemplo, del principio de seguridad jurídica (artículo 43; artículo 3; artículo 2, inciso 24, literales a y d, y artículo 139, inciso 3), del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 2, inciso 2), de la propia potestad de administrar justicia (artículo 138) y en el caso de la jurisprudencia constitucional, además de los antes mencionados, de la disposición que establece que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución (artículo 201). De todas estas disposiciones «constitucionales» se desprende la fuerza vinculante de la jurisprudencia.

Precisamente, la *fuerza vinculante de la jurisprudencia* puede ser entendida como aquel elemento característico de la jurisprudencia producida en el Estado Constitucional, que exige que tanto los poderes públicos (incluidos los propios tribunales de justicia inferiores y superiores) como los ciudadanos en general se encuentren efectivamente vinculados con los criterios, orientaciones y principios establecidos por los altos tribunales de justicia (*doctrina jurisprudencial*); y, además, que ante casos iguales, estos tribunales de justicia se encuentren vinculados por sus decisiones anteriores (*precedente vinculante horizontal*), y que los tribunales inferiores se encuentren vinculados a las decisiones de los aludidos tribunales supremos (*precedente vinculante vertical*)²⁸

En cuanto a la aplicación de la fuerza vinculante de la jurisprudencia en el *ámbito constitucional*, es importante destacar dos aspectos. En primer lugar, que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional no siempre va a estar contenida en procesos de control abstracto como el de inconstitucionalidad, pues los procesos de control concreto como el hábeas corpus, amparo o hábeas data, también contienen criterios o principios que se derivan de la interpretación de la Constitución, por lo que no sólo son vinculantes para las partes del respectivo proceso de control concreto sino para todos los poderes públicos y ciudadanos.²⁹ En segundo lugar,

28 «(...) parece claro que la parte resolutive de toda sentencia contiene siempre por lo menos una norma jurídica (...) Sin embargo, resulta meridiano que no son estas normas las que adquieren relevancia cuando se discute sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia. Quien invoca esta fuerza vinculante, por lo general apunta a la existencia de ciertas normas en la parte motiva de las sentencias». BERNAL PULIDO, Carlos. «La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano». En: *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 208 - 209.

29 «(...) la inaplicación por parte del TC de una norma por inconstitucional, obliga a los jueces a inaplicarla también en los procesos que conozcan. De ahí que aún cuando el control difuso ejercido por el TC contra una norma, no la expulsa formalmente del ordenamiento jurídico, el efecto vinculante de las interpretaciones del TC, da lugar a un evento sustancialmente análogo. Prueba

que los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional no siempre van a estar contenidos en los aludidos procesos de control concreto, pues en el proceso de inconstitucionalidad también se pueden establecer determinados precedentes vinculantes³⁰.

Seguidamente analizaremos con más detalle el contenido de la doctrina jurisprudencial y de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional (preponderancia de la función institucional de la jurisprudencia)

Teniendo en cuenta los fundamentos constitucionales de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, la *doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional* se constituye en aquel conjunto de *criterios, orientaciones y principios* establecidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando interpreta la Constitución en los procesos que son de su conocimiento, los que conforme a la fuerza vinculante de la jurisprudencia son de obligatorio cumplimiento por parte de los propios tribunales de justicia, así como por los poderes públicos y los particulares.

En general, la doctrina jurisprudencial resalta de modo especial una de las más importantes funciones que tiene la jurisprudencia como es la *función institucional*. En efecto, los altos tribunales de justicia tienen como una de las principales funciones la de proveer a la sociedad de criterios, orientaciones y principios que sirvan para crear la regla que lleva a la solución de casos, de manera que en el futuro los poderes públicos y ciudadanos puedan contar con tales elementos que no hacen sino complementar el ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, en el caso de la Reforma Pensionaria, el Tribunal Constitucional estableció cual es el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, sosteniendo que tal derecho

«(...) tiene la naturaleza de derecho social –de contenido económico–. Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la «procura existencial». De esta forma se supera la visión tradicional que suponía

de ello es que aunque el Decreto de Alcaldía [cuestionado en el Exp. N.º 4677-2004-PA/TC] no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico, al haber sido declarado inaplicable por el TC, ha perdido, en última instancia, toda posibilidad de continuar regulando situaciones jurídicas». RODRIGUEZ SANTANDER, Roger. «Deconstruyendo el amparo contra normas». En: *Palestra del Tribunal Constitucional*, N.º 1, Lima, p. 516.

30 Así por ejemplo, en el caso de la Barrera Electoral (Expediente N.º 0030-2005-AI/TC, f. j. 61), el Tribunal estableció determinadas reglas que establecen sus límites en cuanto al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas «manipulativas» (reductoras, aditivas, sustitutivas y exhortativas).

distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección –negativas– y de garantía y promoción –positivas– por parte del Estado»³¹.

En este caso, las consideraciones del TC antes expuestas constituyen *doctrina jurisprudencial* en materia constitucional, la misma que se ha obtenido interpretando determinadas disposiciones constitucionales (artículos 10 y 11 de la Constitución). Esta doctrina, ¿es vinculante? Claro que sí, pues si se tiene en consideración que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y como tal vincula a todos los poderes públicos y a los ciudadanos, entonces la interpretación que de ésta haga el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, debe ser también vinculante, pues tal interpretación no hace sino «completar» el ordenamiento jurídico.

A nivel legislativo, la vinculatoriedad de los jueces respecto de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional se encuentra establecida, entre otras disposiciones, en el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que prevé, como ya se ha mencionado, 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», así como en la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N.º 28301, disposición que es similar al párrafo antes citado, salvo en su último extremo, que establece que la exigencia de vinculación por parte de todos los jueces se realiza «*bajo responsabilidad*», es decir, que no se trata de que todos los jueces y tribunales de justicia puedan tener en consideración, de modo «persuasivo», la doctrina jurisprudencial del TC, sino, que la observancia de tal doctrina debe vincular de modo «obligatorio» a estos funcionarios.

El precedente vinculante del Tribunal Constitucional (preponderancia de la función de resolución de casos concretos)

Teniendo en cuenta los fundamentos constitucionales de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, el *precedente vinculante del Tribunal Constitucional* se constituye en aquella *regla jurídica* contenida en una decisión judicial del Tribunal Constitucional que soluciona un caso concreto y que debe ser de observancia obligatoria para el propio Tribunal (*precedente vinculante horizontal*), así como para todos los jueces y tribunales inferiores (*precedente vinculante vertical*), en todos aquellos casos que sean sustancialmente iguales³².

31 Expedientes N.ºs 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI/TC (acumulados), f. j. 74.

32 Sobre los tipos de precedente en EEUU, ver MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Mc Graw Hill, Madrid, 2001, p.38.

Hasta la fecha, existe una considerable cantidad de precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional³³. Así, por ejemplo, en el caso Anicama (Expediente N.º 1417-2005-AA/TC), el TC estableció como precedente vinculante que son susceptibles de ser protegidas mediante el amparo –por formar parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión–, las siguientes pretensiones, entre otras³⁴: a) cuando al demandante se le niegue el acceso al sistema de seguridad social, pese a que cumple los requisitos legales; b) cuando el demandante sea titular de una prestación menor a la «pensión mínima» que asciende a S/. 415.00; o c) cuando al demandante se le deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de que cumple con los requisitos legales para obtenerla.

Como se aprecia, en el mencionado caso el TC, a partir de la interpretación del contenido constitucional del derecho a la pensión, estableció determinadas *reglas* de acceso al proceso de amparo, en materia de pensiones, precisando en la parte resolutive de esta sentencia que el fundamento n.º 37 constituye precedente vinculante. De este modo, el TC se autovinculó a su propio precedente (*precedente horizontal*) y estableció una regla de obligatorio cumplimiento para todos los jueces de amparo (*precedente vertical*), de modo tal que en todos aquellos casos que se encuentren en los supuestos mencionados en el párrafo anterior este Tribunal y todos los jueces de amparo deberán resolver conforme al precedente vinculante establecido. Por ejemplo, en todos aquellos casos que lleguen al TC en los que un demandante alegue que se le ha denegado su pensión, pese a reunir todos los requisitos establecidos en la ley respectiva, entonces el TC examinará el caso. Así también, cuando un juez de amparo de primera instancia deba calificar una demanda verificará el monto de la pensión que recibe el demandante de modo que si percibe un monto menor a S/. 415.00 entonces la pretensión si podrá ser susceptible de examen en sede constitucional.

A nivel legislativo la vinculatoriedad respecto del precedente vinculante del Tribunal Constitucional se encuentra prevista en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional en cuanto establece que «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». Como se aprecia, la primera parte de esta disposición reconoce el precedente vinculante del TC, precedente cuya observancia es exigible tanto al propio Tribunal Constitucional (*precedente horizontal*), como a todos los jueces de la jurisdicción constitucional. La segunda parte de la aludida disposi-

33 Para ver los precedentes vinculantes que ha expedido el Tribunal Constitucional, se puede revisar la página web de la revista electrónica *Gaceta del Tribunal Constitucional* <http://www.tc.gob.pe/gaceta/index.htm>

34 Expediente N.º 1417-2005-AA/TC, f. j. 37.

ción establece la posibilidad de que el TC se pueda apartar de su propio precedente, para lo cual deberá cumplirse con requisitos tales como la sustentación de los fundamentos de hecho y de derecho, así como de las razones que justifican el cambio de precedente.

V. La supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional respecto del Poder Judicial.

La fuerza normativa de la Constitución viene a ser el presupuesto fundamental sobre el que se basa su aplicación inmediata por jueces y tribunales³⁵. Toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo³⁶, tal como se puede deducir del principio fundamental de supremacía constitucional contenido en los artículos 38³⁷, 45³⁸ y 51³⁹ de la Constitución.

Mediante la fuerza normativa de la Constitución se busca otorgar preferencia a los planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia a las normas constitucionales en función de las relaciones sociales y la voluntad de la Constitución⁴⁰. La vigencia de la norma constitucional, supone que los poderes públicos, para lograr la defensa de los derechos fundamentales y una adecuada distribución del poder, deban determinar *límites y direcciones*, los cuales deberán ser controlados judicialmente por el Tribunal Constitucional, en su calidad de Supremo Intérprete de la Constitución⁴¹.

Justamente, a efectos de ejercitar este control judicial, resulta de capital importancia interpretar sistemáticamente las normas materialmente constitucionales (principios o normas) que conforman el sistema consti-

35 CARRILLO, Marc. *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales Ordinarios*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 33.

36 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1988.op.cit. p.64.

37 «Artículo 38.- Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación».

38 «Artículo 45.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen».

39 «Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente...». El *principio fundamental de supremacía constitucional* «consiste en la cualidad jurídica específica de la Constitución que la define como el sistema normativo de máxima jerarquía en el contexto de un sistema jurídico nacional de modo que reviste superioridad frente a la totalidad de normas pertenecientes a los diferentes niveles que componen la construcción escalonada del proceso de producción del derecho». Así en MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Los Principios Fundamentales del Derecho Constitucional Peruano*. Lima, 2000, p. 201.

40 HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983, p. 28.

41 LANDA ARROYO, César. Op. cit., p. 344.

tucional, las mismas que no siempre se encontrarán en la Constitución formal, sino también en las leyes constitucionales, en las *leyes orgánicas*, en el derecho consuetudinario y en el derecho jurisprudencial⁴².

En ese sentido, a nivel constitucional, la Constitución ha establecido en el artículo 201 que el Tribunal Constitucional se constituye en el «órgano de control de la Constitución»⁴³, lo que denota claramente la opción del Poder Constituyente a favor de que este Tribunal se constituya en el órgano supremo de la constitucionalidad pues para controlar las disposiciones constitucionales se hace necesaria la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional, la que predomina, conforme se desprende del referido artículo 201, respecto de todos aquellos también intérpretes de la Constitución, incluido obviamente el Poder Judicial.

En efecto, el sistema de control establecido por la Constitución ha confiado en el Tribunal la tarea de velar por la constitucionalidad del sistema en su integridad. Ello se muestra cuando la Norma Fundamental ha dotado al Tribunal Constitucional de la capacidad de expulsar del ordenamiento jurídico a la legislación creada inconstitucionalmente (artículo 204), y cuando además ha colocado al Tribunal como última y definitiva instancia en el conocimiento de los procesos de tutela de los derechos fundamentales (artículo 202, inciso 2), «que es la sede donde se efectúa el control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, incluyendo los del Poder Judicial»⁴⁴.

A nivel legislativo, nos interesa referirnos específicamente a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N.º 28301, la cual ha establecido en su artículo 1 que «El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (...)». Asimismo, en la Primera Disposición Final de la mencionada Ley Orgánica se establece, como ya se ha mencionado, que «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*» [énfasis agregado]. De esta forma, el legislador ha establecido que *todos* los jueces y tribunales, en su cotidiana actividad jurisdiccional, deben vincularse por aquella jurisdic-

42 MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Op. cit., pp. 127 - 128.

43 «[S]i el Tribunal ha sido calificado como «órgano de control de la Constitución», es porque a él se le ha confiado la tarea propia de un «Poder Corrector», en la medida que este puede dejar sin efecto o anular decisiones de los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como la de los demás órganos constitucionales como son el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones». ALVA ORLANDINI, Javier. «Comentarios al artículo 201 de la Constitución». En: *La Constitución Comentada*. Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima, 2005, pp. 1116.

44 CARPIO MARCOS, Edgar. «Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial». En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 148, Lima, p. 155.

cia expedida por el Tribunal Constitucional, respecto de los alcances de una ley, norma con rango de ley o reglamentos, los cuales a su vez, serán interpretados de acuerdo a los preceptos y principios constitucionales en los respectivos procesos constitucionales. La norma antes citada, afirma la primacía de la labor hermeneútica del Tribunal Constitucional respecto de los jueces del Poder Judicial, quienes deberán actuar de acuerdo con los resultados de esa labor.

Por ello, el Tribunal Constitucional tiene la obligación –según sea el caso– de que sus sentencias comporten declaraciones de verdaderos principios jurídicos cuando existan fórmulas vagas y ambiguas o hasta contradictorias que tiendan a la desprotección de los derechos fundamentales, debiendo brindar al ordenamiento jurídico la interpretación más acorde con la verdad constitucional, debiendo así constituirse en el soporte de un nuevo orden constitucional, en el cual se redefina el papel de los jueces, se elaboren nuevos criterios de interpretación y se rompa el esquema tradicional imperante en nuestra historia judicial, de manera que su jurisprudencia se constituya como fuente de derecho⁴⁵.

Si bien resulta importante la consagración normativa respecto del valor de la jurisprudencia expedida por el Tribunal Constitucional, resulta aún más importante *que exista jurisprudencia*, que además, *ésta sea conocida*⁴⁶ y que esta *no sea contradictoria* de manera que sea seguida por su *auctoritas* y no solamente por su obligación normativa, pues no tendría sentido que los jueces del Poder Judicial tengan la obligación de seguir jurisprudencia que no ofrezca «razones» y «argumentos» para las decisiones adoptadas, que las mismas puedan ser contradictorias o que al final no existan. Es evidente que si el Tribunal Constitucional va a fijar este tipo de criterios vinculantes, deberá dotarlos de la más clara y contundente motivación, de una justificación lógica de la sentencia, que muestre una función pedagógica y un carácter racionalizador de la función jurisdiccional.⁴⁷

Quedando precisada la supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional respecto del Poder Judicial, pasemos a ver como se manifiesta en los diversos procesos constitucionales:

45 «La fuerza vinculante de las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional no tiene otra razón de ser que la fuerza vinculante de la ley, porque sólo es ley la norma conforme con la Constitución». Así en: RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.p.485.

46 DIEZ-PICAZO GIMENÉZ, Ignacio. *Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo*. En: *La sentencia de amparo constitucional*. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 72.

47 CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia in Opere giuridice*. Volume primo, pp. 618 y ss. Napoli, 1965. Así citado en RIVERO ORTEGA, Ricardo. «¿Quién custodia a los custodios?: casación y motivación como garantías del control de las decisiones judiciales». En: *Jueces para la Democracia. Información y Debate*. N.º 29, Madrid, julio/1997, p.38.

Para el caso del proceso de inconstitucionalidad, cuando una ley u otra disposición normativa con fuerza de ley viola algún precepto constitucional, el Tribunal Constitucional la declara inconstitucional y en ese sentido se llega a dotar a sus sentencias de «fuerza de ley», entendiéndose en un sentido literal, como la «fuerza o el vigor propio de las leyes». Esta «fuerza de ley se extendería no sólo, como aquella, al Estado y sus órganos, sino más allá, también a todos, personas físicas y jurídicas, que podrían invocar a su favor estas decisiones y a todos obligarían produciendo directamente para todos derechos y obligaciones»⁴⁸. De allí que se haya dicho que éste órgano es un legislador negativo, en el sentido de que sus fallos pueden derogar disposiciones aprobadas por el Poder Legislativo. Por ello, la Constitución señala en el artículo 204: «La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto (...)».

Denotando una clara relación con la supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional, esta vinculatoriedad de la jurisprudencia expedida por el Tribunal Constitucional en materia de procesos de inconstitucionalidad, que afecta a los órganos constitucionales, autoridades, tribunales y ciudadanos, se verá reforzada respecto de la actividad del Poder Judicial, por lo dispuesto en el «segundo» párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPCConst), que establece que «Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular». Según esta disposición los jueces no pueden ejercer el control difuso de constitucionalidad de una norma, cuando ésta ha sido considerada por el Tribunal Constitucional como arreglada a la Constitución⁴⁹.

Para el caso de los conflictos competenciales, el CPCConst ha establecido en el artículo 111 lo siguiente: «(...) Cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, éste podrá suspender el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional». Esta disposición exige a todo juez o tribunal suspender el proceso ordinario cuando en su tramitación tome conocimiento que existe una «disposición», «resolución» o «acto» que este siendo cuestionado ante el Tribunal Constitucional (proceso competencial), de modo tal que una vez resuelto por este órgano deberá resolver el proceso ordinario observando lo decidido por el TC. «Teniendo en cuenta que para determinar si un determinada disposición, resolución o acto se encuentran viciados de incompetencia el Tribunal Constitucional debe interpretar todas aquellas disposiciones de la Constitución y de leyes orgánicas que resulten aplicables al caso, y además, que el Tribunal Constitucional es el Supremo

48 BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. IEAL, Madrid, 1982, p. 67.

49 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. «Aspectos Orgánicos del Tribunal Constitucional». *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lectura sobre Temas Constitucionales N.º 10. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1994, p. 288.

Intérprete de la Constitución, todos los poderes públicos tienen la obligación de respetar sus pronunciamientos en este tipo de procesos»⁵⁰.

Para el caso de los procesos de *habeas corpus*, *amparo*, *habeas data* y de cumplimiento, la Primera Disposición Final de la LOTC y el Tercer Párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst, establecen entre otras previsiones, como ya se ha mencionado, que 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». Estas disposiciones que establecen el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en todo tipo de procesos, no hacen sino brindar el marco normativo para establecer la obligación de todos los jueces y tribunales de orientarse por los criterios interpretativos que se establezcan en las diversas acciones de garantía constitucional, siempre y cuando se establezcan en dichos procesos, principios de alcance general, que por tanto, constituirán fuente de derecho y serán vinculantes para su aplicación por todos los órganos jurisdiccionales.

Asimismo, es pertinente resaltar que el último extremo de la Primera Disposición Final de la LOTC, establece que incurre en responsabilidad aquel juez o tribunal que se aparte de los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, por lo que todos los jueces constitucionales del Poder Judicial no pueden apartarse de los precedentes jurisprudenciales emanados por el Tribunal Constitucional, en casos sustancialmente iguales, pues la citada disposición contenida en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional les está imponiendo una obligación, bajo amenaza de que tal incumplimiento puede dar mérito a la aplicación de las sanciones respectivas.

Cabe resaltar que la vinculación de los Tribunales a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debe ser entendida como una manifestación de la vinculación a la Constitución, en cuanto esta jurisprudencia expresa una *interpretación cualificada* realizada por el Supremo Intérprete de la Constitución⁵¹. GARCÍA DE ENTERRÍA señala respecto del artículo 5.1 de la LOPJ de España, que es la norma que ha servido de inspiración tanto a la derogada primera disposición general de la LOTC anterior, como de la Primera

50 ADRIÁN CORIPUNA, Javier. «El proceso competencial en el Código Procesal Constitucional». En: *Palestra del Tribunal Constitucional*, Año 1, N.º 5, mayo 2006, pp. 560 - 561.

51 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «El valor normativo de la Constitución Española». En: *Revista de Derecho Político*. N.º 44, UNED, España, 1998. p. 41. Debemos destacar la similitud de la Primera Disposición Final de la Ley N.º 28301, con el artículo 5.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España que establece «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulta de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos» (resaltado nuestro).

Disposición Final de la vigente LOTC, estableciendo el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional: «Esta interpretación resultará no sólo de las Sentencias que resuelvan recursos o cuestiones de inconstitucionalidad contra las Leyes, sino, como precisa el precepto, «de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos», incluyendo, pues, los recursos de amparo y los conflictos de atribución y, por supuesto, de las sentencias tanto estimatorias como desestimatorias»⁵².

Reforzando la vinculación de este tipo de procesos debemos mencionar que los criterios interpretativos que el Tribunal Constitucional efectúa para resolver un conflicto surgido tras la lesión de un derecho fundamental tienen *vocación de permanencia*, pues más allá del carácter concreto de la litis y de si se resuelve a favor del restablecimiento del derecho fundamental lesionado, la sentencia dictada ya sea en un proceso de hábeas corpus o amparo, en una serie de casos, tiene un *valor objetivo que supera la individualidad del caso planteado para afectar al conjunto del cuerpo social*⁵³. En otras palabras, la interpretación que realizará el Tribunal Constitucional en procesos de hábeas corpus y amparo presenta una *vis expansiva*,⁵⁴ que se proyecta también sobre la actividad de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, en razón de constituirse en el supremo intérprete de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y que por tanto debe crear las condiciones básicas para la homogeneización de su interpretación.

El citado *carácter objetivo* se refiere a la eficacia de los pronunciamientos jurisprudenciales para fijar criterios estables sobre la interpretación del contenido de los derechos fundamentales integrados en su ámbito material y la forma como debe llevarse a cabo su aplicación, así como sobre las opciones permitidas en la interpretación de las leyes de conformidad con los preceptos constitucionales que reconocen los derechos fundamentales, que se impongan a los órganos judiciales y favorezcan de esta manera, la homogeneidad de las soluciones judiciales a las controversias que versen sobre posibles vulneraciones de tales derechos. Tal como se puede desprender de lo dispuesto por el art. 200, inciso 2 de la Constitución, que establece que el Tribunal Constitucional conoce, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento, este *carácter objetivo* es inherente a todo proceso jurisdiccional que constituya la última instancia o vía procesal posible para la resolución de una determinada litis⁵⁵.

52 Ídem.

53 CARRILLO, Marc. *La tutela de los derechos fundamentales...* Op. cit., p. 37

54 Al respecto, Enrique ALONSO GARCÍA señala: «la mejor manifestación de esta *vis expansiva* es el llamado principio de efectividad. En palabras del TC, «la obligación de interpretar la normativa vigente en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental». Así en: ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Op. cit., p. 362

55 Así citado por DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. En: SANTOS VIJANDE, Jesús María. *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los Tribunales ordinarios*. Granada, Comares, 1995, p. 100.

Hoy en día, a nivel comparado, la defensa de los derechos fundamentales ha cobrado una eficacia más intensa, de irradiación al conjunto del ordenamiento jurídico, hasta tal punto de estar siempre presente en la totalidad del mismo, a tener efectos no sólo bilaterales, sino *erga omnes* adquiriendo de esta manera un carácter absoluto. En palabras de SCHLAICH: «Con ello, los derechos fundamentales (...) se han convertido en una palanca con la que el ciudadano puede hacer valer su libertad respecto de toda intervención injustificada, por lesiva del principio del Estado de Derecho, proveniente del Estado»⁵⁶.

Tal como lo sostiene el profesor DIEZ-PICAZO, si la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial se ha de ver vinculada por la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, no se puede apreciar razón alguna para negar la misma incidencia que pudieran tener el resto de sentencias constitucionales, aún cuando no hubiesen concluido en la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición sometida a control⁵⁷.

VI. ¿Se vulnera la independencia judicial de los jueces de amparo del Poder Judicial cuando se exige la aplicación del precedente vinculante del Tribunal Constitucional?

Más allá de las circunstancias concretas sobre las dos resoluciones administrativas que dieron mérito al presente trabajo, cabe mencionar, como se ha evidenciado en los puntos anteriores, que la existencia de precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional tienen fundamento constitucional (igualdad en la aplicación de la ley y seguridad jurídica), además de fundamento legal (artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), por lo que deben ser de obligatorio cumplimiento por parte todos los jueces que conocen los procesos constitucionales cuando precisamente tienen a su cargo un caso que es sustancialmente igual a otro que dio mérito al precedente vinculante.

Lo antes expuesto no implica en modo alguno que la exigencia de respetar los precedentes vinculantes del TC vulnere la independencia judicial de los jueces de amparo del Poder Judicial, pues como se aprecia en el párrafo anterior, la propia Constitución y la ley le exigen también respetar los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Como lo hemos sostenido en anterior oportunidad⁵⁸, la doctrina del precedente vinculante tiene la finalidad de proporcionar previsibilidad, certeza e igualdad en la aplicación del Derecho. Por ello, la existencia de una regla

56 Así citado En: WAHL, Rainer y WIELAND, Joachim. *La jurisdicción constitucional como bien escaso. El acceso al Bundesverfassungsgericht*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 17, núm.51, septiembre-diciembre, 1997, p. 16.

57 Así citado en SANTOS VIJANDE, Jesús María. «Doctrina» y jurisprudencia...» Cit., p. 197

58 ADRIÁN CORIPUNA, Javier. «Comentarios al artículo 146 de la Constitución». En: *La Constitución Comentada*. Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima, 2005, p. 692.

que constituya precedente vinculante en casos sustancialmente iguales constituye un límite a la garantía institucional de la independencia judicial, es decir, la capacidad autodeterminativa que tiene el juez para resolver un caso conforme a la Constitución y a la ley expedida conforme a ésta (que el ámbito de la independencia interna exige que los órganos inferiores no sean dependientes de los órganos superiores), se verá limitada por la obligación de resolver conforme al precedente judicial vinculante que exista, la misma que se deriva, conforme se ha mencionado reiteradamente, de los principios constitucionales de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica, además del artículo VII del Título Preliminar del CPConst. De lo contrario, casos sustancialmente iguales podrían ser resueltos de tantas formas que terminarían ocasionando incertidumbre e inseguridad entre los propios jueces y sobretodo entre los ciudadanos que ven comprometidos sus derechos fundamentales en el proceso judicial, hecho que no resulta acorde con un Estado Constitucional.

Detrás de las decisiones de jueces de amparo que no acatan el precedente vinculante del TC, por ejemplo en el caso de casinos y tragamonedas, se encuentran muestras de incertidumbre e inseguridad jurídica⁵⁹, además de claras contravenciones a la ley. En efecto, a manera de ejemplo, cabe mencionar que en el Expediente N.º 4227-2005-PA/TC, se estableció lo siguiente:

«El Tribunal Constitucional no puede dejar de expresar su preocupación por el hecho de que, según se advierte de los recaudos anexados al escrito presentado con fecha 11 de agosto de 2005 por la propia recurrente, en sede judicial se vienen dictando sentencias –que han adquirido la calidad de firmes– en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, que infringen el segundo párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica de este Tribunal, en virtud de los cuales los jueces y tribunales tienen la obligación de interpretar y aplicar las leyes y toda norma con rango de ley, y los reglamentos

59 Así, por ejemplo, en el diario *El Comercio*, publicado el 30 de julio de 2006, aparece la siguiente nota: el «gerente de Control y Fiscalización de la Municipalidad de Lima, sostiene que sólo se otorga licencia de funcionamiento a aquellos locales [de juegos de casino y máquinas tragamonedas] que pasen la observación de Defensa Civil y presenten permiso del Mincetur. Pero, tanto en esta comuna como en otros distritos, los dueños de salas informales han ideado la forma de permanecer en pie al obtener acciones de amparo. Esta medida se presenta generalmente en juzgados del interior del país, como La Oroya y Andahuaylas, pues coincidentemente ahí suelen obtener respuesta positiva o por lo menos ganan tiempo. Además, el fallo judicial no hace distinciones entre salas de juego y empresas, por lo que al darle luz verde a una empresa o razón social específica, se permita que esta pueda abrir las puertas de sus distintas sucursales en todo el país. Pero claro, casi todas están en Lima. No contentos con ello, algunos propietarios de estos ilegales negocios venden sus locales y ofrecen servicios de «asesoría» para obtener acciones de amparo. Incluso se anuncian en los diarios de la capital».

respectivos, según los preceptos y principios constitucionales, *conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por este Colegiado en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad*».

Por ello, entre otras consideraciones, el TC dictó el siguiente precedente vinculante:

«Declarar que la presente sentencia constituye precedente vinculante (...). En consecuencia, al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17º, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N.º 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional –que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad–, *dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas*» [énfasis agregado]

¿Se está afectando la independencia de un juez de amparo cuando se le exige que en un caso concreto –en el que discute la aplicación de la aludida normatividad sobre casinos y tragamonedas– se encuentre efectivamente vinculado con el respectivo precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional? Estimamos que no, pues si el caso es sustancialmente igual, los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica, le exigen a este juez de amparo aplicar el precedente vinculante del TC.

Cosa distinta se presenta cuando se logra determinar y sobretodo justificar que el caso no es sustancialmente igual a aquel que dio origen a un precedente vinculante. Es decir, que de existir diferencias reales –y no aparentes– entre el primer caso (que dio mérito al precedente) y el segundo caso, entonces no es exigible aplicar el precedente instaurado (*distinguish*)⁶⁰.

Por otra parte, cabe mencionar que un supuesto distinto se presenta en el caso del *overruling*, o cambio de orientación jurisprudencial, en el cual se admite la posibilidad de que el Alto Tribunal cambie de precedente vinculante, no porque el caso no sea sustancialmente igual a otro (que ha dado mérito a un precedente), sino porque habiendo sido adecuado en una situación concreta, luego de un determinado tiempo, tal Tribunal estima que el precedente debe ser cambiado⁶¹.

60 BERNAL PULIDO, Carlos. «La fuerza vinculante...» Cit., pp. 224 y 222.

61 La técnica del *prospective overruling* ha sido ya asumida en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, caso Juan Carlos Calleghari

El cambio de la orientación jurisprudencial (*overruling*) contenida en un precedente vinculante del Tribunal Constitucional sólo puede ser realizado por el mismo Tribunal. En otros términos, el precedente sólo lo puede cambiar el órgano que lo expidió. Ciertamente, los jueces de nivel inferior no pueden cambiar el precedente, aunque sí, excepcionalmente, podrían apartarse del mismo, justificando su decisión, con lo que motivarían que el TC se pronuncie nuevamente cambiando, si así lo estima, el precedente instaurado. Éste es un supuesto excepcional y se podría presentar, por ejemplo, cuando luego de un considerable tiempo varíe el contexto social que rodeaba al supuesto de hecho que dio mérito al precedente. En efecto, si con el transcurrir del tiempo el precedente deja de servir para el fin para el cual fue dictado y, por el contrario, hace prevalecer una situación que puede devenir en arbitraria, entonces el juez de instancia inferior puede apartarse del precedente (nunca cambiarlo pues esto sólo lo puede hacer el Tribunal Constitucional), mediante una motivación específica adicional de por qué se hace tal alejamiento, de modo tal que se ponga en conocimiento del Alto Tribunal la exigencia de que el precedente debe cambiar o en todo caso motivar en éste una justificación que, manteniendo el precedente, responda al nuevo contexto planteado. Esta última consideración parte del supuesto de que no siempre los Altos Tribunales van a cambiar los precedentes por iniciativa propia sino también cuando las instancias jurisdiccionales inferiores pongan en su conocimiento la necesidad de realizar tal cambio.

De no existir la posibilidad de que los jueces de amparo, por ejemplo, puedan generar el cambio de precedente por parte del TC debido a que cabe la posibilidad de que el caso no llegue a la sede del Tribunal Constitucional por no ser una resolución «denegatoria» de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento (artículo 202, inciso 2 de la Constitución)⁶², o de no existir supuestos tan excepcionales como el transcurso de un considerable periodo de tiempo que justifique tal alejamiento entonces tales jueces no pueden, ni deben, apartarse del precedente instaurado por el TC.

Herazo, el que se decidió cambiar la jurisprudencia con relación al tema de los pases al retiro de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, pues se realizó una nueva interpretación de las prerrogativas conferidas al Presidente de la República, contenidas en el artículo 167 de la Constitución. En dicha oportunidad se sostuvo además, de modo expreso que «(...) dicho cambio sólo 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» (f. j. 5).

A diferencia del *overruling*, la técnica del *prospective overruling* se constituye en un mecanismo en base al cual cualquier cambio de orientación jurisprudencial (*overruling*) no adquiere eficacia para el caso decidido, sino sólo en relación a hechos verificados con posterioridad al nuevo precedente sentado en el *overruling*.

62 «Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional: (...) 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones *denegatorias* de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento» [énfasis agregado]

En todo caso, en la utilización de ambas técnicas (*distinguish* y *overruling*), como en el alejamiento del precedente, la carga de la argumentación jurídica tiene una decisiva importancia, a tal punto que podría afirmarse que no podría utilizarse ninguna de las dos técnicas antes mencionadas, ni darse el supuesto de que un tribunal inferior se aleje de un precedente, si es que no se justifica tal aplicación, e incluso, en éste último caso, la omisión de consignar una motivación específica sobre el alejamiento del precedente debe llevar a la sanción al respectivo juez, por parte del órgano judicial superior, por contravenir las disposiciones que exigen el acatamiento del precedente vinculante del TC.

VII. Conclusiones

En primer lugar, queda claro que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se constituye hoy en día en una de las fuentes del Derecho. Tal sentido de fuente se desprende, entre otras disposiciones, del artículo 139, inciso 8 de la Constitución que exige «no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley», como del artículo 201 del mismo cuerpo normativo, que le otorga al TC la función de control de la Constitución.

En segundo lugar, en el caso de la vinculatoriedad a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica se constituyen en los fundamentos constitucionales que le sirven de base. De este modo, todo ciudadano debe tener la plena convicción de que si se presenta determinado supuesto de hecho, éste será merecedor de una consecuencia jurídica establecida con anterioridad, la misma que será igual para todos aquellos que se encuentren en la misma situación y que no podrá variarse arbitrariamente según la mera voluntad del juez.

En tercer lugar, cabe distinguir dentro la fuerza vinculante de la jurisprudencia, dos conceptos importantes. De un lado, la *doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional*, que se constituye en aquel conjunto de criterios, orientaciones y principios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando interpreta la Constitución en los procesos que son de su conocimiento. De otro lado, el *precedente vinculante del Tribunal Constitucional*, que se constituye en aquella regla jurídica contenida en una decisión judicial del Tribunal Constitucional que soluciona un caso concreto y que debe ser de observancia obligatoria para el propio Tribunal (*precedente vinculante horizontal*), así como para todos los jueces y tribunales inferiores (*precedente vinculante vertical*), en todos aquellos casos que sean sustancialmente iguales.

Esta labor de fijar la doctrina jurisprudencial vinculante y el precedente vinculante, exige del Tribunal Constitucional una prudente labor en la fijación de los mismos y además que se observen, entre otros, tres requisitos esenciales: 1) la motivación específica que ha servido para instaurar la doctrina o precedentes vinculantes, lo que resulta importante para legitimar la decisión judicial permitiendo el control por parte de los operadores jurídicos, así como para evitar la arbitrariedad del razonamiento judicial; 2) la consignación expresa en el fallo de aquellos fundamentos que confor-

man la antes mencionada motivación específica; y 3) la publicación adecuada e inmediata de la sentencia que contiene la doctrina y precedentes vinculantes, pues sólo su publicación permitirá su posterior utilización.⁶³

En cuarto lugar, si bien es posible que todos podamos interpretar la Constitución, ésta ha previsto la existencia de determinados órganos especializados en esta labor: Tribunal Constitucional (artículo 201º) y Poder Judicial (artículo 138º). No obstante, la propia Norma Fundamental ha precisado que sólo el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, consagrándolo de este modo como órgano supremo de interpretación de la constitucionalidad.

Finalmente, cuando la Constitución y la ley exigen que los jueces de amparo acaten la doctrina jurisprudencial vinculante y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional no se está vulnerando el principio de independencia judicial, pues éste se encuentra limitado por razones de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica, además del principio de unidad de la función jurisdiccional. Los jueces de amparo gozan de independencia interna (entendida como no dependencia a otros órganos jurisdiccionales superiores), en la medida en que el Tribunal Constitucional no haya establecido doctrina jurisprudencial vinculantes o precedentes vinculantes, pues en tal caso éstos deben aplicarse.

63 En cuanto a este último requisito, si bien la publicación de las sentencias se realiza en el diario oficial *El Peruano* y en la página web del TC, sería conveniente, dada la trascendencia de la instauración de la doctrina y precedentes vinculantes, que estos pudiesen ser publicados en los principales diarios de circulación nacional.



Estudios extranjeros



EL VALOR DEL PRECEDENTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN EEUU Y ARGENTINA*

Néstor Pedro Sagüés**

SUMARIO: I. El caso norteamericano. Introducción. II. El sistema del *stare decisis et non quieta movere*. III. La doctrina del precedente en y para la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU. IV. Argentina. Introducción general. V. El caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Punto de partida. VI. Mutaciones y contradicciones. VII. La Corte Suprema y sus propios precedentes. VIII. Vías de sometimiento y de evasión por los tribunales inferiores. IX. Evaluación.

I. El caso norteamericano. Introducción.

En los Estados Unidos de América la Constitución de 1787 no confió a ningún órgano específico de gobierno el control de constitucionalidad. La Corte Suprema, en el famoso *leading case Marbury vs. Madison*, diecisiete años después del lanzamiento de la Constitución, creó pretorianamente la revisión judicial de constitucionalidad, receta que aunque muy exitosa después, inicialmente no podía menos que discutirse. Hoy, refrendada por un granítico Derecho constitucional consuetudinario, parece una fórmula imbatible y pétreo.

En 1958, la misma Corte, en *Cooper vs. Aaron*, enseñó que la interpretación que ella hace de la Constitución es «la ley suprema de la tierra», a la que deben conformarse tanto los órganos judiciales como los del Poder Ejecutivo y del Legislativo. La vinculatoriedad de la doctrina judicial establecida por la Corte cuenta así con un enunciado explícito y rotundo. Puede pensarse, por ello, que *Cooper vs. Aaron* importa una suerte de «segundo *Marbury vs. Madison*», por su trascendencia institucional; y que de algún modo significativo altera las bases del sistema histórico inicial difuso de control de constitucionalidad, dado que, cuando la Corte define algún tema constitucional, los tribunales inferiores tienen recortada su capacidad de juzgamiento sobre tal punto, al tener que conformarse y aplicar en todos los casos que tengan que decidir, lo dicho por la Corte. De ello pueden extraerse importantes consecuencias¹.

* El presente trabajo se integra a nuestro libro *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*. Ad-hoc, Buenos Aires, 2006, p. 267 y ss., con actualizaciones.

** Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Católica del Rosario.

1 Ver el desarrollo de SAGÜÉS María Sofía, 2004, «Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos.

A continuación se resumirán los rasgos esenciales del sistema del precedente (*stare decisis*) en Estados Unidos, soporte de la doctrina de la vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte, para retornar después a los rasgos específicos que esa doctrina tiene para ella.

II. El sistema del *stare decisis et non quieta movere*.

Este sistema del régimen anglosajón del *common law* puede traducirse como «respetar lo decidido y no cuestionar puntos ya resueltos»². Sintéticamente se lo conoce como el «sistema del precedente». Tal doctrina constituye el basamento histórico de la actual fuerza vinculante de los fallos de la Corte Suprema norteamericana.

La doctrina, conviene advertirlo, se aplica a todo el sistema judicial. Parte del supuesto de que una sentencia cumple dos papeles: resolver una litis concreta, y además, repercutir en los casos futuros que atiendan problemas análogos. En definitiva, «proveer a la sociedad de reglas jurídicas»³

- a) *Fundamentos*. Para abonar esa argumentación, se esgrimen cuatro razones: *igualdad* (de proyectarse el precedente, los litigantes tendrán el mismo trato por los tribunales), *previsibilidad* (la gente sabe a qué atenerse en el futuro), *economía* (si se aplican los criterios sentados en los casos previos, se ganará en tiempo y energía para resolverlos), y *respeto* (al acierto y sabiduría de los jueces anteriores). Se trata, fundamentalmente, de una solución pragmática.

Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial» En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*. Año 1 N.º 2, Porrúa, México, p. 225, con sugestivas reflexiones sobre el actual carácter, menos difuso, y en ciertos aspectos concentrado, del sistema estadounidense.

Una aplicación estricta de *Cooper vs. Aaron* obliga a advertir que en el mejor de los casos el régimen judicial de control de constitucionalidad norteamericano, insuflado de *stare decisis*, podrá ser básicamente «difuso» (cualquier juez practica la revisión de constitucionalidad), pero resulta simultáneamente «jerarquizado», esto es, con distintas jerarquías en función del tribunal del caso; y que de cierta manera, pasaría a ser parcialmente «concentrado» en la Corte Suprema, cuando ella define una cuestión constitucional, ante la imperatividad de la doctrina que sienta en sus veredictos, cosa que limita la competencia en materia de razonamiento y de decisión en esos temas, para los tribunales inferiores. Dicho de otro modo: «todos» los jueces pueden controlar, pero «no todo» (lo ya controlado por la Corte Suprema).

Remitimos también al lector a TRIBE LAURENCE, H. *American Constitutional Law*. The Foundation Press, New York, 1978, p. 18.

- 2 FARNSWORTH E., Allan. *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos* (traducción de Horacio Abeledo). Zavalía, Buenos Aires, 1990, p. 74. Seguimos a este autor, cuya lectura recomendamos, en la descripción y razones del régimen del precedente o *stare decisis*.
- 3 MAGALONI KERPEL, Ana L. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Mc Graw Hill, Madrid, quien destaca que en función de la norma aplicada en la sentencia que enuncia el precedente, puede hablarse del «precedente constitucional», si se trató de efectivizar a la ley suprema, del «precedente legal» (*statutory precedent*), si se acudió al derecho legislado, o del «precedente de *common law*», si el fallo se basó en tal fuente jurídica.

- b) *Variables*. No todo lo dicho en una sentencia tiene el mismo vigor vinculante, ni todas las sentencias valen lo mismo. Con referencia a la aplicación del *stare decisis*, el autor que citamos explica que «es más arte que ciencia». En tal sentido, cabe mencionar primero la que llama *jurisprudencia persuasiva*, no necesariamente vinculante, que es la proveniente de tribunales de otras jurisdicciones o de un nivel igual al que debe decidir un proceso, y la que tiene divergencias (jurisprudencia contradictoria: en este caso, se habla de «regla mayoritaria» o «minoritaria»). La *jurisprudencia imperativa*, que sí es vinculante, es la que emana de un tribunal superior al que conoce el caso, o a la de éste mismo.

Pero dentro de las sentencias de este último tipo, cabe a su turno diferenciar el *holding*, o *ratio decidendi* (esta última expresión es usual en Inglaterra), que es lo necesariamente sostenido por un tribunal para dirimir el litigio, del *obiter*, u *obiter dictum*, que es lo no indispensable a ese fin. Normalmente el *obiter dictum* no es jurisprudencia imperativa, aunque pueda tener algunas veces especial respeto, en función de la calidad jurídica del juez que lo expuso.

La distinción entre el *holding* y el *dictum* fue explicada por el mismo John Marshall dieciocho años después de *Marbury vs. Madison*, en *Cohens vs. Virginia*⁴. Tiene, pues, rancio abolengo. Sin embargo, no siempre es sencillo deslindar nítidamente, en el cuerpo de una sentencia, esas dos partes. Y siempre es posible una interpretación manipulativa del texto en cuestión.

Por lo demás, cabe diferenciar un *stare decisis* «vertical» (doctrina sentada por un tribunal superior, sobre sus inferiores), del *stare decisis* «horizontal», o vinculación de un tribunal con sus propios precedentes, fundado esto en los principios de autocongruencia y consistencia⁵.

- c) *Vías de evasión*. En el mundo jurídico norteamericano, un rechazo frontal a la doctrina del precedente o del *stare decisis* es hoy prácticamente impensable⁶. Históricamente, no obstante, ha tenido algunas veces sus

4 «Es una máxima que no debe ser desconocida que las expresiones generales d una opinión pueden entenderse en conexión con el caso en que ellas son usadas. Si se refieren a cuestiones extrañas al caso, pueden ser respetadas, pero no deben ser obligatorias para un caso posterior en que el punto preciso deba ser resuelto. El fundamento de esta máxima es evidente. Las cuestiones del caso que están a consideración son investigadas con cuidado y analizadas en todos sus aspectos. Otros principios que puedan servir para ilustrar se consideran en relación al caso, pero su posible incidencia sobre cualquier otro caso, difícilmente será investigado a fondo». Cfr. FARNSWORTH E. Allan. *Introducción...* ob. cit., pp. 78-79.

5 MAGALONI KERPEL, Ana L., ob. cit., p. 38.

6 Sin embargo, cuenta FARNSWORTH, de vez en cuando se cita el caso del Juez James ROBINSON, de la Corte Suprema de North Dakota, quien alcanzó fama como opuesto a la doctrina del precedente, y que sólo citaba excepcionalmente jurisprudencia para fundar sus veredictos. Asimismo, hay ocasiones en que un tribunal ignora un precedente «embarazoso», lo que para el autor que citamos implica una técnica criticable que deja en dudas la subsistencia del precedente para el futuro (*Introducción...* Ob. cit., p. 74, n.º 10, y p. 82, n. 23).

cuestionamientos. Generalmente se recuerda en este punto el discurso de asunción presidencial de Abraham Lincoln, cuando sostuvo que «Si la política del Gobierno acerca de cuestiones vitales que afectan a todo el pueblo, ha de ser irrevocablemente fijada por las sentencias de la Suprema Corte, en el instante de dictarse las mismas en juicios ordinarios entre partes dirimiendo acciones personales, el pueblo habrá dejado de ser su propio gobernante, habiendo renunciado prácticamente en esa extensión a su gobierno, a favor de ese eminente Tribunal»⁷.

Fuera de estas críticas, lo cierto es que en determinadas ocasiones es factible ampliar o restringir el radio de cobertura de un precedente, por ejemplo considerando que los hechos del caso número dos son muy distintos a los del caso número uno; o que la doctrina sentada en el caso número uno es francamente arcaica, por modificación del contexto de vida; o incluso que daría, aplicada al caso número dos, una solución decididamente injusta. Otro medio de evasión (por parte del tribunal número dos) es «achicar» el espacio del *holding* del caso número uno, ampliando en cambio el del su *dictum*, que –cabe recordarlo– no es imperativo, sino persuasivo⁸.

En el fondo, existen aquí *dos* doctrinas del precedente: la *minimalista*, cuando postula que dicho precedente sea establecido en forma concreta y profundamente condicionado por los hechos (material fáctico) del caso, y la *maximalista*, que intenta que el precedente establezca reglas generales y abstractas comprensivas de una serie amplia de situaciones. Naturalmente, la posición *minimalista* permite a un tribunal moderar bastante el rigor del precedente, mientras que la *maximalista* lo acentúa. Sin embargo, aun esta última autoriza a practicar «distinciones» (*Schauer*), por ejemplo ante supuestos de extrema injusticia, que significan excepciones a la regla de la obediencia del precedente⁹. Tal confrontación existe incluso en el seno de la Corte Suprema Federal.

III. La doctrina del precedente en y para la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU.

Ya hemos citado en el párrafo 1 los lineamientos de la importante fuerza vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. La tesis de que su doctrina judicial debe servir como guía y ser seguida por todos los demás tribunales del país (expresión máxima del *stare decisis* «vertical»), ha sido abonada por motivos de certeza, estabilidad

7 CORWIN, Edward S. *La Constitución norteamericana y su significado actual*, (traducción de Rafael Demaría), Buenos Aires 1942, Kraft, pp. 140-141. En este caso, cabe aclararlo, Lincoln parece estar refiriéndose al tema de las cuestiones políticas no justiciables (*political questions*).

8 FARNSWORTH E. Allan. *Introducción...* Ob. cit., p. 80 y ss. El mismo autor recuerda que ocasionalmente un tribunal inferior puede apartarse de la regla sentada por su superior, si prevé que este último cambiará su jurisprudencia anterior, de haber apelación (ob. cit., p. 77).

9 Ver el excelente análisis de MAGALONI KERPEL, Ana L. Ob. cit., p. 93 y ss.

y coherencia de la jurisprudencia, y por provenir del máximo tribunal, intérprete final de la Constitución¹⁰. Pero la aplicación de la doctrina presuppone una decisión adoptada por la mayoría del Tribunal; si ella proviene de un tribunal dividido en partes iguales no confiere autoridad al caso para la determinación de otros, aún proviniendo el fallo de la Corte Suprema¹¹.

El vigor de un precedente no disminuye por haberse omitido en éste los fundamentos de la decisión¹².

Rige por lo demás, la distinción entre el *holding* y el *obiter dictum*. «Indudablemente la doctrina del *stare decisis* es saludable, y se debe adherir a ella en todas las ocasiones adecuadas, pero solamente respecto de decisiones directamente (vinculadas) sobre los puntos en cuestión»... «Las expresiones generales contenidas en una opinión deben ser tomadas en conexión con el caso en el cual esas expresiones fueron empleadas. Si ellas van más allá del caso, deben ser respetadas, pero no deben gobernar el juicio en un caso subsiguiente cuando el punto verdadero es sometido a decisión»¹³.

En el caso *Grutter*, fallado en 2003, referido a la Universidad de Michigan, la Corte Suprema ha asumido un giro fundamental en materia de valor del precedente. Se trataba del voto del Juez POWELL pronunciado en *Regents of the University of California vs. Bakke*, que no había logrado en su momento el acuerdo de los demás jueces de la Corte. No obstante, aparentemente se le dio valor (ahora) de precedente, en particular según la explicitación del voto de la jueza O'CONNOR, por haber logrado consenso social y haberse incorporado a las prácticas de la comunidad (en este caso, la doctrina de POWELL había sido seguida por la mayoría de las universidades públicas y privadas, en materia de las «cuotas benígnas» de admisión de estudiantes a tales casas de estudio). Esto ha permitido concluir que «en consecuencia, en el voto mayoritario de *Grutter* se perfila la idea de que un criterio jurisdiccional aceptado y respetado por la sociedad, e incorporado a sus prácticas, reviste vinculatoriedad, independiente de si era o no precedente con autoridad conforme al *stare decisis* clásico»¹⁴.

Ya puntualizamos que en *Cooper vs. Aaron* (ver parágrafo 1) la Corte Suprema entiende que todos (tribunales inferiores, agencias gubernativas, el Congreso) deben seguir sus estándares y pautas jurisprudenciales. Pero cabe interrogarse de qué modo ella se sigue a sí misma.

10 *The Madrid* (1889); *Calhoun Gold Mining Co. vs. Ajax Mining Co* (1889), en AA.VV, *La Constitución de los Estados Unidos de América anotada con la jurisprudencia* (trad. por Segundo V. Linares Quintana y Mario Amadeo), Kraft, Buenos Aires, 1949, T. I, p. 75.

11 *Hertz vs. Woodman* (1910), en AA.VV. *La Constitución...* Ob. cit., p. 76.

12 *Fidelity & Deposit Co. vs. United States* (1902) En: AA.VV. *La Constitución...* Ob. cit., p. 76.

13 *Aparte de Cohens vs. Virginia* (1821), *V. Carroll vs. Carrol* (1851), *Florida Cent vs. Schutte* (1881) En: AA.VV. *La Constitución...* Ob. cit., p. 76.

14 SAGÜÉS María Sofía, *Las acciones afirmativas...* Ob. cit., p. 226 y ss.

Una posición, por cierto sarcástica, advierte que la Corte Suprema no está gobernada por sus precedentes, pues de considera libre para modificarlos, y «se considera aun más libre para establecer distinciones que ninguna persona sensata pensaría hacer sino con el motivo de evitar la confesión de que se deja de lado un precedente»¹⁵. En *Burnet vs. Coronado Oil & Gas Co.*, un voto disidente del Juez Brandeis, muy citado, advirtió que la doctrina del *stare decisis* no es, como la regla *res judicata*, algo «con autoridad universal, inextinguible»¹⁶. En síntesis, no obliga a que la Corte siga una doctrina equivocada. Según escribió en 1849 el presidente de la Corte, TANEY, «debe estimarse en lo futuro, como ley de esta Corte, que su opinión sobre la interpretación de la Constitución está siempre abierta a la decisión cuando se supone que ha sido fundada en el error, y que su autoridad judicial dependerá siempre en lo futuro de la fuerza del razonamiento en que se apoya»¹⁷.

Además de las sentencias suyas que la Corte reputa después de haberlas pronunciado como erróneas, están los casos de inoperatividad (*unworkability*) de un precedente para seguir funcionando exitosamente en casos subsiguientes¹⁸.

De todos modos, los cambios de jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, sin ser inusuales, no son tan frecuentes. BLAUSTEIN y FIELD apuntan que durante el período 1810-1957, la Corte mutó de criterio en noventa temas.¹⁹ Una de las transformaciones más llamativas en los últimos tiempos (2003) fue el caso *Lawrence vs. Texas*, donde abandonó –con un gran debate en el seno del tribunal– la doctrina sentada en *Bowers vs. Hardwick* (1986), en torno a la constitucionalidad del castigo penal a relaciones homosexuales libremente consentidas por adultos y practicadas en la privacidad (la Corte, en *Lawrence vs. Texas*, se pronunció en definitiva por la inconstitucionalidad de tal punición. En este caso, la mayoría del tribunal realiza una larga exposición para justificar el rechazo de la anterior doctrina sentada en *Bowers*, a la que califica francamente como errónea)²⁰.

15 Cfr. la opinión de POWELL (*Columbia Law Review*, 32, pág. 768), cit. por CORWIN, Edward S. *La Constitución...* ob. cit., pp. 222-223.

16 *Burnet vs. Coronado Oil & Gas Co.* (1932), en: AA.VV. *La Constitución...* Ob. cit., p. 77.

17 *Smith vs. Turner* (Passenger cases), en AA.VV. *La Constitución...* Ob. cit., p. 77.

18 Sobre el problema de la inoperatividad de los precedentes en *García y en League of Cities*, ver STONE Geoffrey R., SEIDMAN Louis M., SUNSTEIN Cass R. y TUSHNET, Mark V. *Constitutional Law*. Little, Brown and Co., segunda edición, Boston, Toronto, London, 1991, pág. 224.

19 BLAUSTEIN Y FIELD, «Overruling Opinions in the Supreme Court, 57», En: *Michigan Law Review* (1958), p. 151, cit. por FARNSWORTH, E. Allan. *Introducción...* Ob. cit., p. 74, n. 10.

20 Sobre este caso, y la fundamentación del cambio en la doctrina judicial, v. SAGÜÉS, María Sofía «Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de «*Lawrence vs. Texas*»» En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución*, Año 1, N.º 1, México, 2004, p. 199 y ss.; SAGÜÉS, Néstor Pedro «Nuevas fronteras de la igualdad. El recurso al dato sociológico y

IV. Argentina. Introducción general.

La Constitución argentina es muy similar a la estadounidense en lo que hace a control de constitucionalidad y estructuración del Poder Judicial. La *judicial review* no figuraba en la Constitución de 1853²¹. De hecho, se admitía, como una suerte de herencia cultural proveniente del derecho norteamericano, y con los rasgos parecidos a los de éste.

Pero al no existir en Argentina las bases históricas propias del *common law*, no rigió en el país (de modo expreso) la doctrina del «precedente», o del *stare decisis*. De hecho, un tribunal inferior, como regla, no está obligado a seguir las pautas de otro superior o similar en grado (menos, la de un inferior). Por tanto, la jurisprudencia es con frecuencia muy diversa y contrapuesta. Incluso leyes nacionales de «derecho común», como los códigos civil, mercantil o penal, v. gr., son aplicados de distinto modo y con interpretaciones a menudo disímiles.

Sin embargo, en el siglo XX se producen algunas transformaciones al sistema, por vía de ley: según normas emergentes por lo común de códigos procesales (que son distintos en el orden nacional y en cada provincia, atento la estructura federal del país), ciertos tribunales colegiados pueden sentar a través de sentencias o acuerdos llamados, según los casos, por ejemplo, «plenos» o «plenarios», doctrina obligatoria para esos cuerpos colegiados y los tribunales inferiores a ellos. Aunque se ha discutido seriamente la constitucionalidad de estos dispositivos, cuyos impugnadores entienden que confían facultades legisferantes a órganos jurisdiccionales, lo cierto es que rigen en la práctica. También ha ocurrido que en el ámbito provincial reglas locales han asignado alguna vez carácter vinculante a la doctrina sentada por sus cortes supremas o tribunales superiores²², o que de hecho algunos de ellos, sin norma habilitante, procuran asumir tales papeles.

al intérprete externo en la interpretación constitucional». En: *Revista de Derecho*. N.º VII, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2005, p. 229 y ss., y *La interpretación judicial de la constitución*, Lexis-Nexis, segunda edición, Buenos Aires, 2006, p. 233 y ss.

21 Remitimos al lector a SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Astrea, tercera edición, Buenos Aires, 1999, T. 1 p. 661. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado algunos toques a las competencias de los acuerdos *plenos* o *plenarios*.

22 Así, art. 143 de la Constitución de la Provincia de La Rioja: «La interpretación que efectúe el Tribunal Superior en sus pronunciamientos sobre el texto de esta Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones es de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores. La ley establecerá la forma y el procedimiento para obtener la revisión de la jurisprudencia». En otros casos, han sido leyes comunes las que han erigido tal eficacia expansiva de las sentencias de una corte suprema local, circunstancia que provoca discusiones sobre la constitucionalidad de tal solución legislativa, que podría restringir las facultades normales y constitucionales de los jueces inferiores para entender y aplicar, con independencia de criterio, el Derecho.

V. El caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Punto de partida.

La doctrina tradicional, importada de los Estados Unidos, era que los efectos de una sentencia de la Corte Suprema, en particular en lo que hacía al control de constitucionalidad, resultaban *inter partes*, vale decir, ceñidos al caso concreto. En realidad, en ese esquema, la «declaración de inconstitucionalidad» equivalía a «inaplicación» (en el expediente donde se pronunciara) del precepto reputado inconstitucional. La norma en cuestión seguía perfectamente en vigencia²³. Cada interesado debería discutirla en el proceso donde fuera parte: si no lo hacía, la regla, pese a su vicio de inconstitucionalidad, se le aplicaba. Las inconstitucionalidades, por lo demás, no se pronunciaban de oficio, sino a requerimiento de parte afectada. Además, la Corte, como cualquier tribunal, podría variar de criterio de un expediente a otro, y entender hoy como inconstitucional lo declarado ayer como constitucional, o viceversa.

Este régimen puede desde luego discutirse, pero es muy útil para procesar los casos de inconstitucionalidades *relativas* (que acaecen cuando la misma norma resulta constitucional en una litis, e inconstitucional en otra, en función de las circunstancias fácticas de cada una de ellas), y de las inconstitucionalidades *evolutivas* (en función del factor tiempo, y de las variaciones del contexto de vida, una regla puede conformarse a la Constitución en determinado momento pero dejar de serlo en el futuro, por ejemplo)²⁴.

VI. Mutaciones y contradicciones.

El panorama descrito registró varios cambios jurisprudenciales que en última instancia llevan a producir un efecto vinculante, aunque condicionado, de los fallos de la Corte, generando significativas reglas de derecho procesal constitucional consuetudinario.

a) *Doctrina del sometimiento simple*. En los autos *Magdalena Rivera c. Vicente García Aguilera*, (1870) un juez federal de primera instancia sostuvo que los juzgados federales «deben ajustar su procedimientos y resoluciones, a las decisiones de la Suprema Corte que en casos análogos dicte, haciendo jurisprudencia». La Corte confirmó esa sentencia «por sus fundamentos»²⁵. De hecho, esta tesis importaba lisa y llanamente aceptar en Argentina el sistema anglosajón del *stare decisis*. Sin embargo, este fallo no ha tenido mayor seguimiento posterior.

23 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), *Fallos*, 139:65, 183:76, 247:700, Jurisprudencia Argentina 1991-I-273, etc. Derivamos igualmente al lector a SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Astrea, cuarta edición, Buenos Aires, 2002, t. 1 p. 182 y ss., donde tratamos el tema con mayor detenimiento.

24 Respecto de inconstitucionalidades relativas y evolutivas, SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*. Ob. cit., p. 201 y ss.

25 CSJN, *Fallos*, 9:53.

b) *Doctrina del seguimiento condicionado, como deber moral.* Años más tarde, en la causa *Bernardo Pastorino*, la Corte puntualizó que sus veredictos deciden solamente el caso concreto «y no obligan legalmente sino en él», pero añadió que «hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos a los fallos de aquel alto tribunal». Fundó su conclusión «principalmente en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles, sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas cuando a su juicio no sean conformes a los preceptos claros del derecho»²⁶. Aquí se diseña, también con factura jurisprudencial, una versión más moderada del *stare decisis*: la doctrina del precedente rige como deber *moral*, y es factible apartarse de ese precedente si el juez inferior entiende claramente que no es jurídicamente correcto. Las bases de esta construcción son dos: el *argumento aristocrático* (los fallos de la Corte son mejores que los provenientes de otros tribunales) y el *argumento de la economía procesal* (evitar el desgaste que significaría apartarse del criterio de la Corte, para suscitar así recursos que a la postre revocarían a la resolución rebelde).

c) *Doctrina del seguimiento condicionado como deber institucional.* En el caso *Santín, Jacinto I.*, la Corte dio otra vuelta de tuerca para afirmar su superioridad. Después de sostener que «es incuestionable» que los jueces tienen libertad de juicio para pronunciar sus veredictos, alertó que esa facultad debía compatibilizarse con el carácter definitivo de los fallos de la Corte Suprema, y «Ello impone ya que no el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia –susceptible siempre de ser controvertida como todo juicio humano en aquellas materias en que sólo caben certezas morales– el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida». El Tribunal concluyó que apartarse de la jurisprudencia de la Corte, mencionándola pero sin controvertir sus fundamentos, significa desconocimiento deliberado de aquella autoridad, y apercibió a los jueces que así habían actuado²⁷.

d) *Situación actual.* En *Cerámica San Lorenzo*²⁸, por ejemplo, se consolida la línea de *Santín Jacinto*. Los jueces inferiores deben aplicar las reglas jurisprudenciales elaboradas por la Corte Suprema, y carecen de fundamento las sentencias que se apartan de ellas, «sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete de supremo de la Constitución nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia».

En *P.L.B.* se aclara que la doctrina predicha se funda en la «autoridad del tribunal», y lo es sin perjuicio del juez inferior de no seguir los lineamientos de la Corte, pero «fundándose en razones no examinadas o

26 CSJN, *Fallos*, 25:368.

27 CSJN, *Fallos*, 212:59.

28 CSJN, *La Ley*, 1986-A-178.

no resueltas» por ella. Dicho de otro modo, el juez podrá apartarse, pero no «sin justificación expresa» (*Petrovic*), y con «nuevos» fundamentos (*Adriazola*), distintos a los ya evaluados por la Corte²⁹. Y ello ocurre tanto respecto de la doctrina sentada por la Corte en temas de Derecho federal, como de derecho común (civil, penal, laboral, etc.)³⁰. Si la sentencia del juez inferior desconoce la doctrina judicial de la Corte sin dar motivos valederos para no seguirla, padece del vicio de arbitrariedad y podrá impugnarse a su turno por el recurso extraordinario federal (en tal sentido, ver el dictamen del Procurador General en *Ferreyra*, sentencia del 21 de marzo de 2006). Es muy frecuente que la Corte, cuando enuncia su superioridad, no diferencia las áreas del Derecho adonde prevalece.

Cabe advertir al lector que ocasionalmente, la Corte ha sido autocontradictoria, por ejemplo cuando ha dicho que «la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores, no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio toda sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones»³¹, tesis que obligaría a olvidar la eficacia vinculante de los fallos de la Corte. Algo similar ocurre cuando la propia Corte restringe su jurisprudencia obligatoria, al señalar que sus precedentes carecen de fuerza legalmente vinculante para los tribunales locales, en materia de Derecho público local, o cuando señala que la tacha de arbitrariedad no se configura por la circunstancia de haberse aparatado el tribunal a quo de la doctrina establecida por la Corte Suprema en otros casos y por vía distinta a la intentada³².

En definitiva, después de una larga y no siempre uniforme ni clara trayectoria, puede reputarse vigente hoy, y mas allá de su acierto o error, una regla de Derecho consuetudinario constitucional elaborada por la propia Corte Suprema, que impone a los tribunales inferiores a ella el deber *jurídico* de seguir sus criterios, más allá de los casos donde fueron expuestos, y en todo los escenarios (derecho federal o común o local). Puede hablarse entonces de una jurisprudencia vinculante u obligatoria de la Corte, pero condicionada: el tribunal inferior está habilitado para apartarse de ella, siempre que dé fundamentos que sean a) valederos; y b) diferentes a los ya examinados por la Corte.

De hecho, esta regla importa una interpretación mutativa por adición al texto constitucional, que suma a las competencias de la Corte Suprema enunciadas inicialmente en la Constitución, la que aquí se consigna, cuya legiti-

29 CSJN, *P.L.B.*, *El Derecho*, 136-453; *Petrovic*, Fallos, 325:1227; *Adriazola*, Fallos 324:3764.

30 CSJN, *Encinas*, Fallos 321:2294.

31 CSJN, *Ferrocarril del Sud*, Fallos, 131:109, 263:255.

32 CSJN, Fallos, 304:1459. Ver también Fallos, 306:1452, y 307:1264; SODERO, Eduardo R. «Sobre la responsabilidad científica del juez» En: SANTIAGO, Alfonso (director). *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. II p. 520, n. 240.

midad, hoy día, se fundamenta en razones parecidas al *stare decisis* estadounidense, según mencionamos en el párrafo 2: igualdad, previsibilidad y economía. Son éstos valores muy prácticos que la sociedad contemporánea cotiza significativamente, y que consolidan al peculiar *stare decisis* argentino, que como su par norteamericano, aunque no de modo idéntico, recorta las facultades de juzgamiento de los jueces y el mismo control difuso de constitucionalidad, al imponerles límites acerca de cómo deben resolver.

Por último, cabe tener presente que el legislador alguna vez ha dispuesto que los jueces inferiores deben seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema en asuntos análogos (así lo hizo el art. 19 de la ley 24.463, en materia provisional, aunque tal precepto se encuentra hoy derogado por la ley 26.025).

VII. La Corte Suprema y sus propios precedentes.

¿Y qué decir del seguimiento de la Corte respecto de sus propios antecedentes? En *Provincia de San Luis c. Cía. de electricidad de los Andes*, ella señaló que «si bien es cierto que la autoridad de los precedentes judiciales no es siempre decisiva, también lo es que si las circunstancias del caso no revelan claramente el error o la inconveniencia de las decisiones anteriores, haciendo ineludible un cambio de criterio respecto de la cuestión jurídica decidida, corresponde aplicar la doctrina de los mencionados antecedentes»³³. En *Sieburger c. INTA*, agregará que si la sentencia impugnada se sustenta en los precedentes análogos decididos por la Corte, tiene que confirmarse el fallo, salvo que se aporten nuevos fundamentos que desvirtúen los que se adujeron en aquellas causas³⁴. El *stare decisis* «criollo» parece pues obligar también a la misma Corte, con dos excepciones: a) que el cambio fuera «ineludible» (versión más rígida); b) que se suministraren nuevos argumentos para la mutación (versión más flexible).

Sin embargo, la Corte, cuando varía de criterio, no siempre explica debidamente el porqué del cambio. En *Sejean*, por ejemplo³⁵, dio un audaz paso en adelante al reputar inconstitucional una regla de la ley de matrimonio civil que impedía a los divorciados contraer nuevo matrimonio. La Corte hizo una larga serie de explicaciones a favor de su postura, y de una interpretación dinámica (y quizá mutativa) de la Constitución, aludió a otros cambios operados por el Tribunal (por ejemplo, en materia de indexación), pero no se detuvo detenidamente en precedentes que, como *Firpo*³⁶, avalaban la constitucionalidad de la prohibición que ahora se removía.

En honor del Tribunal cabe reconocer que en otras sentencias asumió expresamente la actitud de cambio, mencionó los precedentes que se abandonaban y la tesis que se reimplantaba o afirmaba como nueva. Así, por

33 CSJN, Fallos, 183:409, 192:414, 212:327.

34 CSJN, La Ley 151:239, El Derecho 65-159.

35 CSJN, Fallos, 308:2268.

36 CSJN, Fallos, 306:928.

ejemplo, en *Montalvo*³⁷, donde vuelve a declarar constitucional el castigo penal por la mera tenencia de estupefacientes, dejando de lado la doctrina de *Bazterica* y *Capalbo*³⁸.

En otros supuestos, cuando es abandonado un criterio adoptado en su momento por un voto mayoritario y contradicho por otro minoritario, la Corte explica algunas veces la mutación remitiéndose a los fundamentos del anterior voto minoritario (ahora mayoritario, en el nuevo pronunciamiento). Tal fue el caso *Bustos*³⁹, donde la Corte sustituye la doctrina precedente de *Provincia de San Luis*⁴⁰, aunque parte de los jueces de la corte no dudan de calificar como «funesto» otro fallo que se abandona⁴¹. El muy importante tema en danza estribaba en la pesificación de depósitos originariamente pactados en dólares, que en definitiva quedó (en esos autos) convalidado por la Corte.

En 2006, en el caso *B. A. D. contra Provincia de Buenos Aires*, la Corte ha hecho un reexamen de la situación. Como regla, advirtió, es bueno que ella siga sus anteriores precedentes, «a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía para la conducta de los individuos», y cita al respecto el caso registrado en *Fallos*, 248:115. Pero alerta que tal regla no es absoluta ni rígida, y que no impide mutar de criterio, «pues los tribunales no son omniscientes», y deben aprovechar de la experiencia y del error, del ensayo y de la reflexión. Para producir el cambio, continúa el Tribunal, deben darse algunos de estos supuestos: a) «causas suficientemente graves» que provoquen ineludiblemente la transformación de su jurisprudencia; b) o que «medien razones de justicia», entre las que se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo del precedente, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o los cambios históricos, cuando éstos aconsejan abandonar el criterio establecido⁴². Como puede apreciarse, es todo un vademécum de pautas para justificar el abandono de sus precedentes, cuya auto observancia no resulta entonces sagrada ni mucho menos.

Pocos meses después de la sentencia mencionada, en *Gramajo* (fallo del 5 de setiembre de 2006), la Corte Suprema abandonó explícitamente (consid. 30) la doctrina anterior que ella tenía –caso *Sosa*–⁴³, en materia de la constitucionalidad de la imposición de la sanción de reclusión a los multireincidentes. La Corte fundó largamente el porqué de su nuevo criterio, opuesto a la constitucionalidad de la referida pena de reclusión por tiempo indeterminado, pero no atacó de modo expreso y puntual las bases del precedente que se removía, dictado escasos años atrás.

37 CSJN, *Fallos*, 313:1333. La Corte vuelve aquí a retomar la tesis de *Colavini*: *Fallos*, 300:254.

38 CSJN, *Fallos*, 308:1392.

39 CSJN, *Jurisprudencia Argentina* 2004-IV-257.

40 CSJN, *Fallos*, 326:417.

41 La sentencia –precedente al fin– calificada como «funesta» por los jueces Belluscio y Maqueda en *Bustos*, es *Smith* (CSJN, *Fallos*, 325:28).

42 CSJN, *B. A. D. c. Provincia de Buenos Aires*, en *Jurisprudencia Argentina* 2006-II-92.

43 CSJN, *Fallos*, 324:2153.

VIII. Vías de sometimiento y de evasión por los tribunales inferiores.

Es interesante destacar que los tribunales inferiores a la Corte han adoptado actitudes muy distintas frente a las directrices (no siempre iguales) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así, hay tribunales que han pregonado un sometimiento simple e incondicionado a los criterios de la Corte Suprema, mientras que otros limitaron el seguimiento a los casos en que la Corte actuó por medio del recurso extraordinario federal (art. 14, ley 48), vale decir, para definir por vía de apelación extraordinaria temas de derecho federal (constitucional o subconstitucional). Algunas veces han destacado que el sometimiento era moral, y no legal, otras que era institucional, mientras que una familia de casos entiende que solamente existe en pleitos donde se debatieren cuestiones federales (por lo que no habría obligación de seguir a la Corte en asuntos de derecho «común»: civil, comercial, penal, laboral, ni en lo concerniente a problemas de derecho «local»: provincial o municipal).

No han faltado tribunales inferiores que han exigido, para seguirla, que la jurisprudencia de la Corte Suprema sea repetida en varios fallos, o que sea unánime (si no lo es, disminuiría esa obligación de sentimiento), para desembocar en otros que niegan frontalmente, ante base normativa que la refrende, ese deber. Alguna Corte Suprema provincial ha dicho que cabe seguir las directivas de la Corte Suprema Nacional en la medida en que coincidan con las del máximo tribunal local⁴⁴.

El panorama, tan vasto como heterogéneo, vertido en distintas épocas, cede ante el criterio sentado en los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema federal. Aún así, pueden registrarse estos datos emergentes del plano sociológico: a) en algunas hipótesis, el seguimiento de los tribunales inferiores no ha sido entusiasta sino quejoso, y con (algunas veces) múltiples argumentos para la elusión del precedente. Tal fue en su momento, v. gr., el caso de la despenalización (por inconstitucionalidad) del castigo por tenencia de estupefacientes, y ahora con el llamado «corralito financiero»: las directrices (bien que no siempre nítidas ni completas) de la Corte Suprema en el caso *Bustos* (*supra*, parágrafo 7), no han provocado un acompañamiento masivo por los tribunales inferiores a la Corte; b) no obstante, ya por hedonismo, ya por presión de la Corte Suprema, en términos generales y en tanto el precedente de la Corte resulte con una dosis suficiente de legitimidad, hay mayor predisposición forense de seguimiento.

IX. Evaluación.

La «historia oficial» propia del sistema difuso o desconcentrado de control de constitucionalidad, en el sentido que lo resuelto por un tribunal tiene solamente efectos *inter partes*, hoy ya es una mentira.

44 Sobre ese abundante material tribunalicio nos remitimos a SAGÜÉS Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*. Ob. cit., t. 1 pp. 192-196.

En los Estados Unidos, la doctrina del precedente, o del *stare decisis*, propia del common law, concluyó dando efectos vinculantes a las sentencias de muchos tribunales, y de modo especial, a los fallos de la Corte Suprema de Justicia federal, en particular después de *Cooper vs. Aaron*. No será fácil a un tribunal inferior evadirse de la doctrina judicial de la Corte Suprema. Ese Derecho consuetudinario constitucional es por cierto muy sólido, y de cierta manera erosiona el carácter inicialmente «difuso» del control de constitucionalidad, al limitar la capacidad de análisis constitucional de los jueces inferiores al alto tribunal. A su turno, cuando la Corte Suprema cambia de criterio, se toma generalmente el trabajo de justificar el cambio.

En Argentina, un país ajeno al *common law*, su Corte Suprema nacional también creó una especie de *stare decisis* criollo, respecto de los fallos de ella misma. No tan fuerte como el estadounidense, permite apartarse de su eficacia vinculante quizá con mayores excusas y posibilidades de éxito, en tanto que el tribunal del caso proporcione nuevos y relevantes argumentos para eludir la directriz de la Corte. Actualmente, muchos tribunales supremos provinciales, con o sin norma habilitante, están intentando lo mismo respecto de su jurisprudencia. En ciertos casos se trata de un Derecho consuetudinario en gestación. Por lo demás, en el orden federal, la Corte Suprema ha señalado los caminos por los cuales ella puede dejar sus mismos precedentes.

Sociológicamente, hay razones de seguridad, de igualdad y de economía que avalan hoy día la doctrina de la eficacia vinculante de los pronunciamientos de un tribunal supremo, que tanto en el ejemplo norteamericano como en el argentino, importa una mutación constitucional aditiva.

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y SU FUERZA VINCULANTE

José Antonio Rivera Santiváñez*

SUMARIO: I. Los principios rectores de las sentencias constitucionales; 1. Principio de congruencia; 2. Principio de la motivación; 3. Principio de la colegialidad; 4. Principio de la interpretación conforme a la Constitución. II. Las resoluciones en la jurisdicción constitucional; 1. La naturaleza jurídica de las resoluciones de la jurisdicción constitucional; 2. Clases de resoluciones, 2.1. Autos constitucionales, 2.2. Sentencias constitucionales, 2.3. Declaraciones constitucionales; 3. La estructura de la sentencia constitucional; 4. Los elementos de la sentencia constitucional, 4.1. La ratio decidendi, 4.2. El obiter dictum, 4.3. El decisum. III. La jurisprudencia constitucional; 1. Concepto y naturaleza jurídica de la jurisprudencia; 2. Las sub reglas constitucionales; 3. La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional; 4. Partes de la sentencia que constituyen jurisprudencia; 5. Las líneas jurisprudenciales; 6. El cambio o mutación de la jurisprudencia; 7. Reglas básicas de aplicación de la jurisprudencia.

I. Los principios rectores de las sentencias constitucionales

Tomando en cuenta la naturaleza jurídica de la jurisdicción constitucional, así como los efectos y consecuencias que producen las sentencias constitucionales, éstas se rigen en determinados principios y criterios rectores que emergen de los principios fundamentales y los principios procesales referidos precedentemente.

1. Principio de congruencia

Uno de los principios fundamentales inherentes al Estado Democrático Constitucional es el de la legalidad, del cual emerge un principio rector al que debe sujetarse toda sentencia constitucional: el principio de congruencia.

Conforme a este principio, el Tribunal Constitucional, al momento de emitir la sentencia, debe mantener y respetar la mas estricta correspondencia entre «demanda» y «pronunciamiento», entre lo que se solicita y aquello que se resuelve, no fallando ni *ultra petitem*, es decir, más allá de lo pedido, ni *extra petitem*, es decir, cosa distinta de lo pedido, ni con otro apoyo que no sea el de la *causa petendi*, vale decir, el de aquellos funda-

* Ex Magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia. Catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba.

mentos en los que la demanda basó su solicitud; este principio deberá observarse especialmente en el ámbito tutelar de los derechos fundamentales.

Cabe aclarar que la doctrina del Derecho Procesal Constitucional plantea una excepción a la regla relacionada con el principio de la congruencia; y es que en el ámbito del control normativo de constitucionalidad el Tribunal Constitucional tiene que efectuar una contrastación de la disposición legal impugnada con la totalidad de la Constitución, esto es más allá de las disposiciones o normas que el recurrente hubiese invocado como impugnadas; ello porque los efectos de la sentencia que declare la constitucionalidad de la disposición legal impugnada causa estado y tiene efecto *erga omnes*, de manera que impide toda posibilidad de una nueva impugnación, entonces el Tribunal Constitucional está obligado a realizar el examen integral de la Constitución en el momento de efectuar el juicio de constitucionalidad. De otro lado, le está reconocido por Ley al Tribunal Constitucional, el declarar inconstitucional otras disposiciones legales conexas con la disposición legal impugnada y declarada inconstitucional, no obstante que dichas normas no hubiesen sido impugnadas inicialmente en el recurso; así está previsto por el art. 58-IV de la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional. Claro está que, el uso de esa excepción debe encuadrarse a los límites generales que impone el principio. Un ejemplo del uso de la excepción a la regla es la SC 101/2004 de 14 de septiembre.

2. Principio de la motivación

Uno de los principios fundamentales inherentes al Estado Democrático constitucional es la motivación de las decisiones de toda autoridad o funcionario estatal, por ello está vinculado estrechamente con el derecho al debido proceso del particular, de manera tal que éste reciba una decisión debidamente motivada en Derecho para conocer la posición del Estado y, en su caso, impugnar la decisión.

Este principio implica que todas las sentencias constitucionales tienen que ser debidamente motivadas en derecho; Ello significa que el Tribunal Constitucional expresar los motivos jurídico constitucionales en los que basa su convicción determinativa de que una disposición legal impugnada es incompatible con la Constitución, o una acto o resolución impugnados vulneran un derecho fundamental que decidirá tutelar; en la motivación jurídica, el Tribunal Constitucional deberá expresar los argumentos jurídicos que justifican que extraiga una norma implícita de la Constitución o la Ley interpretada, los motivos que le impulsan a modular los alcances de su decisión.

Se busca con este principio, que el juez constitucional, antes de tomar su decisión, fundamente jurídicamente en la parte motiva la decisión que ha de adoptarse en la resolutive, guardando las dos estricta congruencia y válida y justificada motivación.

3. Principio de la colegialidad

Tomando en cuenta que todo Tribunal o Corte Constitucional es un órgano colegiado, sus decisiones deberán ser adoptadas en conjunto, lo que supone que el Tribunal debe de marchar en función de lo que digan *in globo* los jueces de la Constitución, evitando crear fisuras y enfrentamientos al momen-

to de emitir el fallo final. No obstante, cabe señalar que las respectivas leyes prevén que las decisiones se adoptan por mayoría, de manera que en determinadas situaciones existirán algunos jueces que no compartan el criterio de la mayoría, en cuyo caso, el resguardo del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la discrepancia, dichos jueces podrán expresar sus votos u opiniones disidentes, votos particulares o votos singulares, apartándose del criterio asumido por la mayoría que adopta la sentencia.

Los votos particulares como sostiene Häberle, son expresión de la «publicidad y carácter abierto de la Constitución», de la apertura de sus intérpretes y del «pluralismo de la Constitución», consecuencia, en último término, del tópico «tiempo y cultura constitucional», posibilitan alternativas interpretativas en el sentido de «pensar en posibilidades». Opera pacíficamente, porque, si se da el caso, la parte vencida se sabe en el voto particular, «anulada» en el sentido de Hegel; y abren una específica «ventana del tiempo», por cuanto la minoría de hoy puede convertirse mañana en la mayoría. Por ello, son también una parte de la democracia. Practicados prudente y no vanidosamente, son el coronamiento de la jurisdicción constitucional en el Estado Constitucional en el actual estadio de desarrollo.

4. Principio de la interpretación conforme a la Constitución

La interpretación de las leyes conforme o desde la Constitución, es aquella que se desarrolla para adecuar y armonizar la ley con la Constitución, eligiendo, en un eventualidad de doble posibilidad interpretativa, el significado que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución.

Este sistema de interpretación tiene la finalidad de preservar la validez de la norma contenida en la ley, en el marco del principio de la seguridad jurídica. Ello supone que cuando una ley interpretada en contrastación con las normas de la Constitución, presenta un sentido incompatible y otro compatible con la Ley Fundamental, en vez de declararla inconstitucional y retirarla del ordenamiento jurídico, se debe conservar la interpretación conforme a la Constitución, retirando simplemente la otra interpretación, es decir, la incompatible con la Ley Fundamental.

Esta forma de interpretación permite a los Tribunales Constitucionales modular sus sentencias; así pueden emitir sentencias interpretativas, sentencias exhortativas, sentencias aditivas o sustitutivas (estas últimas empleadas con frecuencia por los Tribunales Constitucionales de Italia y Alemania).

En el sistema de control de constitucionalidad vigente en Bolivia, el legislador ha previsto expresamente que las decisiones del Tribunal Constitucional serán adoptadas mediante votación por mayoría de sus miembros, reconociendo el derecho a la disidencia, para este último caso impone la obligación al Magistrado fundamentar su voto disidente; así se dispone en el art. 47 de la Ley N.º 1836 del Tribunal Constitucional.

II. Las resoluciones en la jurisdicción constitucional

Las decisiones adoptadas en la jurisdicción constitucional revisten una trascendental importancia. A diferencia de las adoptadas en la jurisdicción

ordinaria, que ponen fin a un litigio entre particulares o de éstos con el Estado, respecto a la disputa de un mismo derecho entre las partes, o la exigencia del cumplimiento de una obligación, las decisiones adoptadas en la jurisdicción constitucional modifican el ordenamiento jurídico del Estado, delimitan el ámbito de competencias de los órganos del poder público, o restablecen los derechos fundamentales o garantías constitucionales.

1. La naturaleza jurídica de las resoluciones de la jurisdicción constitucional

Tomando en cuenta el papel que desempeñan los tribunales o cortes constitucionales en el Estado Democrático Constitucional, como máximo guardián e intérprete de la Constitución, se puede afirmar que las resoluciones emitidas en la Jurisdicción Constitucional revisten una trascendental importancia. A través de ellas se da concreción normativa a las cláusulas abstractas de la Constitución, convirtiendo los derechos políticos y abstractos en derechos jurídicos y concretos; asimismo se desarrollan las normas generales de la Ley Fundamental del Estado, en cuyo cometido se crea Derecho extrayendo innumerables normas implícitas, no expresas, contenidas en la Constitución, que sean idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política. De ahí que, en el constitucionalismo contemporáneo se ha cambiado la concepción clásica sobre la función de la jurisdicción constitucional, pues frente a visión kelseniana del «legislador negativo» hoy se la concibe en la función «creadora del Derecho».

Entonces, las decisiones adoptadas por la jurisdicción constitucional revisten la forma y contenido jurídico, pero tienen efectos de carácter político, ello obliga a que, en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional, se brinde un especial cuidado al estudio de las sentencias constitucionales.

Dada la trascendencia jurídica y política de sus decisiones, los tribunales o cortes constitucionales emplean diversos principios en la labor de interpretación constitucional; así, utilizan con frecuencia los principios de la seguridad jurídica, la conservación de la norma, la unidad de la Constitución, la concordancia práctica, la eficacia integradora, o la corrección funcional, entre otros. De otro lado utilizan diversos criterios de interpretación, tales como la presunción de constitucionalidad, la previsión de consecuencias, preferencia por los derechos humanos.

2. Clases de resoluciones

Conforme define el art. 41 de la Ley N.º 1836, las resoluciones del Tribunal Constitucional son de tres clases:

2.1. Autos constitucionales

Los autos constitucionales resuelven la admisión o rechazo y, en su caso, disponen se subsanen los defectos formales del recurso, demanda o consulta; resuelven los recursos de reposición planteados contra el auto de rechazo; resuelven la legalidad o ilegalidad de las excusas formuladas por los Magistrados; y absuelven la consulta elevada por los jueces, tribunales o autoridades administrativas, de los autos mediante las cuales rechazan la solicitud de promover el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad.

2.2. Sentencias constitucionales

Conforme enseña el Derecho Procesal Constitucional, las sentencias emitidas por la jurisdicción constitucional son actos procesales que ponen término o fin a un proceso constitucional, por parte de un órgano colegiado que se constituye en la instancia suprema constitucional.

Las sentencias constitucionales tienen el carácter de una decisión jurídica firme con efectos o consecuencias políticas; adquieren la calidad de cosa juzgada formal y material, tienen efecto obligatorio y carácter vinculante.

2.3. Declaraciones constitucionales

Las declaraciones constitucionales, son las que emergen del control normativo a priori o preventivo de constitucionalidad, es decir, de aquellas consultas formuladas por la autoridad pública que tiene legitimación activa sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un proyecto de Ley, Decreto o Resolución, en su caso sobre un Tratado, Convención o Convenio Internacional.

La declaración constitucional no es propiamente una sentencia, toda vez que no pone fin a un litigio, sino expresa el criterio y la opinión del Tribunal Constitucional, que como máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, emite ante la consulta formulada. Empero, si bien no tiene la característica de sentencia, tiene efecto obligatorio y carácter vinculante para la autoridad consultante.

También cabe aclarar que el Tribunal Constitucional puede crear subreglas y doctrina constitucional en este tipo de resolución, lo que significa que se crean también los precedentes obligatorios que tienen carácter vinculante.

3. La estructura de la sentencia constitucional

Dada su naturaleza jurídica, la sentencia constitucional tiene una estructura absolutamente diferente de la sentencia emitida en la jurisdicción ordinaria. Así se pueden identificar las siguientes partes en el cuerpo de una sentencia constitucional:

La parte introductoria, en ella se introducen los datos y la información básica sobre el tipo de proceso constitucional que se resuelve, la identificación de los requirentes, intervinientes o partes; en caso de ser acción tutelar se consigna la identificación del Juez o Tribunal de Garantías Constitucionales.

La parte de los antecedentes con relevancia constitucional, en ella se registran todos los antecedentes referidos a la problemática que se resuelve mediante la sentencia; así se insertan los fundamentos de hecho y de derecho expresados por el recurrente o requirente; la identificación de la disposición legal impugnada y las normas de la Constitución que se consideran infringidas, si se trata de procesos de inconstitucionalidad; los derechos fundamentales invocados como vulnerados si se trata de acción tutelar; los alegatos del titular del órgano del que emana la disposición legal impugnada, si se trata de recurso de inconstitucionalidad; el informe presentado si se trata de acción tutelar; la descripción de lo

acontecido en la audiencia pública y la resolución emitida por el Juez o Tribunal de Garantías Constitucionales, si el proceso que se resuelve es de carácter tutelar.

La parte conclusiva, en esta parte se consigna las conclusiones a las que arriba el Tribunal Constitucional luego de revisar, examinar y compulsar los antecedentes, documentos y pruebas glosadas en el expediente.

La parte de los fundamentos jurídicos, en ella se expone los fundamentos jurídicos constitucionales que sustentan la decisión que adopta el Tribunal Constitucional, es en esta parte que se exponen los motivos en los que basa su convicción determinativa de que una disposición legal impugnada es incompatible con la Constitución, o una acto o resolución impugnados vulneran un derecho fundamental que decidirá tutelar.

Para el caso de que el Tribunal Constitucional decida mutar o cambiar una línea jurisprudencial adoptada anteriormente, deberá explicarlo en esta parte. De la misma forma deberá proceder, si pretende modular la sentencia sea en su contenido o en el tiempo.

Es en esta parte en la que se consignan la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*, por lo mismo en ella se incluyen las sub reglas creadas por el Tribunal Constitucional.

La parte resolutive, ella contiene la decisión del Tribunal Constitucional, consigna los mandatos o disposiciones que se emiten en relación con la problemática planteada.

4. Los elementos de la sentencia constitucional

Tomando en cuenta que las sentencias constitucionales, dada su naturaleza jurídica y siendo una fuente directa de Derecho, tienen el carácter vinculante; es importante identificar con precisión sus elementos constitutivos; ello ayudará a identificar con claridad, de un lado, las partes o elementos que constituyen el precedente obligatorio para aplicar la regla de la vinculatoriedad, y, de otro, establecer qué partes o elementos de la sentencia adquieren la calidad de cosa juzgada.

Acudiendo a la doctrina del Derecho jurisprudencial o Derecho judicial de la escuela anglosajona, podemos señalar que una sentencia constitucional, a los fines de nuestro estudio, tiene como elementos, en su parte motiva, la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*, a los que deberá añadirse las sub reglas, y en la parte resolutive tiene el *decisión* o la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional.

4.1. La *ratio decidendi*

De manera general se puede señalar que la *ratio decidendi* constituye la parte de la sentencia constitucional que consigna los fundamentos jurídicos que guarden una unidad de sentido con la parte resolutive, de tal forma que no se pueda entender ésta sin la alusión a aquella; ello significa que la *ratio decidendi* se liga internamente a la parte resolutive de la sentencia, por lo mismo se constituye en la razón de ser de la decisión o el alma y nervio de la sentencia, sin cuya presencia no se sustentaría ni tendría sentido alguno la parte resolutive o el *decisum*.

Según Morgan, citado por Diego Eduardo López en su obra *el Derecho de los Jueces*, la *ratio decidendi* está constituida por aquellas porciones de la sentencia en las que se exponen las reglas aplicadas por la Corte, habiendo sido la aplicación de dichas reglas necesaria en la decisión de los problemas planteados, deben ser consideradas como fuente primaria en casos posteriores ante la misma jurisdicción.

Para Luís Javier MORENO ORTIZ¹, se conoce como *ratio decidendi* a las razones de la decisión, es decir, aquellos argumentos que son indispensables e insustituibles en el armazón del edificio discursivo que soporta la decisión y la justifica.

Según la doctrina del Derecho jurisprudencial, es en esta parte de la sentencia en la que se consigna la doctrina constitucional creada a partir de la interpretación de la Constitución o de las leyes desde y conforme a la Constitución, también en esta parte se consignan las sub reglas establecidas por el Tribunal Constitucional, por lo tanto, es la *ratio decidendi* es la que se constituye en el precedente obligatorio que debe ser aplicado por los jueces y tribunales ordinarios en otras situaciones o casos análogos.

4.2. *El obiter dictum*

La doctrina del Derecho jurisprudencial conoce con este nombre a todas aquellas reflexiones o pasajes contenidos en la parte motiva de la sentencia, expuestos por el Tribunal Constitucional por una abundancia argumentativa propia de la naturaleza jurídica del control de constitucionalidad; son aquellas reflexiones dichas de pasada o incidentalmente sin que se constituyan en la razón central de la decisión, lo que implica que son aquellos argumentos secundarios o complementarios sin cuya presencia puede entenderse plenamente y de manera autónoma la decisión adoptada en la parte resolutive de la Sentencia.

El constitucionalista Diego Eduardo LÓPEZ, en su obra *El Derecho de los Jueces*², sostiene que el *obiter dictum* está constituido por aquellos argumentos que son, generalmente, super-abundantes, eruditos y de mera referencia y no tienen relación directa con la parte dispositiva (*decisum*) de la sentencia.

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

1 MORENO ORTIZ, Luís Javier. «¿Hacia un sistema jurídico de precedentes?» En: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*. N.º 320, Bogotá, 2002, pp. 133 - 134.

2 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Legis, Bogotá, 2000, pp. 106 - 107.

mayor abundancia para que la decisión tenga el debido sustento y sea lo más claro y comprensible posible para las partes que intervienen en el proceso constitucional.

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

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

4.3. El *decisum*

Es la decisión propiamente dicha que adopta el Tribunal Constitucional, es decir, la determinación específica respecto a la problemática sometida a su conocimiento; así en materia tutelar será el de otorgar o negar la tutela solicitada, o en materia de control normativo de constitucionalidad será la que declare la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada.

Según el profesor Moreno Ortiz es la respuesta que le da el juez a la más acuciante de las preguntas que se hacen las partes del proceso, cuyos intereses son netamente prácticos, la repetida pregunta: ¿qué se resolvió?; y las consabidas respuestas subsiguientes: ¿Eso significa que tengo o que no tengo derecho?; ¿Cómo me afecta a mí y a mis intereses lo decidido?

En definitiva, lo decidido, lo fallado en el respectivo proceso constitucional sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, se conoce como el *decisum*. Cabe advertir que lo resuelto o decidido sólo afecta o vincula la conducta de las personas o autoridades que han formado parte del proceso; de manera que podría decirse que la parte resolutoria o dispositiva de la sentencia constitucional sólo tiene efecto *inter partes*, salvo que se trate de una sentencia emitida en el control normativo de constitucionalidad declarando la inconstitucionalidad de una disposición legal, en cuyo caso la parte dispositiva tiene efecto *erga omnes*.

III. La jurisprudencia constitucional

1. Concepto y naturaleza jurídica de la jurisprudencia

Según la doctrina de las ciencias jurídicas, la palabra jurisprudencia tiene diversas acepciones, por lo mismo ha sido definida desde diversas perspectivas.

Así, en el Derecho Romano Ulpiano la definió como «la noticia o el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto».

En una segunda acepción, basada en la teoría formalista del Derecho o la corriente positivista se define como la serie de sentencias uniformes emanadas de los máximos tribunales de justicia en las que, a partir de una interpretación de la ley aplicable al caso concreto, se uniforman o unifican los criterios respecto a la aflicción de las disposiciones legales para juzgar de igual forma en una misma cuestión.

Desde la perspectiva de la corriente «anti-formalista» o «teoría reformista del Derecho» se define la jurisprudencia como el conjunto de criterios emanados de los tribunales al interpretar, integrar y aplicar los supuestos normativos de la Ley en la resolución de un caso concreto sometido a su conocimiento.

Sin abandonar los conceptos generales de la jurisprudencia, a los fines del presente módulo, de manera específica se podría afirmar que la jurisprudencia constitucional es la doctrina que establece el Tribunal Constitucional, como máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, al interpretar y aplicar la Ley Fundamental, así como las leyes, desde y conforme a la Constitución, al resolver un caso concreto, creando sub reglas a partir de la extracción de normas implícitas, la integración o interrelación de las normas constitucionales. En definitiva, se podría decir que es una parte de la sentencia emitida por el Tribunal o Corte Constitucional, donde se concreta el alcance de una disposición constitucional, es decir, en donde se explicita qué es aquello que la Constitución prohíbe, permite, ordena o habilita para un tipo concreto de supuesto de hecho, a partir de una de sus indeterminadas y generales cláusulas.

La naturaleza jurídica de la jurisprudencia está relacionada con el lugar que ocupa en el sistema de fuentes del Derecho dentro de un sistema constitucional. Al respecto, corresponde señalar que existen dos escuelas o corrientes principales. De un lado se tiene la escuela identificada como la del Derecho judicial o Jurisprudencial, que se sustenta en el sistema jurídico anglosajón, práctico y empírico por naturaleza, en ella la jurisprudencia es la fuente principal de Derecho, de tal manera que los jueces al momento de dictar sentencia consultan los antecedentes que existan en el conjunto de sentencias precedentes; esta corriente se enfatiza en la noción de «precedente» y en ella la ley escrita ocupa un lugar secundario. De otro lado, se tiene la escuela identificada como las Derecho Legislado, que se sustenta en el sistema jurídico franco-germánico-romano, más especulativo y abstracto, en ella la ley escrita es la principal fuente de derecho; de manera que la jurisprudencia ocupa un lugar secundario.

En los sistemas constitucionales que se inscriben en la escuela del Derecho Legislado del sistema franco-germánico-romano, mucho se ha discutido sobre la fuerza carácter vinculante de la jurisprudencia; debate en el que se puede identificar dos posiciones contrapuestas.

La primera, que anclada en el positivismo clásico o la corriente del formalismo, sustenta la tesis negativa, es decir, la tesis de que la jurisprudencia, siendo una fuente auxiliar del Derecho no tiene fuerza vinculante ni horizontal ni vertical; tiene su base en el pensamiento de Montesquieu respecto a la labor meramente subsuntor, sin creatividad alguna, del juez

en la creación del Derecho, pues habrá de recordar que según el citado tratadista, el juez debía limitarse a pronunciar las palabras de la ley; en ese marco de pensamiento, el juez no interpretaba ni integraba las normas consignadas en la ley, por lo mismo sus decisiones no creaban Derecho, por consiguiente no se constituían en una fuente de Derecho.

La segunda, sustentada en el neopositivismo y, principalmente, en las corrientes «anti-formalistas» o «teorías reformistas del Derecho», que plantea la tesis positiva, en sentido de que la jurisprudencia, al ser fuente directa del Derecho, tiene fuerza vinculante tanto horizontal como vertical. Esta corriente reconoce en el juez un papel activo en la creación de Derecho, pues es el juez el que mediante la integración, la interpretación o interrelación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico desarrolla una auténtica labor de creación de nuevas normas de origen jurisprudencial, lo que en la práctica constituye una verdadera creación de Derecho.

Al respecto, uno de los principales exponentes del positivismo, como fue Hans Kelsen, en su *Teoría pura del Derecho*, sostuvo la tesis de que «la jurisprudencia o función judicial no se limita a concretar la abstracción de la Ley, ni tiene carácter meramente declarativo (...) el Tribunal hace algo más que declarar o constatar el Derecho ya contenido en la ley, en la norma general. Por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva: es creación del Derecho. Pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazar a él y verifica en concreto dicho enlace (...) Por esta razón, la sentencia judicial es una norma jurídica individual».

Es importante señalar que en el constitucionalismo contemporáneo se ha logrado superar la tesis negativa del positivismo clásico y de las corrientes formalistas del Derecho, respecto a la fuerza vinculante de la jurisprudencia, pues el concepto del sistema de fuentes del Derecho se modifica porque se atribuye fuerza vinculante y el carácter de fuente directa o principal del derecho a la jurisprudencia especialmente la constitucional; pues los jueces constitucionales en particular, y los jueces ordinarios en general, al decidir los casos sometidos a su jurisdicción, crean en ocasiones Derecho, puesto que precisan el alcance de las normas jurídicas existentes, o llenan vacíos y resuelven contradicciones del ordenamiento jurídico.

2. Las sub reglas constitucionales

Según la doctrina del Derecho jurisprudencial o Derecho judicial, las sub reglas son formulaciones que permiten aplicar el derecho abstracto a un caso concreto a través de reglas jurídicas prescriptivas, generales y abstractas. Las sub reglas son formuladas por el Tribunal Constitucional a partir de la interpretación constitucional de una norma de la Constitución aplicando los principios de interpretación sistematizada, de concordancia práctica y de eficacia integradora, de manera que luego de desarrollar la labor hermenéutica, extrae de la norma implícita que conlleva una determinada disposición de la Constitución, aplicando el argumento *a contrario sensu*.

Las sub reglas en la jurisdicción constitucional tienen la finalidad de dar una concreción jurídica a los derechos fundamentales consagrados

por la Constitución, así como de posibilitar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico constitucional y legal ordinario.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, en su SC 0101/2004, de 14 de septiembre, creó sub reglas, a partir de una interpretación de normas procesales desde y conforme a la Constitución. En efecto, el Tribunal Constitucional al realizar el juicio de constitucionalidad de las normas previstas por la Disposición Transitoria Tercera, y el art. 133 del Código de Procedimiento Penal (CPP), constató que la forma lisa y llana en que dichas normas establecen la extinción del proceso penal por mora judicial no guarda plena compatibilidad con las normas de la Constitución, a partir de dicha constatación interpretó las normas procesales para compatibilizarlas con la Ley Fundamental, cuyo resultado fue expresado en la citada SC 0101/2004, en los siguientes términos:

«(...) sin embargo, cuando en la última parte de ambos preceptos, de manera lisa y llana, es decir sin discriminar si la demora en la tramitación del proceso es atribuible a los órganos estatales competentes de la justicia penal o a las partes, establecen:

Artículo 133.-

‘Vencido el plazo, el juez o tribunal del proceso, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal’.

Disposición Transitoria Tercera

‘Los jueces constatarán, de oficio o a pedido de parte, el transcurso de este plazo y cuando corresponda declararán extinguida la acción penal y archivarán la causa’.

(...) no guardan plena compatibilidad con el sentido del orden constitucional y de los pactos sobre derechos humanos aludidos, pues tal extinción sólo puede ser conforme a la Constitución, cuando se constate que la no conclusión del proceso dentro del plazo máximo establecido por ambas disposiciones es atribuible a omisiones o falta de diligencia debida de los órganos administrativos o jurisdiccionales del sistema penal y no a acciones dilatorias del imputado o procesado.

«Pues, debe tenerse presente que en el sentido de la Constitución, se vulnera el derecho a la celeridad procesal y, dentro de ello, a la conclusión del proceso en un plazo razonable, cuando los órganos competentes de la justicia penal del Estado omiten desplegar, injustificadamente, la actividad procesal dentro de los términos que el ordenamiento jurídico establece; por tanto, en sentido del orden constitucional, no habrá lesión a este derecho, si la dilación del proceso, en términos objetivos y verificables, es atribuible al imputado o procesado. Un entendimiento distinto no guardaría compatibilidad ni coherencia con las exigencias de seguridad jurídica que la Constitución proclama [art. 7 inc. a)] así como el deber del Estado de proteger de manera eficaz, toda lesión o puesta en peligro concreto, de los bienes jurídicos protegidos por el orden penal boliviano.

(...) el art. 4 de la LTC faculta a este Tribunal que: ‘En caso excepcional de que una ley, decreto o cualquier género de resolución admita diferentes

interpretaciones, el Tribunal Constitucional en resguardo del principio de conservación de la norma adoptará la interpretación que, concuerde con la Constitución'».

Sobre la base de la interpretación desarrollada, el Tribunal Constitucional creo la siguiente sub regla:

«(...) en este sentido, como ha quedado establecido precedentemente, las disposiciones legales objeto del presente juicio de constitucionalidad sólo pueden ser compatibles con los preceptos constitucionales referidos, en la medida que se entienda que, *vencido el plazo, en ambos sistemas, en lo conducente, el juez o tribunal del proceso, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal, cuando la dilación del proceso más allá del plazo máximo establecido, sea atribuible al órgano judicial y/o, al Ministerio Público, bajo parámetros objetivos; no procediendo la extinción cuando la dilación del proceso sea atribuible a la conducta del imputado o procesado*».

Las sub reglas se consignan en la *ratio decidendi* de la sentencia, por lo mismo es la parte que se convierte en precedente obligatorio de carácter vinculante para todos los órganos del poder público, así como para todos los funcionarios y autoridades públicas. Esto significa que esa sub regla creada por el Tribunal Constitucional debe ser aplicada obligatoriamente a casos que tengan analogía en los supuestos fácticos que sustentan la problemática a resolver.

Otro ejemplo de la creación de sub reglas se tiene en la SC 1337/2003-R, de 15 de septiembre, en dicha sentencia el Tribunal Constitucional, interpretando las normas previstas por el art. 19 de la Constitución y concretizando la doctrina constitucional establecida en su reiterada jurisprudencia ha creado las sub reglas referidas a la improcedencia del amparo constitucional por aplicación del principio de subsidiaridad; señalando lo siguiente: «(...) de ese entendimiento jurisprudencial, se extraen las siguientes reglas y sub reglas de improcedencia de amparo por subsidiariedad cuando: 1) las autoridades judiciales o administrativas no han tenido la posibilidad de pronunciarse sobre un asunto porque la parte no ha utilizado un medio de defensa ni ha planteado recurso alguno, así: a) cuando en su oportunidad y en plazo legal no se planteó un recurso o medio de impugnación y b) cuando no se utilizó un medio de defensa previsto en el ordenamiento jurídico; y 2) las autoridades judiciales o administrativas pudieron haber tenido o tienen la posibilidad de pronunciarse, porque la parte utilizó recursos y medios de defensa, así: a) cuando se planteó el recurso pero de manera incorrecta, que se daría en casos de planteamientos extemporáneos o equivocados y b) cuando se utilizó un medio de defensa útil y procedente para la defensa de un derecho, pero en su trámite el mismo no se agotó, estando al momento de la interposición y tramitación del amparo, pendiente de resolución. Ambos casos, se excluyen de la excepción al principio de subsidiaridad, que se da cuando la restricción o supresión de los derechos y garantías constitucionales renunciadas, ocasionen perjuicio irremediable e irreparable, en cuya situación y de manera excepcional, procede la tutela demandada, aún existan otros medios de defensa y recursos pendientes de resolución».

3. La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional

La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional se refiere a la obligatoriedad horizontal (para el propio Tribunal o Corte Constitucional o tribunales ordinarios de su misma jerarquía), y vertical (para los jueces y tribunales de jerarquía inferior) que despliega la parte de la *ratio decidendi* de una sentencia constitucional. Ello supone que la doctrina constitucional creada, es decir, las sub reglas creadas extrayendo de las normas implícitas de la Constitución o integrando normas del bloque de constitucionalidad, tienen que ser aplicadas obligatoriamente, por el propio Tribunal Constitucional, por el resto de los órganos del poder público, por lo mismo, por los jueces y tribunales que forman parte del poder judicial, en la resolución de todos los casos que presenten supuestos fácticos análogos.

Es importante señalar que la doctrina contenida en la jurisprudencia constitucional se constituye en el precedente obligatorio, dada la fuerza vinculante de la jurisprudencia; ese precedente se constituye en una técnica indispensable para el mantenimiento de la coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico dentro de un sistema constitucional; especialmente cuando se trata de la interpretación y aplicación de las normas de la Constitución; pues como sostiene Carlos Bernal Pulido, en su obra *El Derecho de los derechos*³, dada la vaguedad, la apertura semántica y estructural de sus enunciados, y su conexión con la política y la ideología, la Constitución sólo puede ser operativa si se concreta en una red establecida de precedentes que determinen para un conjunto de casos específicos que es lo que está constitucionalmente prescrito; esa red de precedentes debe suplir la abstracción de la Constitución; es un mecanismo sin el cual el texto de la Constitución difícilmente podría tener fuerza como norma jurídica.

Entonces, el respeto al precedente constitucional obligatorio contenido en la jurisprudencia cumple funciones esenciales en el ordenamiento jurídico del Estado, incluso en aquellos que tienen sistemas de derecho legislado. En efecto, cabe señalar que el respeto al precedente constitucional por parte del propio Tribunal Constitucional, así como por los demás jueces y tribunales inferiores, cumple funciones esenciales en un Estado social y democrático de Derecho.

Al respecto, siguiendo la línea de razonamiento de la Corte Constitucional de Colombia, se pueden identificar básicamente las siguientes funciones. En primer lugar, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas –si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos– deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo lugar, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las

3 BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derechos de los Derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 155.

personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer lugar, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos.

La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional (precedente obligatorio) tiene su fundamento en el resguardo del derecho fundamental a la igualdad de la persona en la aplicación de la ley, así como del principio de la seguridad jurídica; pues si el propio Tribunal Constitucional o cualquier otro juez o tribunal no observa ni aplica el precedente obligatorio creado por la jurisprudencia constitucional, al resolver un caso posterior que tenga supuestos fácticos análogos, vulnera el derecho fundamental a la igualdad, ya que con esa actitud otorga injustificadamente un trato diverso a dos individuos o situaciones jurídicas idénticas o análogas.

Cabe señalar que, en el marco de respeto al derecho a la igualdad, que importa el recibir la misma protección y trato de las autoridades judiciales; éstas no pueden otorgar diferentes consecuencias jurídicas a dos o más situaciones de hecho análogos, sin que exista una justificación razonable para el cambio de criterio.

En un Estado social y democrático de Derecho, es importante que el Tribunal Constitucional y todo juez o tribunal ordinario sean consistentes y cuidadosos con sus decisiones en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones; ello para resguardar el principio de seguridad jurídica, pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles, de manera que los litigantes no estén sometidos a la incertidumbre; ya que si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a la unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Las personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país.

En definitiva, la jurisprudencia constitucional debe ser universal, coherente y consistente, con el ánimo de realizar el principio de igualdad material, en virtud del cual se debe conferir igual tratamiento a situaciones similares, así como propiciar un mínimo de certeza en la aplicación de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico del sistema constitucional.

En el sistema constitucional boliviano la jurisprudencia constitucional está dotada de la fuerza vinculante, pues así lo disponen las normas previstas por los arts. 4, párrafo segundo y 44-I de la Ley N.º 1836.

En efecto, el párrafo segundo del art. 4 de la Ley N.º 1836 dispone expresamente que «los tribunales, jueces y autoridades aplicarán a sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional». De otro lado, el 44-I de la citada Ley dispone que «los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tri-

bunal por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional, son obligatorias y vinculantes para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales».

Las normas referidas tienen su base y sustento constitucional en las normas previstas por los arts. 121-I y IV de la Constitución, conforme se explica a continuación.

En primer lugar, cabe señalar que el legislador ordinario, cumpliendo la remisión constitucional efectuada por el Constituyente, ha emitido la Ley N.º 1836 para desarrollar las normas previstas por la Constitución; toda vez que el art. 121-IV de la Ley Fundamental prescribe que «la ley reglamenta la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, así como las condiciones para la admisión de los recursos y sus procedimientos». En ese marco, el legislador ha desarrollado las normas previstas por los arts. 116-IV y 119-I de la Constitución, la primera, que asigna al Tribunal Constitucional la potestad del control de constitucionalidad, y la segunda, que consagra la independencia del Tribunal Constitucional en el ejercicio de su función jurisdiccional. De manera que, como se dijo anteriormente, si el Constituyente le ha asignado al Tribunal Constitucional la potestad de ejercer el control concentrado de constitucionalidad otorgándole la independencia, éste órgano se constituye en el máximo intérprete de la Constitución, en cumplimiento de esa función interpreta la Constitución, así como las disposiciones legales impugnadas confrontándolas con la totalidad de las normas de la Ley Fundamental, como resultado de dicha confrontación expide fallos con fuerza de cosa juzgada constitucional.

En consecuencia, el legislador ha cumplido con el mandato constitucional al establecer, a través de las normas de la Ley N.º 1836, la vinculatoriedad y obligatoriedad de las sentencias constitucionales.

En segundo lugar, cabe señalar que la norma prevista por el art. 121-I de la Constitución ha consagrado la cosa juzgada constitucional, cuando dispone que «contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno». La cosa juzgada constitucional, como se dijo anteriormente, alcanza al *decisum* o parte resolutive, como a la *ratio decidendi* o razón de ser de la sentencia constitucional en la que se consignan la doctrina constitucional, así como las sub-reglas creadas a través de la interpretación constitucional. En consecuencia, al operarse la cosa juzgada material la sentencia, en su parte de la *ratio decidendi* adquiere la fuerza vinculante y en su parte resolutive el carácter obligatorio.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en su SC 058/2002, de 8 de julio, interpretando la norma prevista por el art. 44.I de la Ley 1836, en concordancia con lo previsto por el art. 121 de la Constitución, ha definido que «la vinculatoriedad de las Sentencias del Tribunal Constitucional, implica que los poderes públicos que sean aplicadores del derecho, se encuentran sujetos a la manera de cómo los preceptos y principios de la Constitución, han sido interpretados por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, por la eficacia vinculante de dicha interpretación, los poderes públicos están obligados a seguir la doctrina constitucional que ha resultado de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos cons-

tucionales (..) el art. 44-I de la Ley del Tribunal Constitucional, impugnado de inconstitucional en el presente Recurso, es una norma que importa la eficacia vinculante que tienen las Sentencias Constitucionales con relación a los Poderes Públicos en general y a los Tribunales ordinarios en particular, que implica que la autoridad está obligada a seguir no únicamente el fallo o decisión del Tribunal Constitucional, sino principalmente la *ratio decidendi* o fundamentaciones de sus resoluciones».

Con mucha frecuencia se suele confundir el efecto obligatorio de una sentencia con el carácter vinculante de la jurisprudencia establecida en ella.

No debe confundirse la fuerza o carácter vinculante de las sentencias constitucionales con los efectos que surten éstas con relación a las personas, cuando declaran la inconstitucionalidad de la disposición legal sometida al control de constitucionalidad, es decir, el efecto *erga omnes*, en el modelo europeo y el *inter partes* en el modelo americano; o cuando se resuelven casos referidos a un derecho subjetivo controvertido, en el que el efecto es *inter partes*.

Es importante tener presente que el efecto de la sentencia, se refiere a la consecuencia de la decisión del Tribunal Constitucional que deriva de la decisión adoptada en la parte resolutive de la sentencia. Al respecto, el art. 121-II de la Constitución dispone que en el ámbito del control normativo de constitucionalidad, el efecto de la decisión adoptada en sentencia será *erga omnes*, es decir con relación a todos, porque tendrá el carácter derogatorio o abrogatorio; en cambio, según esa misma norma, en los procesos de carácter tutelar, el efecto de la decisión será *inter partes*, es decir, con relación solo a las partes que intervienen en el proceso.

La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional se refiere a la parte motiva o de los fundamentos jurídicos de la sentencia, en la que se consigna la doctrina constitucional y las sub reglas creadas por el Tribunal Constitucional, que se convierten en precedentes obligatorios, lo cuales deberán ser aplicados obligatoriamente a la solución de otros casos que tengan analogía en sus supuestos fácticos.

4. Partes de la sentencia que constituyen jurisprudencia

Una pregunta que con mucha frecuencia se formula es ¿qué partes de la sentencia tienen fuerza vinculante?

Tomando en cuenta que el fundamento central de la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional es que ésta se constituye en una fuente de Derecho, se puede inferir que la parte vinculante es la que consigna la doctrina y las sub reglas creadas por el Tribunal Constitucional; ello significa entonces que es la *ratio decidendi* de la sentencia la que tiene el carácter vinculante; porque, como se tiene referido anteriormente, en esa parte se consignan la doctrina y las sub reglas creadas por la Jurisdicción Constitucional.

Cabe advertir que la parte resolutive o *decisum* de la sentencia constitucional, en resguardo del derecho al debido proceso, vincula solamente a las partes que participaron en la controversia judicial, salvo aquellos casos de acciones colectivas o cuando el ordenamiento constitucional confiere efectos *erga omnes* a la resolución, como es el caso de las sentencias

que declaran la inconstitucionalidad de la norma sometida al control de constitucionalidad. En consecuencia, en las sentencias dictadas en las acciones tutelares, la parte que tiene el carácter vinculante general es la *ratio decidendi*, en cambio el *decisum* o la parte resolutive solo vincula a las partes que intervienen en el proceso.

Para comprender en su verdadera magnitud lo que es la jurisprudencia constitucional y su fuerza vinculante, cabe señalar que no todo lo expuesto en la parte los fundamentos jurídicos constituye jurisprudencia en sentido estricto, sino aquellas partes en las que el Tribunal Constitucional interpreta, integra o relaciona las normas de la Constitución o de la legislación ordinaria de conformidad con la Ley Fundamental, a partir de cuya labor establece criterios mínimos respecto a la comprensión o entendimiento y los alcances de las normas constitucionales o legales ordinarias aplicables al caso concreto y en lo relativo a la solución de controversias planteadas en los mismos términos; lo que significa que aquellos párrafos aislados de los fundamentos jurídicos, argumentos dichos de pasada (conocidos por la doctrina como *obiter dictum*) no tienen por sí mismos el valor que se atribuye a la jurisprudencia, por cuanto ella exige la interpretación de las normas jurídicas en un mismo sentido, ante situaciones semejantes, es decir, la aplicación de criterios similares en la labor hermenéutica del juzgador, entre otras cosas, para no sacrificar por la arbitrariedad el derecho fundamental de la igualdad ante la ley.

Cabe advertir que para tener una noción precisa sobre qué partes de la sentencia se constituyen en jurisprudencia o precedente constitucional obligatorio, es necesario diferenciar muy esquemáticamente entre la parte resolutive, conocida también como «*decisum*», de la parte de los fundamentos jurídicos que consigna a su vez dos elementos conocidos como la «*ratio decidendi*» (razón de la decisión) y los «*obiter dicta*» (dichos de pasada).

Sobre las referidas partes, ya hemos hecho referencia y descripción de su naturaleza jurídica en el punto 2.4. de este trabajo; sin embargo resulta necesario recordar los conceptos para realizar la diferenciación entre esas partes. El *decisum* es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no inconstitucional, etc. Por su parte, 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 *obiter dictum*, toda aquella reflexión realizada por el Tribunal Constitucional o cualquier 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 de la autoridad judicial.

Tomando en cuenta que el precedente obligatorio tiene su origen en el sistema *common law*, resulta necesario referir que los componentes de la sentencia descritos precedentemente tienen distinta obligatoriedad en dicho sistema. Así, el *decisum*, una vez que la providencia está en firme, hace

tránsito a cosa juzgada y obliga a los partícipes en el proceso; sin embargo, y contrariamente a lo que a veces se piensa, esta parte resolutive no constituye en sí misma el precedente, ni vincula a los otros jueces, por la sencilla razón de que a éstos no corresponde decidir ese problema específico sino otros casos, que pueden ser similares, pero jamás idénticos. Por ello, en el sistema del *common law* es claro que el precedente vinculante es la *ratio decidendi* del caso, ya que ese principio abstracto, que fue la base necesaria de la decisión, es el que debe ser aplicado por los jueces en otras situaciones análogas. Finalmente, los *obiter dicta* tienen una fuerza persuasiva, que puede ser mayor o menor según el prestigio y jerarquía del tribunal, pero no son vinculantes; un *obiter dictum* constituye entonces, en principio, un criterio auxiliar pero no obligatorio para los otros jueces.

Un poco más compleja, pero particularmente importante, es la explicación de por qué únicamente la *ratio decidendi* constituye doctrina vinculante para los otros jueces, mientras que los dicta, incluso de los tribunales máximos, tienen una simple fuerza persuasiva.

Para entender el fundamento de esa diferencia es necesario tener en cuenta que, como ya se indicó, el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional, y es la siguiente: los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad-hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio general o una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. Y es que no puede ser de otra forma, pues de los jueces se espera que resuelvan adecuadamente los conflictos, pero no de cualquier manera, sino con fundamento en las prescripciones del ordenamiento. El juez debe entonces hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.

Esta exigencia de universalidad de la argumentación jurídica es tan importante, que muchos teóricos contemporáneos hacen de ella el requisito mínimo de racionalidad que debe tener una decisión judicial en una sociedad democrática. Así, y por no citar sino a algunos de los doctrinantes más conspicuos sobre este tema, tal es la base de la conocida tesis de Wechsler, según la cual los jueces deben decidir sus casos con base en «principios neutrales y generales»; igualmente allí radica la importancia conferida por Perelman y MacCormick al respeto que deben tener los jueces por el principio de justicia formal, que obliga a decidir de manera igual los casos iguales. O también, ésta es la base de la tesis de Alexy según la cual toda decisión judicial debe estar fundada al menos en una norma universal.

Por ende, la existencia de una *ratio decidendi* en una sentencia resulta de la necesidad de que los casos no sean decididos caprichosamente sino con fundamento en normas aceptadas y conocidas por todos, que es lo único que legitima en una democracia el enorme poder que tienen los jueces -funcionarios no electos- de decidir sobre la libertad, los derechos y los bienes de las otras personas.

Conforme a lo anterior, es también natural que únicamente la *ratio decidendi* tenga efectos vinculantes sobre otros jueces y adquiriera la obli-

gatoriedad de un precedente. En efecto, en general, los jueces no son electos democráticamente, ni tienen como función básica formular libremente reglas generales. A ellos les corresponde exclusivamente resolver los casos que les son planteados por las partes; es lo que algunos autores denominan la «virtud pasiva» de la jurisdicción, para hacer referencia al hecho de que los jueces no tienen la facultad de poner en marcha autónomamente el aparato judicial ya que sólo actúan a petición de parte, y no por voluntad propia, y su intervención está destinada a resolver los casos planteados.

El anterior análisis justifica no sólo por qué únicamente la *ratio decidendi* es vinculante como precedente sino que además lleva a una conclusión ineludible: el juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto. Esto es obvio, pues si se permite que el propio juez, al resolver un caso de una manera, invoque como *ratio decidendi* cualquier principio, entonces desaparecen la virtud pasiva de la jurisdicción y la propia distinción entre opiniones incidentales y razones para decidir.

5. Las líneas jurisprudenciales

Una de las características de la jurisprudencia constitucional es que la doctrina creada mediante ella es evolutiva e incremental, por cuanto esa doctrina creada en el transcurso del tiempo se va modulando ya sea extendiendo o, en su caso, restringiendo sus alcances; de manera que con un conjunto de sentencias relacionadas entre sí se va construyendo una teoría jurídica integral con relación a un determinado tópico jurídico; a esa teoría jurídica, en el Derecho judicial o Derecho jurisprudencial, se denomina como línea jurisprudencial.

Entonces, la línea jurisprudencial es la teoría jurídica integral creada a través de la jurisprudencia constitucional con relación a un determinado tópico jurídico, emergente de la interpretación, integración o interrelación de las normas previstas en la Constitución o en las leyes para resolver un supuesto fáctico planteado en el caso concreto.

Ahora bien, la incrementalidad del Derecho jurisprudencial, determinada por la resolución de problemas jurídicos caso a caso, tiene la tendencia a ser desestructurada y, a veces, caótica; entonces, la determinación de la sub regla jurisprudencial sólo será posible si el intérprete construye, para cada línea, una teoría jurídica integral de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes.

Por ello, para lograr una comprensión de la sub regla vigente en un momento dado es necesario hacer un análisis diacrónico (temporal) y estructural de varias sentencias que se relacionan entre sí; pues como sostiene Félix Cohen, en su obra *Ethical Systems and Legal Ideals*, «las sentencias particulares son significativas en el contexto de las sentencias sistemáticamente relacionadas (...) en las prácticas reales de los tribunales pueden encontrarse uniformidades y relaciones sistemáticas».

Entonces, para un manejo adecuado de la jurisprudencia y los precedentes obligatorios creados por ella, como las sub reglas, es necesario identificar,

organizar y sistematizar adecuadamente las líneas jurisprudenciales por materias, temas y sub temas, ello exige en primer lugar identificar las sentencias relevantes dentro de la línea y, en segundo lugar, construir las teorías estructurales que permitan establecer la relación entre los varios pronunciamientos jurisprudenciales; de manera que los operadores de justicia y los litigantes tengan a mano una doctrina jurisprudencial vigente más o menos definida que sirva como regla de conducta para la resolución de casos futuros aplicando los precedentes obligatorios creados por la jurisprudencia.

Como un ejemplo de la línea jurisprudencia se puede citar la doctrina constitucional desarrollada por el Tribunal Constitucional respecto al principio de subsidiaridad, sobre cuya base se estructura la configuración procesal del amparo constitucional; una doctrina que fue desarrollada a partir de la interpretación del art. 19.IV de la Constitución que dispone expresamente lo siguiente: «La autoridad judicial examinará la competencia del funcionario o los actos del particular y, encontrando cierta y efectiva la denuncia, concederá el amparo solicitado *siempre que no hubiere otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados (...)*».

Interpretando dicha norma constitucional el Tribunal Constitucional ha creado la siguiente doctrina constitucional: «la subsidiariedad del amparo constitucional debe ser entendida como el agotamiento de todas las instancias dentro del proceso o vía legal, sea administrativa o judicial, donde se acusa la vulneración, dado que donde se deben reparar los derechos fundamentales lesionados es en el mismo proceso, o en la instancia donde han sido conculcados, y cuando esto no ocurre queda abierta la protección que brinda el Amparo Constitucional»; esa doctrina constitucional no sólo que ha sido reiterada en sucesivas sentencias constitucionales (SSCC 1171/2000-R, 871/2001-R, 076/2002-R, 374/2003-R, 523/2002-R, 1255/2002-R, 1476/2002-R, 256/2003-R, 442/2003-R, 626/2003-R), sino que ha evolucionado de manera incremental hasta constituirse en una teoría jurídica con la creación de sub reglas que permiten la aplicación del principio de subsidiaridad para declarar la improcedencia del amparo constitucional.

Esa teoría jurídica ha sido sistematizada en la SC 1337/2003-R, de 15 de septiembre, en la que el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: «el carácter subsidiario del recurso de amparo, ha sido desarrollado por abundante jurisprudencia de este Tribunal, así tenemos las SS.CC. 1089/2003-R, 552/2003-R, 106/2003-R, 374/2002-R, entre otras, que señalan que no podrá ser interpuesta esta acción extraordinaria, mientras no se haya hecho uso de los recursos ordinarios o administrativos y, en caso de haber utilizado los mismos deberán ser agotados dentro de ese proceso o vía legal, sea judicial o administrativa, salvo que la restricción o supresión de los derechos y garantías constitucionales ocasione perjuicio irremediable e irreparable», así ha recogido la doctrina constitucional creada en anteriores sentencias y vigente al momento de resolver el caso concreto, a partir de ello ha sistematizado dicha jurisprudencia y extraído las respectivas sub reglas, señalando lo siguiente: «de ese entendimiento jurisprudencial, se extraen las siguientes reglas y sub reglas de improcedencia de amparo por subsidiariedad cuando: 1) las autoridades judiciales o administrativas no han tenido la posibilidad de

pronunciarse sobre un asunto porque la parte no ha utilizado un medio de defensa ni ha planteado recurso alguno, así: a) cuando en su oportunidad y en plazo legal no se planteó un recurso o medio de impugnación y b) cuando no se utilizó un medio de defensa previsto en el ordenamiento jurídico; y 2) las autoridades judiciales o administrativas pudieron haber tenido o tienen la posibilidad de pronunciarse, porque la parte utilizó recursos y medios de defensa, así: a) cuando se planteó el recurso pero de manera incorrecta, que se daría en casos de planteamientos extemporáneos o equivocados y b) cuando se utilizó un medio de defensa útil y procedente para la defensa de un derecho, pero en su trámite el mismo no se agotó, estando al momento de la interposición y tramitación del amparo, pendiente de resolución. Ambos casos, se excluyen de la excepción al principio de subsidiaridad, que se da cuando la restricción o supresión de los derechos y garantías constitucionales denunciadas, ocasionen perjuicio irremediable e irreparable, en cuya situación y de manera excepcional, procede la tutela demandada, aún existan otros medios de defensa y recursos pendientes de resolución».

Para la identificación y sistematización de las líneas jurisprudenciales existen técnicas, entre las que destacan las propuestas por el colombiano Diego Eduardo López Medina, en su obra *El Derecho de los Jueces*, misma que comprende la realización de tres pasos denominados convencionalmente por el referido autor como a) el punto arquimédico de apoyo; b) la ingeniería reversa; y c) la telaraña y los puntos nodales de jurisprudencia.

6. El cambio o mutación de la jurisprudencia

Si bien el respeto al precedente es de suma importancia en un Estado social y democrático de Derecho; empero, cabe advertir que no es un valor absoluto, por lo mismo no debe ser considerado como algo irrevisable o inmodificable, lo que significa que la regla admite excepciones. En efecto, tomando en cuenta que la Constitución formal responde a una Constitución material que es dinámica y cambiante, se entiende que los criterios interpretativos adoptados en una determinada realidad económica, social, política y cultural, pueden modificarse debido al cambio de esa realidad; de manera que la interpretación de ciertas normas que pudo haber sido útil y adecuada para resolver determinados conflictos en un determinado momento, podrían resultar inadecuados e inaceptables para resolver casos similares en otro contexto histórico.

En consecuencia, es necesario establecer una excepción a la regla del respecto al precedente, permitiendo a los jueces o tribunales apartarse de sus propios precedentes. De hecho, la doctrina lo reconoce así y, en la práctica, los propios Tribunales o Cortes Constitucionales admiten que, dentro de ciertos límites, un juez pueda distanciarse de sus propios precedentes; empero, ello no importa una discrecionalidad que pueda llevar a desconocer la seguridad jurídica, sino está sujeto a límites como el de la debida y adecuada motivación o fundamentación de las razones o causas que llevan a apartarse de sus decisiones previas. Ello sucede incluso en los sistemas del Derecho jurisprudencial, como el *common law*, en donde el derecho derivado de los precedentes judiciales o «*case law*» es fuente básica del ordenamiento jurídico, el principio del «*stare decisis*» o estarse a lo

resuelto en casos anteriores, no es absoluto, puesto que las más altas Cortes admiten que pueden apartarse de un precedente, con el fin de precisar, corregir o modificar una línea jurisprudencial.

Sin embargo, con el fin de preservar el principio de la seguridad jurídica, se impune a los tribunales o cortes constitucionales, para modificar su jurisprudencia, un plus argumentativo que los obliga a variar sus decisiones sólo en aquellos casos en los cuales el cambio jurisprudencial constituya la única o la menos costosa de las opciones interpretativas posibles. Por las razones expuestas -y por elementales razones de ética pública- un cambio de jurisprudencia no puede nunca operar al amparo de premisas falsas, como la inexistencia de una doctrina anterior cuando esta es evidente y reiterada.

Cabe advertir que los distintos tribunales constitucionales han diseñado criterios o test -más o menos similares- a los que debe someterse todo cambio de jurisprudencia. Para que un cambio radical de jurisprudencia no amenace su legitimidad, es necesario, entre otras cosas: (1) que resulte evidentemente claro que el Tribunal o Corte y sus miembros no actúan de manera coyuntural, sometidos a fuertes presiones sociales o políticas; (2) que las razones jurídicas que sirvieron para afirmar una determinada doctrina hayan demostrado su incompatibilidad con la comprensión actual del orden constitucional, porque, por ejemplo, el paso del tiempo las ha convertido en obsoletas o anacrónicas; (3) que exista un nuevo argumento que no hubiera sido discutido al momento de sentar la doctrina constitucional convertida en precedente y que este resulte suficientemente convincente como para saldar las dudas sobre los verdaderos intereses del Tribunal o Corte; (4) que el efecto benéfico del cambio de doctrina constitucional sea nítidamente superior al daño -en términos de legitimidad de la Corporación y de seguridad jurídica- que produce el mencionado cambio. Se trata entonces, de un test fuerte que exige la demostración de razones imperiosas que, lejos de resolver una cuestión coyuntural, se proyectan en el horizonte constitucional como la mejor interpretación sostenible, para todos los casos posibles, de la Constitución Política del Estado.

7. Reglas básicas de aplicación de la jurisprudencia

Para la aplicación de la jurisprudencia, los jueces y tribunales, al decidir cada caso concreto, tienen que desarrollar una labor de reconstrucción de los criterios jurídicos que fueron empleados al resolver el caso anterior en el que se generó la jurisprudencia, lo que supone no sólo comparar la similitud del caso a solucionar con el ya resuelto, sino también las razones aducidas para justificar la decisión anterior y sobre todo aquellas otras, desde las históricas hasta las filosóficas, pasando por las económicas, sociales y jurídicas, que no fueron tenidas en cuenta o, al menos, expresadas en la decisión precedente.

Si no hay igualdad de condiciones fácticas tampoco existirá para el juez la obligación de acatar el precedente judicial; en cambio, si existe una identidad o analogía en las condiciones fácticas y el juez no aplica la *ratio decidendi* de una o varias sentencias anteriores que conforman una misma línea jurisprudencial, se vulnera el principio a la igualdad.

Este modo de operar, y no la mera invocación del principio de autoridad mediante la escueta cita de sentencias del Tribunal Constitucional y su seguimiento de forma automática y mecánica, constituye un uso consciente de la jurisprudencia, en el que prevalece sobre el argumento de autoridad la razonabilidad de la solución elegida, con lo que se preserva más eficazmente la justicia del caso concreto.

Con relación al tema, la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia T-1317 de 2001, ha señalado que «El supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la sub regla identificada por el Juez. De ahí, cuando en una situación similar se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente. Lo anterior se apoya en el principio de igualdad, que obliga a aplicar la misma regla a quienes estén en la misma situación de hecho».

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en su Auto Constitucional 004/2005-ECA, de 16 de febrero, ha desarrollado la siguiente doctrina constitucional: «Con carácter previo al análisis del fondo de la solicitud que antecede, resulta necesario efectuar algunas precisiones respecto al efecto vinculante de la jurisprudencia constitucional prevista por el art. 44.I de la LTC. Al efecto, cabe señalar que el carácter vinculante de las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional, significa que la doctrina constitucional creada, así como las sub reglas extraídas de las normas implícitas de la Constitución, contenidas en las Sentencias Constitucionales, tienen que ser aplicadas obligatoriamente por el resto de los órganos del poder público, por lo mismo, por los jueces y tribunales que forman parte del poder judicial, en la resolución de todos los casos que presenten supuestos fácticos análogos. En consecuencia, la aplicación del principio de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional está sujeta a la regla de la analogía, vale decir que los supuestos fácticos de la problemática resuelta mediante la sentencia constitucional en la que se crea la jurisprudencia sean análogos a los supuestos fácticos de la problemática a resolverse mediante la sentencia en la que se aplicará la jurisprudencia o el precedente obligatorio, desde otra perspectiva, cuando no existe la concurrencia de la analogía entre los supuestos fácticos no puede exigirse la aplicación de la jurisprudencia o el precedente obligatorio. De otro lado, corresponde también aclarar que la jurisprudencia con efecto vinculante es la que contiene la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional, es decir, aquellas partes que consignan los fundamentos jurídicos que guarden una unidad de sentido con la parte resolutive, de tal forma que no se pueda entender ésta sin la alusión a aquella, es la parte en la que se consigna la doctrina y las sub reglas que se constituyen en precedente obligatorio; más el *obiter dictum*, es decir, aquellas reflexiones o pasajes contenidos en la parte motiva de la sentencia, expuestos por el Tribunal Constitucional por una abundancia argumentativa propia de la naturaleza jurídica del control de constitucionalidad, no tienen efecto vinculante, de manera que para exigir la aplicación obligatoria de un precedente debe tenerse el cuidado de identificar que se trata de la *ratio decidendi*».

EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Carlos Bernal Pulido*

SUMARIO: I. Introducción. II. La senda del precedente. III. Hacia una teoría de la vinculación al precedente constitucional en Colombia. IV. Conclusión

I. Introducción

El objetivo de este artículo es determinar si las sentencias de la Corte Constitucional tienen el carácter de precedente en el sistema jurídico colombiano, y si es así, cuál es el fundamento, las características, el alcance y las garantías de este carácter. En este contexto me referiré al concepto de precedente con las dos ideas que, de acuerdo con BELL, conforman esta noción, es decir: «tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes» y exigir a los «jueces de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante»¹. Si se sigue esta definición, entonces las sentencias de la Corte Constitucional –o con mayor precisión, como más adelante veremos, su *ratio decidendi*– deben ser tratadas como enunciados autoritativos del Derecho que funcionan como buenas razones para las decisiones posteriores que la propia Corte Constitucional debe adoptar y como razones vinculantes, es decir, concluyentes y definitivas, que los jueces inferiores deben seguir cuando deban decidir un caso de constitucionalidad.

Aquí defenderé la tesis según la cual, a pesar de que el Derecho colombiano tenga la estructura y los fundamentos de un sistema de Derecho continental, y de que el artículo 230 de la Constitución haya atribuido a la jurisprudencia (incluida la de la Corte Constitucional) la naturaleza de «criterio auxiliar» «de la actividad judicial», después de una evolución posterior a la Constitución de 1991, la práctica ha llegado a reconocer que las sentencias de la Corte Constitucional tienen el carácter de precedente. En este aspecto ha tenido lugar una auténtica mutación constitucional. Presentaré los argumentos que sostienen esta tesis en dos partes. En la primera reconstruiré con brevedad el proceso que condujo al reconocimiento del carácter de precedente a la jurisprudencia constitucional y daré cuenta de los fundamentos jurídicos de tal carácter. En la segunda

* Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

1 BELL, J. «Sources of Law». En: *English Private Law*. P. Birks (editor), Tomo I, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 1 y 29.

precisaré qué es el precedente constitucional, cómo debe aplicarse, cuál es su alcance y cuáles son sus garantías en el derecho colombiano.

II. La senda del precedente

1. El Derecho colombiano como sistema de Derecho continental

a) La fuerza vinculante de la ley y el carácter auxiliar de la jurisprudencia

Desde el advenimiento de la República, el derecho colombiano se estructuró como un sistema de derecho continental. Colombia no escapó a la influencia del racionalismo codificador posrevolucionario francés, que erigió a la ley en la principal fuente del Derecho y atribuyó a la jurisprudencia sólo el carácter de criterio auxiliar. Estos dos pilares del sistema de Derecho continental fueron reconocidos por el aún vigente Código Civil de 1873, redactado por Don Andrés Bello con clara inspiración del Código Napoleónico de 1804. Mientras su artículo 18 establece que: «La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia», su artículo 17 prescribe que: «las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas» y prohíbe «a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria». De acuerdo con estos artículos, la ley debe ser la única fuente del Derecho que vincule al juez. Si el juez desconoce la ley, falla por fuera del Derecho. En esta misma dirección, incluso dos de las primeras constituciones colombianas –el artículo 171 de la Constitución de 1821 y, luego, el artículo 147 de la Constitución de 1832–, ordenaron a los jueces y tribunales de forma explícita mencionar en sus sentencias la ley que aplicaban en cada caso.

Según el Código Civil, a diferencia de la ley, la jurisprudencia no vincula al juez. Acaso sólo lo orienta para decidir casos cuya solución no aparezca con claridad en la ley². Por consiguiente, la jurisprudencia debería ser sólo una fuente supletoria, cuya eficacia debería estar condicionada a la existencia de problemas hermenéuticos de oscuridad de la disposición legal³, falta de coherencia entre disposiciones de igual jerarquía⁴ o falta de plenitud del orden normativo⁵. Según esta línea argumentativa, si el juez desconoce la jurisprudencia, puede que no aplique al caso la mejor interpretación jurídica, pero falla dentro del Derecho.

2 Cfr. el artículo 8 de la Ley N.º 153 de 1887: «cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho». La jurisprudencia que aplica la analogía y las reglas generales del derecho adquiere autoridad y es seguida en casos futuros. Por su parte, de acuerdo con las Sentencias C-083 de 1995 y C-068 de 2000, la jurisprudencia de la Corte Constitucional es doctrina constitucional integradora.

3 En este caso la jurisprudencia debe aclarar el propósito de la disposición legal oscura.

4 En este caso la jurisprudencia debe determinar cuál de las disposiciones legales debía aplicarse.

5 En este caso la jurisprudencia debe llenar la laguna normativa.

Esta atribución del carácter de criterio auxiliar a la jurisprudencia quedó plasmado de forma explícita en el artículo 4 de la Ley N.º 169 de 1896, según el cual, «tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores». En este texto, la inflexión «podrán» evidencia el carácter no obligatorio de la jurisprudencia.

b) Los precedentes de la Corte de Oro

A pesar de esta meridiana filiación del Derecho colombiano a los principios del sistema de derecho continental, en los años 30 del Siglo XX tuvo lugar un fenómeno particular. La Corte Suprema de Justicia, conformada en aquél entonces por un grupo de egregios juristas, y conocida para la posteridad como la «Corte de oro», profirió varias sentencias que introdujeron al sistema jurídico nuevos elementos que no aparecían en las leyes y que provenían sobre todo de la jurisprudencia francesa. Tales elementos fueron los principios de buena fe, enriquecimiento sin justa causa, abuso del derecho, la responsabilidad objetiva en ciertos supuestos, el fraude a la ley y la teoría de la imprevisión en derecho de los contratos⁶.

Aun cuando estos conceptos no adquirieron un reconocimiento legal, fueron aplicados y aún siguen siendo aplicados por los jueces civiles para resolver casos futuros. Mediante sus sentencias de casación, la Corte Suprema de Justicia controló el respeto de esta jurisprudencia por parte de los jueces ordinarios. De este modo, tales sentencias de la Corte de oro se convirtieron en los primeros precedentes del derecho colombiano. Todavía hoy se consideraba que si un juez no los aplica, falla por fuera del Derecho.

2. El precedente tras la Constitución de 1991

a) El artículo 230 de la Constitución de 1991

El artículo 230 de la actual Constitución Colombiana reiteró la formulación tradicional sobre la fuerza vinculante de la ley y el carácter auxiliar de la jurisprudencia. De acuerdo con este artículo: «Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial».

Desde luego, este carácter de criterio auxiliar es también predicable de la jurisprudencia constitucional. A diferencia de lo que ocurre en otros países, la jurisdicción constitucional colombiana forma parte de la «Rama Judicial». Las disposiciones constitucionales que la regulan, es decir, los artículos 239 y siguientes, integran también el Título VIII de la Constitución. De este modo, existiría una identidad orgánica e institucional entre la jurisdicción constitucional y las demás jurisdicciones. Esta identidad

6 Cfr. con cita completa de estas decisiones de la «Corte de Oro»: TAFUR MORALES, F. *La nueva jurisprudencia de la Corte*. Segunda edición, Óptima, Bogotá, 1939.

orgánica e institucional se comunicaría al carácter de sus decisiones. De acuerdo con un estricto entendimiento del texto constitucional, las decisiones de todos los órganos de la rama judicial, es decir, toda la jurisprudencia constitucional, ordinaria y de las jurisdicciones especiales tendría sólo el carácter de «criterio auxiliar».

b) *La lucha por el precedente*

A pesar de esta formulación tradicional, en los años posteriores a la expedición de la Constitución de 1991, en las altas cortes y en la doctrina se trabó una discusión en torno al problema de si las sentencias judiciales, y sobre todo las de la Corte Constitucional, debían tener el carácter de precedente. Desde entonces, en esta discusión ha sido posible identificar una tesis escéptica y otra optimista.

b.1) El escepticismo frente al precedente

La tesis escéptica descrea de la posibilidad de fundamentar la idea de precedente en el Derecho colombiano. Su principal asidero estriba en una interpretación histórica y literal del mencionado artículo 230 de la Constitución. Fiel a la voluntad del Constituyente, esta interpretación sostiene que la Constitución definió a la ley como la única fuente del Derecho que vincula al juez, para proteger la independencia judicial⁷. Además, esta tesis señala que en el Derecho colombiano no existe una disposición que imponga al juez el deber de sujetarse a la jurisprudencia de las altas cortes y que el principio del *stare decisis* es propio de un modelo de «*case law*», incompatible con nuestro sistema de Derecho continental.

La tesis escéptica encontró abanderados en varios magistrados de la primera Corte Constitucional⁸ y se perfiló como la doctrina determinante, entre otras, en las capitales Sentencias C-113 de 1993 y C-131 de 1993⁹. Del mismo modo, su espíritu caló en la redacción del artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que reiteró que la parte motiva de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional «constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general». En la Sentencia C-037 de 1996, sin embargo, la Corte Constitucional modificó la redacción prístina de esta disposición, para atribuir carácter obligatorio general a las interpretaciones que ella misma hace «por vía de autoridad».

7 Cfr. ESTRADA, A. Julio. «El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001». En: *Anuario de derecho constitucional. Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional*. E. Montealegre Lynett (coordinador). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, nota 13, p. 50.

8 Cfr. LÓPEZ MEDINA, D. *El derecho de los jueces*. Legis, Bogotá, 2000, en el capítulo I.

9 Mediante esta Sentencia, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión «obligatorio» contenida en el artículo 23 del Decreto N.º 2067 de 1991 que establecía: «La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia.»

b.2) El optimismo frente al precedente

Por su parte, la tesis optimista ha rebatido con éxito¹⁰ la tesis escéptica con base en tres argumentos¹¹, que han sido reconocidos por la jurisprudencia constitucional en un proceso de enmienda de sus pronunciamientos iniciales¹².

El primer argumento destaca la imposibilidad de trazar una barrera fronteriza entre la creación del Derecho mediante la ley y su aplicación mediante la jurisprudencia. Esta imposibilidad hace que carezca de sentido enajenar toda virtualidad creadora a los procedimientos de aplicación de normas y enajenar a su producto –la jurisprudencia– la posibilidad de convertirse en fuente de derecho.

El segundo argumento señala que la atribución del carácter de precedente a las sentencias judiciales es imprescindible para garantizar (1) la coherencia del sistema jurídico –si se ha decidido en el pasado un caso de determinada manera de acuerdo con el Derecho, es coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar–; (2) su estabilidad –la estabilidad de todo sistema jurídico exige la permanencia en el tiempo de las reglas jurídicas relativas a la aplicación del Derecho a los casos concretos y la uniformidad de su aplicación–; y (3) el respeto del principio de igualdad –el Derecho debe tratar del mismo modo a los sujetos implicados en casos idénticos o similares, anteriores, presentes y futuros–¹³.

El tercer argumento aduce es posible desvirtuar la interpretación estricta del artículo 230 de la Constitución en que se basa la tesis escéptica. Por una parte, el reconocimiento de que los jueces están vinculados a la jurisprudencia no pone en peligro la independencia judicial. La independencia judicial se garantiza cuando el juez está vinculado al sistema de fuentes del Derecho y no a las opiniones o intereses personales de otras autoridades del Estado. La atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia implica que el juez está sujeto a las sentencias judiciales que han

10 La jurisprudencia constitucional ha aceptado casi siempre la tesis optimista desde 1995. Las sentencias T-321 de 1998 y T-267 de 2000 son excepciones a esta corriente jurisprudencial. Estas sentencias acogen la tesis escéptica.

11 Cfr. BERNAL PULIDO, C. *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, tercera reimpresión, Bogotá, 2005, pp. 199 y ss.

12 Los planteamientos de las sentencias más importantes que desarrollan la tesis optimista están sintetizados en la Sentencia C-252 de 2001 de la Corte Constitucional.

13 Cfr. sobre estos argumentos: ALEXY, R. y DREIER, R. «Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany». En: *Interpreting statutes. A comparative study*. N. MacCormick y R. Summers (editores), Aldershot, Dartmouth, 1993, pp. 82 y ss.; MACCORMICK, N. y SUMMERS, R., «Interpretation and justification», en el mismo volumen, p. 518 y s.; BENDITT, T. M. «The rule of precedent». En: *Precedent in Law*. L. Goldstein (editor). Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 89 y s.; y MORAL SORIANO, Leonor. «A progressive foundation of precedents». En: *Archiv für Rechts- und Sozial Philosophie*, 2000, pp. 327 y ss.

resuelto casos pasados, y no a las opiniones o intereses de los demás jueces, sobre todo de los magistrados de las altas cortes¹⁴.

b.3) Los desafíos al optimismo sobre el precedente

No obstante, esta interpretación del artículo 230 de la Constitución no puede explicar qué función cumple la expresión «criterio auxiliar» con que este artículo se refiere a la jurisprudencia. Es innegable que el significado común de la expresión «criterio auxiliar» es incompatible con la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia. Del mismo modo, también podría criticarse la tesis optimista con algunos argumentos adicionales¹⁵. En primer lugar, la ganancia en coherencia para el ordenamiento jurídico se paga con el alto costo de impedir la evolución de la jurisprudencia, bien sea para amoldarse a las vicisitudes que sobrevengan en la realidad social o para corregir los errores interpretativos del pasado. En segundo lugar, el principio de igualdad también exige en ocasiones tratar de modo diferente dos casos idénticos y, por tanto, apartarse de la jurisprudencia. Por último, junto a la estabilidad, también es necesario garantizar la flexibilidad del sistema jurídico. La garantía de la flexibilidad, así como del valor de la justicia material que en este aspecto –como casi siempre– se contrapone a la seguridad jurídica, también dependería de la posibilidad que tenga un juez de apartarse del precedente.

Con todo, estos argumentos contra la tesis optimista no logran desvirtuarla, sino que plantean el desafío de construir una interpretación constitucionalmente adecuada del artículo 230 y una teoría de la vinculación al precedente en general y de precedente constitucional, en especial, que deje a salvo la posibilidad de que, cuando esté justificado, los jueces posteriores puedan apartarse de la jurisprudencia y modificarla.

III. Hacia una teoría de la vinculación al precedente constitucional en Colombia

Las reglas que determinan la vinculación y la aplicación del precedente constitucional en Colombia han sido sobre todo una creación jurisprudencial. Ellas se refieren en lo esencial a tres grandes aspectos: la interpretación del artículo 230 de la Constitución, la identificación de los precedentes y la posibilidad de inaplicar y modificar los precedentes constitucionales. Otros aspectos de configuración jurisprudencial, incluso algunos muy problemáticos como la aplicación retroactiva de los precedentes constitucionales¹⁶, deberán ser dejados de lado.

14 Cfr. las Sentencias T-231 de 1994, T-123 de 1995, T-345 de 1996 y T-054 de 2003.

15 Cfr. sobre estos argumentos, por ejemplo, BENDITT, Theodore M. «The rule of precedent», *loc. cit.*

16 Cfr. la muy cuestionable Sentencia C-486 de 2005, en que la Corte Constitucional, so pretexto de proteger el derecho a la igualdad en la aplicación del derecho,

1. La mutación del artículo 230 de la Constitución

a) *La interpretación constitucionalmente adecuada del concepto de «criterio auxiliar» del artículo 230 de la Constitución*

En primer lugar, el artículo 230 de la Constitución ha experimentado una mutación por vía jurisprudencial. La jurisprudencia constitucional se ha apartado de la interpretación común del concepto de «criterio auxiliar» como un concepto que excluye la fuerza vinculante. Correlativamente, ha enfatizado que la jurisprudencia forma parte del imperio de la ley al que el juez está sometido. Con base en la distinción entre disposición y norma, bien conocida en la teoría del Derecho¹⁷, la Corte Constitucional ha señalado que la jurisprudencia contiene las normas que resultan de la interpretación de las disposiciones jurídicas y que especifican su contenido. De este modo, por ejemplo, ha señalado que «la interpretación constitucional fijada por la Corte Constitucional determina el contenido y el alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del «imperio de la ley» a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución»¹⁸. En una interpretación amplia, la Corte ha sostenido que el concepto de imperio de la ley se refiere a todo el ordenamiento jurídico¹⁹ y no sólo a la ley formal. Como consecuencia, hoy día sólo podría decirse que la jurisprudencia es un «criterio auxiliar», en el entendido de que la jurisprudencia, como parte del imperio de la ley, auxilia la plena determinación del sentido, contenido y alcance de las disposiciones que conforman las fuentes del Derecho²⁰. En todo caso, la jurisprudencia constitucional se considera vinculante en materia de constitucionalidad para los demás jueces y para la propia Corte Constitucional.

b) *La interpretación sistemática del artículo 230 de la Constitución*

Esta interpretación del artículo 230 de la Constitución se ha vinculado sistemáticamente con el respeto del principio de igualdad. Si los jueces no observan los precedentes, vulneran este principio, pues otorgan injustificadamente un trato diverso a dos individuos o situaciones jurídicas idénticas o análogas²¹. Este hecho constituye una discriminación, prohibida por el artículo 13 de la Constitución.

c) *El control del respeto a la vinculación del precedente*

Por último, debe decirse que esta interpretación del artículo 230 de la Constitución se ha acompañado por el ejercicio en la práctica de un control efectivo del respeto a la vinculación del precedente. La vinculación del precedente judicial se ha controlado mediante el ejercicio de los recursos de

aplica retroactivamente dos precedentes suyos. De este modo, se llega a la problemática tesis, no de la fuerza vinculante del precedente, sino del «consecuente».

17 Cfr. Sobre la diferencia entre disposición y norma: CRISAFULLI, V. Voz: «Disposizione (e norma)». En: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XIII, 1964, pp. 165 y ss.

18 Cfr. Sentencia C-836 de 2001.

19 Cfr. las Sentencias C-131 y C-486 de 1993 y C-836 de 2001.

20 Cfr. BERNAL PULIDO, C. *El derecho de los derechos...* Ob. cit., p. 214.

21 Cfr. las Sentencias T-547 de 1993 y T-123 de 1995.

casación y de súplica y de la acción de tutela contra sentencias judiciales²². La Sentencia C-836 de 2001 transformó la interpretación tradicional del antes citado artículo 4 de la Ley 169 de 1896 y estableció que los jueces y tribunales están vinculados a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y que si quieren apartarse de ella, «están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión», de conformidad con las exigencias que hacen posible inaplicar y modificar los precedentes. La Corte Suprema de Justicia ha controlado esta vinculación mediante el recurso de casación, al paso que el Consejo de Estado ha hecho lo propio mediante el recurso de súplica.

Por su parte, la Corte Constitucional ha controlado la vinculación de los jueces de tutela a la jurisprudencia constitucional mediante la reiteración de jurisprudencia²³ en la revisión de sentencias de tutela²⁴, y la sujeción a la misma de los jueces ordinarios mediante la acción de tutela contra providencias judiciales²⁵. Es cierto que las reticencias de la Corte Suprema y del Consejo de Estado han mitigado la virtualidad de la tutela contra sentencias. Incluso la propia Corte Constitucional, después de haber hecho en una primera época afirmaciones enfáticas sobre la potencialidad general de la tutela contra sentencias²⁶, en la Sentencia C-543 de 1992 desanduvo lo recorrido. Esta Sentencia redujo la posibilidad de interponer tutela contra sentencias a los casos de «vías de hecho judiciales». A partir de entonces, la Corte Constitucional ha asumido una posición ambivalente. Por una parte, ha prefigurado supuestos y ha establecido exigencias de procedibilidad que limitan la utilización de este mecanismo. Por otra, ha hecho una interpretación extensiva de estos supuestos y, a su vez, restrictiva de tales exigencias, en aras de permitir un control más intenso del poder judicial²⁷. Esta ambivalencia ha desembocado inclusive en ocasiones en el ejercicio de un control de constitucionalidad excesivo sobre las sentencias judiciales, en casos en que la Corte Constitucional ha interpretado la legalidad y ha valorado pruebas y, de este modo, se ha entrometido en las competencias del poder judicial. Estas intromisiones han dado lugar a conflictos entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria.

Finalmente, debe decirse que la Corte Constitucional ha controlado incluso el respeto de sus precedentes por parte del Congreso de la Repúbli-

22 La acción de tutela es un mecanismo específico de protección de los derechos fundamentales, regulado por el artículo 86 de la Constitución, que puede interponerse contra actos que amenacen o vulneren tales derechos que tiene características similares a la *injunctio* del derecho norteamericano.

23 Cfr. por ejemplo la sentencia de reiteración de jurisprudencia: T-203 de 2002.

24 Cfr. las Sentencias T-260 de 1995, T-175 de 1997, T-566 de 1998, SU-640 de 1998, T-068 de 2000, C-252 de 2001 y T-678 de 2003. El mecanismo de revisión de sentencias de tutela funciona de manera similar al *certiorari* del Derecho norteamericano.

25 Cfr. por ejemplo las Sentencias T-566 de 1998, SU-1553 de 2000, T-399 de 2001 y C-569 de 2001.

26 Cfr. la Sentencia T-006 de 1992.

ca y por parte de sí misma. Ejemplo de lo primero es la Sentencia C-586 de 1995, en la cual la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de una disposición legal (el artículo 112 de la Ley N.º 104 de 1993²⁸) por considerarla, no contraria a la Constitución, sino contraria al precedente contenido en la Sentencia C-011 de 1994. Ejemplo de lo segundo es la anulación de sentencias de tutela dictadas por las salas de la propia Corte Constitucional, cuando no observan la jurisprudencia sentada por la sala plena en sentencias de constitucionalidad o en sentencias de unificación de tutela²⁹.

2. La identificación de los precedentes

La pregunta sobre qué constituye precedente se refiere a dos aspectos: (a) ¿Cuántas sentencias se necesita para que exista precedente? y (b) ¿Qué parte de una sentencia constituye precedente?

a) ¿Cuántas sentencias se necesita para que exista precedente?

En el Derecho colombiano este interrogante tiene dos respuestas. Si se trata de jurisprudencia constitucional, se necesita una sola sentencia de la Corte Constitucional para que exista precedente. Esto quiere decir que, como ella misma ha sostenido, toda sentencia de la Alta Corte constituye precedente. En cambio, la respuesta es distinta cuando se trata de la jurisprudencia ordinaria. Tanto el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 como la Sentencia C-836 de 2001 determinan que no una sino tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado sobre un mismo punto de Derecho, constituyen «doctrina legal probable» y conforman un precedente.

b) ¿Qué parte de una sentencia constituye precedente?

No todo el texto de una sentencia constituye precedente. Como la Corte Constitucional señaló en la Sentencia SU-1300 de 2001, en toda sentencia es preciso distinguir entre el *decisum*, la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*. El *decisum* es el fallo o «la resolución concreta del caso». Esta parte de la sentencia despliega sus efectos *erga omnes* o *inter partes*, según el tipo de proceso. De ella no se predica el carácter de precedente. Este carácter sólo se predica de la *ratio decidendi*, que se define como «la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica». La *ratio decidendi* es la concreción normativa del alcance de las disposiciones jurídicas. Ella explicita qué es aquello que el Derecho prohíbe, permite, ordena o habilita para cierto tipo de casos. La *ratio decidendi* se diferencia además de los *obiter dicta*. La Corte los define como una parte de la sentencia que «no tiene poder vinculante,

27 Cfr. BOTERO MARINO, C. «Acción de tutela contra providencias judiciales en el ordenamiento jurídico colombiano». En: *El Precedente*, s/d, 2002, p. 33 y ss.

28 Los artículos demandados fueron: 76, 77, 78, 79, 80, 81, 105 (parcial), 106, 108 (parcial), 110 (parcial), 112 (parcial) y 114 (parcial) de la Ley 104 de 1993 «Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones».

29 Cfr. por ejemplo el Auto 080 de 2000 que anuló la Sentencia de tutela T-441 de 2000, por desconocer lo establecido por la Corte Constitucional en las sentencias C-011 de 1994, SU 640 de 1998, C-069 de 1995 y C-037 de 2000.

sino una «fuerza persuasiva» que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituye criterio auxiliar de interpretación». Los *obiter dicta* son afirmaciones casi siempre teóricas, de carácter muy general y abstracto, que sólo cumplen un papel secundario en la fundamentación de la forma de resolver el caso. De ningún modo constituyen precedente³⁰.

Sólo la *ratio decidendi* tiene entonces carácter de precedente. La vinculación que emana de ella, la hace aplicable en todos los casos futuros que tengan supuestos de hecho idénticos o análogos³¹. Si el caso posterior no reviste supuestos de hecho idénticos o análogos, el juez tampoco tiene la obligación de aplicar el precedente judicial³².

Además de todo lo anterior, la Corte Constitucional se ha pronunciado también, aunque de modo más somero, sobre el problema de cómo identificar la *ratio decidendi* de una sentencia. En la Sentencia SU-047 de 1999, la Corte indicó que el juez o tribunal que ha proferido una sentencia no es el llamado a determinar la *ratio decidendi*. La *ratio decidendi* será más bien aquella que los jueces posteriores identifiquen en una sentencia anterior y apliquen en un caso posterior. Esta es una consecuencia de la estructura del derecho como una práctica compleja. Sólo el juez posterior puede evaluar cuáles son las razones que fundamentaron el sentido de los fallos anteriores. Para tal fin, y como aparece expuesto en la Sentencia C-039 de 2003, el juez posterior debe atender a tres elementos: (i) el objeto de la decisión judicial anterior, (ii) el referente en las fuentes del derecho que sirvió de base a la decisión y (iii) el criterio determinante de la decisión. Sólo con base en un análisis de los hechos, pretensiones, disposiciones jurídicas relevantes y los criterios determinantes de la decisión, puede el juez posterior determinar cuál fue la *ratio decidendi* de un caso anterior y, de esta manera, decidir sobre su aplicación ulterior.

3. La inaplicación y la modificación del precedente

En aras de garantizar la justicia del caso concreto y la posibilidad de actualización de la jurisprudencia, todo precedente puede ser inaplicado y modificado. En la jurisprudencia colombiana, estas dos posibilidades han sido previstas y reguladas por la Sentencia C-836 de 2001. En esta Sentencia, la Corte Constitucional defendió la tesis según la cual, si un juez quiere apartarse del precedente, «está obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión». Esta decisión no es viable en cualquier caso, sino únicamente en los siguientes supuestos, que constituyen la doctrina de la inaplicación del precedente anterior (*distinguish*) y del cambio de precedente (*overruling*), válida en el Derecho colombiano:

a) El primer supuesto consiste en que, a pesar de que existan similitudes entre el caso que se debe resolver y uno resuelto anteriormente por una alta

30 Cfr. las Sentencias C-569 de 2001, T-960 de 2001 y T-1317 de 2001.

31 Cfr. la Sentencia T-1022 de 2002.

32 Cfr. las Sentencias T-1091 de 2002 y T-1086 de 2003.

corte, «existan diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos». Este supuesto corresponde con el *distinguish* del derecho anglosajón. El juez pueda inaplicar la jurisprudencia a un determinado caso posterior, cuando considere que las diferencias relevantes que median entre este segundo caso y el caso precedente, exigen otorgar al segundo una solución diferente³³. La Corte no esboza los criterios de los que el intérprete puede valerse para distinguir u homologar dos casos similares. La Corte sólo indica acertadamente que la similitud o diferencia decisiva debe referirse a la *ratio decidendi* del primer caso. El tratamiento debe ser igual, si la *ratio decidendi* del primer caso puede aplicarse al segundo, porque éste puede subsumirse bajo el supuesto de hecho de aquella. Si esta subsunción no es posible, el juez deberá apartarse de la *ratio decidendi* del primer caso, introducir una excepción a ella o fundamentar una nueva para el segundo caso.

b) El segundo supuesto se presenta cuando la jurisprudencia que ha sido «adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior». La alta Corte sostiene que en este supuesto, el juez posterior debe considerar que la jurisprudencia es «errónea». Si se quiere conservar esta terminología, deberá hablarse de un error de idoneidad. Este tipo de error se presenta, porque los efectos fácticos (E) que la *ratio decidendi* (RD) generó al regular la situación (S) en el momento histórico (1), ya no se producirían en el momento histórico (2), pues, por variación de las circunstancias, la aplicación de (RD) a (S) ya no conduce a (E), sino a otros efectos fácticos negativos (E'). En este caso, la carga de argumentación del juez es una carga de argumentación fáctica que debe demostrar que dadas las circunstancias (S), en el tiempo (2), la aplicación de (N) no conduce a (E), sino a (E'). Si el juez puede demostrar esta afirmación, estará legitimado para llevar a cabo un *overruling* de la jurisprudencia anterior.

c) El tercer supuesto es análogo al anterior. En este caso, el juez «puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico»³⁴. Como sostiene la Corte Constitucional, «en estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo (sic) explícita tal decisión». Este sería un segundo tipo de jurisprudencia «errónea». El error en este caso se originaría porque el precedente es incoherente con el ordenamiento jurídico.

d) Por último, el juez posterior también puede apartarse de la jurisprudencia, «por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir,

33 Cfr. como un ejemplo de *distinguish* el de la Sentencia T-960 de 2001, en la cual, la Corte se aparta del precedente judicial invocado por el demandante y contenido en la Sentencia SU-819 de 1999.

34 Cfr. como un ejemplo de este tipo de *overruling* la Sentencia T-012 de 2003, en la cual la Corte decide apartarse del precedente contenido en la Sentencia C-543 de 1992. Asimismo, la Sentencia C-228 de 2002 que se apartó de los precedentes establecidos en las Sentencias C-293 de 1995, C-475 de 1997, SU-717 de 1998, C-163 de 2000 y C-1711 de 2000, entre otras.

debido a un tránsito constitucional o legal relevante». Es apenas obvio que si varía la disposición deben variar las *ratione decidendi*. En este cuarto supuesto, la carga argumentativa del juez posterior debe demostrar que la *ratio decidendi* (RD1) que se desprende de la disposición (D1), ya no puede adscribirse a la disposición (D2). La *ratio decidendi* (RD1) no puede incluirse en el campo semántico de la disposición (D2). De este modo, estará justificado que el juez posterior se aparte de (RD1) y, a partir de la disposición (D2), fundamente una nueva *ratio decidendi* (RD2).

Estos cuatro supuestos pueden ser aplicados tanto por las altas cortes como por los jueces de inferior jerarquía para fundamentar la inaplicación o el cambio en la jurisprudencia anterior. Si el cambio se produce en una alta corte, y se consolida como doctrina probable, será entonces de obligatorio cumplimiento por los jueces de inferior jerarquía. Si, por el contrario, es un juez inferior el que se aparta de la jurisprudencia de la alta corte, ésta podrá avalar o refutar lo argumentado por el juez inferior, mediante el recurso de casación, la revisión de tutela o la tutela contra sentencias.

IV. Conclusión

Con base en la argumentación anterior puede concluirse que a pesar de que el derecho colombiano tenga la estructura y los fundamentos de un sistema de Derecho continental, después de una evolución posterior a la Constitución de 1991, tanto el Derecho positivo como la práctica han llegado a reconocer que las sentencias constitucionales tienen el carácter de precedente. Este carácter se fundamenta en una renovada interpretación del artículo 230 de la Constitución, según la cual, la jurisprudencia, que explicita el contenido normativo de las disposiciones jurídicas, forma parte del imperio de la ley que resulta vinculante para el juez. Esta interpretación, asimismo, es coherente con el respeto del principio de igualdad y con la búsqueda de coherencia y estabilidad en el ordenamiento jurídico.

Asimismo, se ha señalado que mientras una sola sentencia de la Corte Constitucional tiene el carácter de precedente, en la jurisprudencia ordinaria sólo habrá precedente cuando se construya una línea jurisprudencial de por lo menos tres sentencias de la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado sobre un mismo punto de Derecho. En los precedentes, sólo la *ratio decidendi* vincula a los jueces, quienes deben aplicarla para solucionar los casos futuros, a menos que puedan aducir razones bien fundadas para apartarse de ella, en caso de que ocurran los supuestos en que el precedente deba ser inaplicado o modificado.

Finalmente, debe decirse que la fuerza vinculante del precedente parece consolidarse cada día en la práctica jurídica colombiana. No obstante, aún hay por lo menos dos obstáculos, uno institucional y uno fáctico, que dificultan su desarrollo. El institucional es la carencia de una delimitación de competencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, que determine con rigor los ámbitos de vinculación de la jurisprudencia de una y de otra. El fáctico es la carencia de compilaciones exhaustivas de la jurisprudencia, que permitan su divulgación y de una dogmática que la analice, la construya en forma de sistema y la critique.

LUCES Y SOMBRAS DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

Eduardo Meier García*

*A mi padre,
por el amor a la justicia, su mejor legado.
A la memoria de mi madre,
por la justicia de su amor.*

SUMARIO: I. *Presentación.* II. *El carácter vinculante de las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.* III. *Dimensiones negativas y positivas en el uso del precedente constitucional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; 1. La «autonomía procesal» de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; 2. La doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como referente obligado para la formación del precedente constitucional.* IV. *A modo de conclusión.*

I. **Presentación.**

Sin dudas, uno de los asuntos más espinosos del constitucionalismo contemporáneo (por lo menos en países que, como Venezuela, responden a sistemas normativos codificados o escritos y se inscriben en el denominado modelo continental o romano-germánico) es el de determinar los límites de la actuación de los Tribunales o Cortes Constitucionales, en nuestro caso, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en adelante, SC-TSJ) y, en este sentido, el de establecer –frente a la supremacía constitucional y al carácter normativo y directamente aplicativo del Texto Fundamental– los referentes mínimos que, como exigencias formales y sustantivas, se imponen necesarios e insoslayables para que la actuación de la denominada jurisdicción constitucional se encause por el sendero democrático de la racionalidad y legitimidad en el ejercicio de la tan sensible función de administrar justicia; máxime si en esta materia sus pronunciamientos tienen vocación de «última palabra», de «doctrina jurisprudencial», de precedente obligatorio y extensivo (*binding precedent*), que da lugar a la formación de la conocida «jurisprudencia vinculante» o «jurisprudencia normativa».

Que los jueces crean «Derecho» resulta obvio; como resulta indefectible también que la jurisdicción constitucional, que ejerce la SC-TSJ en Venezuela,

* Abogado por la Universidad Central de Venezuela. Master en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de Postgrado en Derecho en la Universidad Metropolitana, Caracas. Becario MAEC-AECL. Cursante del «Postgrado Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos», Universidad Carlos III de Madrid.

crea determinado Derecho (*producto de las interpretaciones sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales*)¹, que es directamente vinculante para los tribunales de la República, incluso para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia².

Frente a lo cual es deseable –para la propia supervivencia de nuestro particular Estado democrático y social de Derecho y de Justicia³– que esa función creadora del Derecho se lleve a cabo no sólo con rigor y firmeza, sino en ámbitos racionalmente acotados, siguiendo un conjunto de pautas interpretativas, reglas materiales predeterminadas, límites formales y cauces procesales adecuados que, sin dudas, constituirán un excelente mecanismo para reducir la arbitrariedad (que no arbitrio⁴) judicial y mejorar los niveles de percepción social y muy probablemente, proporcionarán un mayor grado de seguridad jurídica y certeza del derecho, vitales a la hora de administrar justicia; que es exponencial en el caso de la justicia constitucional y muy especialmente, cuando se ejerce la denominada jurisdicción constitucional.

De momento, y dejando de lado toda carga de prejuicios o de preconcepciones polarizadas⁵ que normalmente secundan cualquier jui-

1 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

Artículo 335. «(...) Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República».

2 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

Artículo 262. «El Tribunal Supremo de Justicia funcionará en Sala Plena y en las Salas Constitucional, Político Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social, cuyas integraciones y competencias serán determinadas por su ley orgánica (...)».

3 El artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, autoproclama y define que: «Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político».

4 Vid. NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Ariel Derecho, Barcelona 2000. Señala que es un error confundir arbitrio con arbitrariedad, porque, salvo excepciones, la decisión judicial exige el ejercicio de un cierto arbitrio por parte del juez, que incurre en arbitrariedad precisamente cuando excede ese ámbito y hace uso indebido de sus competencias. Sin el arbitrio, señala NIETO, la norma general se bloquearía en su abstracción y no podría dar el salto a lo singular y concreto que es la esencia de la decisión. La decisión es el fruto de una ley fertilizada por la obra individual del juez.

5 Patricia RODRÍGUEZ-PATRÓN advierte, en alusión a los Tribunales Constitucionales español y alemán, que la visión que de estos problemas se tenga y, en general, de aquellos que plantean los límites de la jurisdicción constitucional depende de la concepción que se tenga respecto del Tribunal Constitucional dentro del esquema de la división de poderes. *La «Autonomía Procesal» del Tribunal Constitucional*. Civitas-Thomson, 2003, p. 173.

cio sobre el papel de la jurisdicción constitucional, entendemos que su tarea es completar, corregir, depurar, en fin, procurar adecuar la obra *-per se imperfecta e inacabada-* del legislador, y principalmente, dar adecuada y oportuna respuesta a los derechos constitucionales y humanos, bien se presenten en forma de problemas no previstos o escasamente regulados en la legislación o por medio de pretensiones subjetivas deducidas en los procesos constitucionales, y finalmente, impulsar el progreso fecundo pero prudente del Derecho en la dirección correcta.

De allí que, ni es sobrenatural, ni meta-jurídica; la función del «Juez Hércules», de Dworkin, de los «señores del derecho», de Zagrebelsky, de los «guardianes de la Constitución», de Leibholz o del «comisario del poder constituyente», de García de Enterría, si algo tiene de extraordinaria es el objeto de interpretación: La Constitución, una norma más, pero con la especial característica de ser la norma superior del sistema jurídico.

Por tanto, es en el ámbito de la jurisdicción constitucional, en el que prioritariamente debe garantizarse que los derechos se ejerzan *secundum constitutionem*, esto es, a pesar de su falta de regulación o desarrollo legal (*extra legem*) y si su desarrollo legal es contrario al contenido constitucionalmente declarado (*contra legem*).

Ello implica que la *jurisdicción constitucional*⁶ está autorizada por la Constitución –que normalmente responde a la razón y al sentido común– para evitar –y en su caso, remediar– se actúe *contra legem*, es decir, habilitada para sortear los desarrollos legales contrarios al contenido constitu-

6 La expresión jurisdicción constitucional, obedece a una noción orgánica que tiende a identificar a un órgano específico del Poder Judicial que tiene en forma exclusiva la potestad de anular con efectos generales (*erga omnes*) y normalmente vinculantes, ciertos actos estatales por razones de inconstitucionalidad. La jurisdicción constitucional corresponde a los Tribunales o Cortes Constitucionales (muchas, incluso, ubicadas fuera del Poder Judicial). No obstante, en Venezuela, la jurisdicción constitucional siempre ha estado integrada al Poder Judicial (antes de la Constitución de 1999, a la Corte Suprema de Justicia en Pleno, o a su Sala Político-Administrativa, *ratione materiae*), y hoy día, concretamente a la novísima Sala Constitucional al Tribunal Supremo Justicia. La «justicia constitucional», por su parte, es la que ejercen todos los jueces y tribunales, colegiados o unipersonales, de la República, a través del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, por medio de la desaplicación de las normas contrarias a la Constitución y la acción de amparo constitucional. Vid. DUQUE CORREDOR, Román. «La interpretación vinculante de la jurisdicción constitucional y los poderes correctivos de los jueces». En: *Orientaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia*. Barquisimeto, XXVII Jornadas Domínguez Escovar, 2002; BREWER-CARÍAS, Allan. «La justicia constitucional en la nueva Constitución» En: *Revista de Derecho Constitucional*. N.º 1, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 35 a 44; ESCOVAR LEÓN, Ramón. *El precedente y la interpretación constitucional*. Editorial Sherwood, Colección Derecho Constitucional, Caracas, 2005. Este último, siguiendo a EISENMANN, Charles (*La Justice Constitutionnelle et la Haute Court Constitutionnelle D' Autriche*. París, Economica Presses Universitaires D' Aix-Marseille, 1986, p. 2), utiliza los términos jurisdicción constitucional y «justicia constitucional» como sinónimos.

cionalmente declarado de los derechos fundamentales, y facultada a actuar *extra legem*, siempre que su actuación favorezca a los derechos, esto es, tratar de reinterpretar y contextualizar la norma y subsanar sus vacíos para lograr su aplicación conforme a la Constitución, logrando así el efecto útil de los derechos constitucionales y humanos.

No obstante, seguimos preguntándonos, como lo hace AHUMADA RUIZ⁷: *¿cómo saber...cuál es la dirección correcta en cuestiones de derecho constitucional?*

No estamos en capacidad de indicar *la dirección correcta en cuestiones de Derecho constitucional*, pero sí de señalar los caminos vedados, los que por ningún concepto debe recorrer jurisdicción constitucional alguna.

En primer lugar, luce contrario a la «*dirección correcta*» una jurisdicción constitucional que seleccione el *thema decidendum*, forme su convicción y conciba su *ratio decidendi* sin hacer al menos una valoración sobre las consecuencias sociales y una constatación del impacto político constitucional de sus decisiones; y viceversa, una jurisdicción constitucional que juzgue sin el rigor técnico y metodológico, aislando las razones jurídicas para dar paso a las meras pretensiones políticas (o sociales, en el mejor de los casos), también está tomando la *dirección incorrecta en cuestiones de Derecho constitucional*.

Como vislumbrara GARCÍA PELAYO, desde los inicios en España del Tribunal Constitucional, estamos en presencia de «un órgano constitucional instituido y directamente estructurado por la Constitución», y que: «Como regulador de la constitucionalidad de la acción estatal, está destinado a dar plena existencia al Estado de derecho y a asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución, ambos componentes inexcusables, en nuestro tiempo, del verdadero «Estado constitucional»⁸. No obstante, advertía con la misma carga intuitiva que «El Tribunal Constitucional juzga con arreglo a criterios y razones jurídicas sobre controversias jurídicamente formuladas. Es claro, sin embargo, que estas controversias hacen referencia siempre, de una u otra manera, a las limitaciones constitucionales establecidas al poder, al ámbito de acción libre de los distintos órganos que integran el Estado, y que son, en consecuencia, controversias políticas...En este sentido, pero sólo en este sentido, es nuestra jurisdicción una jurisdicción política»⁹

Ello explica que sean presupuestos inmanentes a la jurisdicción constitucional, en primer término, que actúe como máximo y último intérprete de la Constitución, y en segundo lugar, que los procesos constitucionales

7 AHUMADA RUIZ, María Ángeles. «Stare Decisis y Creación Judicial de Derecho (Constitucional).A propósito de El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Magaloni Kerpel». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, N.º 67, enero-abril, 2003, p. 359.

8 GARCÍA PELAYO, Manuel. «El Status del Tribunal constitucional». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol. I, N.º 1. Madrid, 1981, p. 15.

9 GARCÍA PELAYO, Manuel. Discurso pronunciado en el Acto de Inauguración del Tribunal Constitucional el día 12 de julio de 1980.

que arbitran y controlan, procuren garantizar la supremacía constitucional y la vigencia real y efectiva de los derechos, lo cual es aceptado por buena parte de los ordenamientos jurídicos contemporáneos¹⁰; pero que de ello derive un poder normativo ilimitado, no es –desde luego, ni mucho menos– de *communis opinio* por la doctrina, aunque algunos de los órganos que encarnan esta jurisdicción especializada, luzcan deliberadamente empeñados en imponer lo contrario.

10 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

Artículo 335.- «El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República»

Constitución Política de Colombia:

Artículo. 241.- «A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo...»

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del Perú, Ley N.º 28301:

Artículo 1.- «El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (...);»

Primera Disposición Final.- «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».

Código Procesal Constitucional peruano, Ley N.º 28237:

Artículo II.- «Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales»

Constituição da República Federativa do Brasil:

Artigo 102.- «Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...),»

«§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal»

Ley del Tribunal Constitucional de Bolivia, Ley N.º 1836:

Artículo 1.- «(...) II. Son fines del Tribunal Constitucional ejercer el control de constitucionalidad y garantizar la primacía de la Constitución, el respeto y vigencia de los derechos y garantías fundamentales de las personas, así como la constitucionalidad de las convenciones y tratados»

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional Español:

Artículo 1. 1.- «El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica»

Para demostrar este último aserto, hemos seleccionado un grupo de fallos, de decisiones que –con pretendido carácter vinculante– ha dictado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano (SC-TSJ) y que conforman la denominada «doctrina jurisprudencial», cuya relevancia jurídica o política, o en el mejor de los casos: jurídico-constitucional, nos permitirá pasar revista a esta institución, a su desarrollo y eficacia sobre el ordenamiento jurídico, y llamar la atención sobre su uso y abuso, en fin, sobre las luces y sombras del precedente constitucional en Venezuela.

II. El carácter vinculante de las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

La SC-TSJ desde su conformación en el año 2000, por mandato de la recién promulgada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV)¹¹, asumió con cierto fervor constitutivo, el contenido del artículo 335, que otorga *expressis verbis*, a las «...interpretaciones que establezca... sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales...» la condición de «...vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República».

No obstante, el mismo artículo 335 de la Constitución de 1999 (CRBV), contempla que: «El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación (...)».

De manera que todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia (y no exclusivamente la SC-TSJ), tienen expresa competencia en materia de «justicia constitucional», para garantizar «la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales», correspondiéndoles a todas, la condición de «...máximo y último intérprete de la Constitución» y la función de velar «por su uniforme interpretación y aplicación» (ex-art. 335).

Constituição da República Portuguesa:

Artigo 221: «O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional».

Vid. PAJARES, Emilio (coord.): La protección judicial de los derechos fundamentales en Brasil, Colombia y España, Tirant lo blanch/Instituto de Derecho Público Comparado, Valencia, 2005; igualmente, «Justicia Constitucional en Iberoamérica». En: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/00-portada.htm>

- 11 El 30 de diciembre de 1999, fue publicada en la Gaceta Oficial n.º 36.860 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. No obstante, en la Gaceta Oficial n.º 5.453 de 24 de marzo de 2000, se procedió a una nueva publicación («reimpresión») del texto para subsanar supuestos errores gramaticales, de sintaxis y de estilo, lo cual significó la introducción de cambios sustanciales al texto originalmente aprobado en referéndum el 15 de diciembre de 1999, incluyendo una Exposición de Motivos que no fue objeto de debate en el Pleno de la Asamblea Constituyente.

Por su parte, el artículo 334 de la CRBV contempla lo que se conoce como control difuso de la constitucionalidad, que corresponde a todos los tribunales en cualquier causa y aún de oficio, en los términos siguientes:

«Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente (...).

El mismo artículo 334, *in fine*, señala que:

«Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella».

De lo que se infiere, que corresponde a la Sala Constitucional «Ejercer la jurisdicción constitucional conforme al Título VIII de la Constitución» (Arts. 266, numeral 1 y 336). Sin embargo, el ex-artículo 334 constitucional sólo reserva de forma excluyente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia –como jurisdicción constitucional– el control concentrado de la constitucionalidad sobre las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público, siempre que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley.

Así, la Sala Constitucional no tiene el monopolio del control concentrado de la constitucionalidad de todos los actos estatales; naturalmente, ejerce el control sólo respecto de determinados actos estatales, y sus competencias y atribuciones están prescritas en el artículo 336 de la CRBV, de la forma siguiente:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella.
3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución.
4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.
5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.

6. Revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.

7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer.

9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.

11. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley¹².

12 El artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela contempla:

«Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República.

(...)

3. Resolver los conflictos de cualquier naturaleza que puedan suscitarse entre las Salas que lo integran o entre los funcionarios del propio Tribunal, con motivo de sus funciones;

4. Revisar las sentencias dictadas por una de las Salas, cuando se denuncie fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o que haya sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación; asimismo podrá avocarse al conocimiento de una causa determinada, cuando se presuma fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la ley, la competencia le esté atribuida a otra Sala;

5. Conocer de las apelaciones contra las sentencias de amparo constitucional y de la acción autónoma de amparo, contra las sentencias que dicten los tribunales superiores como tribunales de primera instancia, que decidan sobre la acción de reclamo para garantizar el derecho humano a réplica y rectificación o para proteger el derecho al honor, a la vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación de las personas afectadas directamente por la difusión de mensajes e informaciones falsas, inexactas o agraviantes a través de los prestadores de servicios de radio y televisión. En todo caso el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, tiene la potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida;

6. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad. La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, determinando expresamente sus efectos en el tiempo;
7. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados, Municipios y del Distrito Capital, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ella, mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad. La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y en la Gaceta Oficial Estatal o Municipal que corresponda, determinando expresamente sus efectos en el tiempo;
8. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad. La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela;
9. Declarar la nulidad total o parcial de los actos dictados por cualquier órgano en ejercicio del Poder Público, en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando colidan con ésta y que no sean reputables como actos de rango legal;
10. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de los Tratados Internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.
11. Revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República;
12. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo Municipal, Estatal o Nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos generales esenciales para su corrección, sin que ello implique usurpación de funciones de otro órgano del Poder Público, o extralimitación de atribuciones;
13. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones de cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango nacional, respecto a obligaciones o deberes establecidos directamente por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela;
14. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer;
15. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualquiera de los órganos del Poder Público;
16. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los demás tribunales de la República;
17. Conocer, antes de su promulgación, la constitucionalidad del carácter orgánico de las leyes dictadas por la Asamblea Nacional, y de los Decretos con Fuerza de Ley que dicte el Presidente de la República en Consejo de Ministros mediante Ley Habilitante;

Después de pasar revista a las amplísimas competencias conferidas a la Sala Constitucional, no queda sino advertir la hipertrofia, el crecimiento elefantístico -ya no, como «Super Sala»¹³- sobre las restantes Salas del TSJ, sino frente a los demás Poderes Públicos (en especial, el Poder Legislativo);

18. Conocer en primera y última instancia las acciones de amparo constitucional interpuestas contra los altos funcionarios públicos nacionales;

19. Conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Tribunales Contencioso Administrativos, cuando su conocimiento no estuviere atribuido a otro tribunal, con ocasión a la interposición de acciones autónomas de amparo constitucional;

20. Conocer las acciones autónomas de amparo constitucional contra las sentencias en última instancia dictadas por los Tribunales Contencioso Administrativos, cuando su conocimiento no estuviere atribuido a otro tribunal;

21. Conocer de la solicitud de pronunciamiento, efectuada por el Presidente de la República, sobre la inconstitucionalidad de las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 214 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela;

22. Efectuar, en Sala Constitucional, examen abstracto y general sobre la constitucionalidad de una norma previamente desaplicada mediante control difuso de la constitucionalidad por una Sala del Tribunal Supremo de Justicia, absteniéndose de conocer sobre el mérito y fundamento de la sentencia pasada con fuerza de cosa juzgada;

23. Conocer de las controversias que pudieren suscitarse con motivo de la interpretación y ejecución de los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales suscritos y ratificados por la República. La sentencia dictada deberá ajustarse a los principios de justicia internacionalmente reconocidos y será de obligatorio cumplimiento por parte del Estado Venezolano;(...)

47. Conocer de cualquier controversia o asunto litigioso que le atribuyan las leyes, o que le corresponda conforme a éstas en su condición de más alto Tribunal de la República;

48. Solicitar de oficio, o a petición de parte, algún expediente que curse ante otro tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto cuando lo estime conveniente:

49. Conocer de los recursos de hecho que le sean presentados;

50. Conocer de los juicios en que se ventilen varias acciones conexas, siempre que al tribunal esté atribuido el conocimiento de alguna de ellas;

51. Decidir los conflictos de competencia entre tribunales, sean ordinarios o especiales, cuando no exista otro tribunal superior y común a ellos en el orden jerárquico, remitiéndolo a la Sala que sea afín con la materia y naturaleza del asunto debatido;

52. Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere.(...)

13 Vid. CANOVA, Antonio. «La «Supersala» (Constitucional) del Tribunal Supremo de Justicia». En: *Revista de Derecho Constitucional*. N.º 3, Caracas, 2000, pp. 285-319; CASAL, Jesús María. *Constitución y Justicia Constitucional*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000.

lo que viene generando una asimetría inconveniente a la luz de los principios de legitimación democrática y a los necesarios pesos y contrapesos que equilibran y justifican la presencia del Estado en la vida humana en sociedad.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha venido galopando progresivamente (primero con sus Sentencias y luego con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que recoge las competencias auto-asignadas por la SC-TSJ en su «jurisdicción normativa»), las atribuciones de las otras Salas, imponiéndoles sus criterios, sean o no de naturaleza constitucional, revisando sus sentencias, en fin, como señala ESCOVAR LEÓN¹⁴, «...en el foro venezolano se ha creado e impuesto una estructura jurídica que ha convertido a la Sala Constitucional en una «Super Sala» con atribuciones ejercidas por encima de las restantes y con la potestad de ejercer un recurso «extraordinario» de revisión que permite... conocer como si se tratara de un Tribunal Constitucional y, además, actuar como tribunal de instancia de manera discrecional, en todo tipo de asuntos...» lo que ha alterado el deseado equilibrio «...que debe caracterizar el funcionamiento y la composición del TSJ», generando un clima de inseguridad jurídica e inestabilidad institucional y comprometiendo la imparcialidad e idoneidad en la función judicial; fenómenos negativos que tarde o temprano pasarán la cuenta a los delicados y consustanciales equilibrios entre democracia, Estado de Derecho y derechos humanos.

La labor del juez, y *a fortiori* la de la jurisdicción constitucional, no puede quedar reducida a la mera aplicación mecánica de normas jurídicas, a la utilización de un simple silogismo, toda vez que en este ámbito la interpretación es necesaria en todo momento, dado que al atribuir significados y asignar una posición iusfundamental a los casos que conoce, no le está dado aplicar el aforismo *in claris non fit interpretatio*, por el mayor grado de indeterminación de las prescripciones jurídicas, que exige una permanente interpretación, por aquello de la «textura abierta del Derecho»¹⁵, en especial de los principios, materia prima de las jurisdicciones constitucionales. Sin embargo, ello no implica que su innegable función discursiva-prescriptiva, sea absoluta.

Por más que el Derecho sea una realidad dinámica, cambiante, que debe adaptarse a las exigencias de la organización social, en él concurren una serie de principios inmanentes a la estructura del sistema jurídico, princi-

14 ESCOVAR LEÓN, Ramón. *El precedente y la interpretación constitucional*. Editorial Sherwood, Colección Derecho Constitucional, Caracas, 2005. p. 63.

15 HART utiliza el término «textura abierta del derecho» en un sentido muy amplio, que abarca cualquiera de los diferentes tipos de indeterminación semántica» Cfr. HART, Herber L.A. «Dias and Hughes on Jurisprudence», En: *Journal of the Society of Public Teachers of Law*. 1958, pp. 143-199; HART, H. *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990; Para un estudio detallado sobre las diferentes posiciones y críticas a los términos «textura abierta del derecho» y «vaguedad» Vid. LINFANTE VIDAL, Isabel. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999. p.p 191-248.

pios implícitos o explícitos que garantizan su funcionamiento y abonan su legitimidad. Se trata de aquellas razones últimas que no dependen de otras y que cumplen la función axiomática de justificar las normas válidas. Nos referimos a los principios constitucionales, y con especial relevancia a los principios sobre la producción de normas, que constituyen auténticos imperativos jurídicos de inmediata y dinámica virtualidad y generalidad, de modo que todas las situaciones de poder-deber previstas en el ordenamiento jurídico (incluyendo la formación del precedente constitucional), deben preordenarse y sujetarse a la eficacia garantista y al efecto útil de estos principios, cuya fuerza, virtualidad y generalidad se fundamenta en sus presupuestos históricos, políticos y jurídicos.

Conviene entonces preguntarse preliminarmente, qué mecanismos se pueden articular para que la jurisdicción constitucional gravite en torno a los postulados constitucionales y no prescinda de sus presupuestos históricos, políticos y jurídicos, para que de esta forma sus decisiones no sean campo abonado a la discrecionalidad que haga florecer la hierba indeseable de la arbitrariedad, la indefensión y la inseguridad jurídica.

Como hemos visto, en Venezuela, siguiendo la distinción de Mauro CAPPELLETTI¹⁶, el precedente constitucional emana tanto de la aplicación del *método difuso*, como del *método concentrado* de control de la constitucionalidad de las leyes, toda vez que en nuestros predios judiciales coexisten, dando lugar al *control integral o mixto*, que encabeza la SC-TSJ.

Con lo cual se observa que los precedentes constitucionales (o la «doctrina jurisprudencial», como prefiere denominarla la SC-TSJ), puede surgir de decisiones asociadas a un número importante de acciones procesales, tales como la *acción de amparo constitucional* (el *habeas corpus*, el *habeas data*, *acciones de tutela de los derechos de rectificación o de réplica*), el *recurso de revisión extraordinaria*, el *recurso de interpretación constitucional*, el *avocamiento o la acción popular de inconstitucionalidad*.

En la tradición del precedente en el derecho inglés (*common law*), se utiliza una expresión que proviene del latín «*Stare Decisis et non quieta movere*»¹⁷, que ha sido definida por la doctrina, como señala Iturralde Sesma, como «una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y

16 Vid. CAPPELLETTI, Mauro. 1971. *Judicial Review in the Contemporary World*. Indianápolis; 1966. «El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho Comparado» En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México. N.º 61, México.

17 Se puede traducir como «estése a lo decidido y que reine la quietud». Sin embargo, se puede advertir que en la tradición del «*common law*» el precedente no es tan rígido como pareciera, y el juez puede utilizar los *distinguishing* (distingos) para apartarse de una decisión previa, alegando que se trata de casos distintos. Por ello, en este sistema, poco reina la quietud, porque el precedente ha demostrado una flexibilidad suficiente y necesaria para hacer justicia a lo largo del tiempo y de acuerdo a las expectativas sociales, políticas y económicas del momento.

necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión; pero el grado de autoridad de dichos precedentes depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos o el juicio de subsiguientes tribunales sobre su corrección como una proposición acerca del derecho existente o real...»¹⁸

Hay quien distingue «*doctrina jurisprudencial*» de *precedente*. La primera, como su nombre lo indica, «doctrina», sería aquella proposición jurídica abstracta y general, que se adhiere (complementando) a la norma, igualmente abstracta y general, que interpreta. Por lo tanto puede y debe ser invocada en todos los supuestos, por diferentes que sean, en que pretenda aplicarse la norma interpretada. Mientras que el precedente, por el contrario, es una resolución concreta, individual, referida únicamente al caso que decide. Por lo tanto, no puede, en principio, ser aplicado a ningún otro. Lo que sucede es que cuando surge, con el tiempo, un conflicto sustancialmente idéntico, al juez posterior se le abre varias posibilidades de actuación¹⁹.

No obstante, la Sala Constitucional ha considerado vinculante «...tanto la sola determinación (abstracta) del contenido y alcance de una norma constitucional que resulte oscura o contradictoria, como aquella interpretación de la Constitución que realice esta Sala, relativa... a un caso concreto» (SC-TSJ n.º 1860 de 05.01.00, caso: Consejo Legislativo del Estado Barinas).

De tal forma, a la hora de asignar efectos vinculantes a sus decisiones, la SC-TSJ no distingue si se trata de «*doctrina jurisprudencial*» o de *precedente constitucional*. Quedaría pendiente, entonces, lo que reservamos para otro momento, analizar en profundidad porqué en Venezuela no existe el «precedente estricto», como se creó recientemente a nivel de jurisdicción constitucional en el Perú, con el Código Procesal Constitucional²⁰, que inicia un proceso de ordenación y coherencia en esta materia, al consagrar *ex lege* el establecimiento obligatorio de un sistema estricto de precedentes, cuya iniciativa y control la tiene el Tribunal Constitucional; cosa que en nuestro país, ni por mandato legal, ni por creación jurisprudencial, existe.

Abstracción hecha, bien de la condición de «doctrina jurisprudencial» o de *precedente constitucional*, resulta útil abordar este tema -aunque parezca obvio- señalando que el accionar, el discurso prescripto del máximo y último intérprete de la Constitución, por más autárquico, libre y potencialmente innovador que se presente, debe estar justificado, racionalmente enlazado y prudentemente motivado, en fin, como cualquier discurso lógico, práctico o racional, debe permitir a los operadores jurídicos la «previsibilidad», la

18 ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Editorial Civitas, Madrid, 1995 p.31.

19 Cfr. NIETO, Alejandro. «Visión doctrinal de la jurisprudencia» En: *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*. Estudios de Derecho Judicial N.º 34, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p.p. 109 -118.

20 Ley N.º 28237.

«calculabilidad» y la «confianza legítima» de que no se produzcan decisiones contradictorias en casos futuros de similar o idéntico cuño.

Planteadas así las cosas, vale la pena preguntarse: (i) *¿en qué casos la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia crea precedentes constitucionales?*; (ii) *¿qué es lo obligatorio del precedente constitucional?*; (iii) *¿cómo se vincula el juez frente al precedente constitucional?*

(i) *En relación con los casos o materias susceptibles de formar parte del objeto (thema decidendum) y conformar la «doctrina jurisprudencial» o los precedentes constitucionales de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, es preciso señalar que la acción de interpretación corresponde a cada una de las Salas del Tribunal Supremo según la materia afín al objeto del mismo y de las competencias atribuidas a cada una de éstas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.52 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y su primer aparte, se observa que la Sala Constitucional tiene el monopolio competencial para el conocimiento de las acciones de interpretación sobre el alcance e inteligencia de normas constitucionales.*

Igualmente, el ex-artículo 335 constitucional, contempla que las interpretaciones que establezca la SC-TSJ, serán sobre *el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales.*

En este sentido, más que dudosa es –por ejemplo– la Sentencia de la SC-TSJ del 20 de julio de 2006²¹, que ordenó la publicación del texto íntegro de la decisión en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, señalando: «Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que interpreta el contenido de los artículos 261,284, 287, 290, 291,305, 306, 310, 311 del Código de Comercio, en lo que respecta a la protección de los accionistas minoritarios de la sociedades anónimas de capital cerrado».

Ello pone de relieve posibles superabundancias de la Sala Constitucional respecto de la fijación del *thema decidendum*, al declararse incompetente y declinar la competencia en un Juzgado de Primera Instancia, y sin embargo, en el mismo fallo se pronunció sobre el fondo del asunto, al establecer los términos en que debía dictarse la sentencia de primera instancia, al interpretar las normas del Código de Comercio, no sólo en clara invasión a la autonomía del juez a quien se declinó la competencia, sino en un irrefutable exceso *ratione materiae* de lo que puede ser objeto de su jurisdicción que, recordemos, es la interpretación de la inteligencia y alcance de las normas constitucionales.

21 La Sala Constitucional en Sentencia N.º 1420 de 20.07.06, exp. n.º 05-2397, declinó la competencia en el Juzgado de Primera Instancia Mercantil de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, para conocer la pretensión de habeas data de la ciudadana Milagro Coromoto de Armas Silva de Fantes, contra la negativa de información necesaria para la determinación del valor de las acciones de Continental Publishing Inc. «empresa Holding de la denominada «Organización Bloque de Armas»», en demanda de amparo constitucional, y sin embargo, se pronunció sobre el fondo cuando estableció los términos en que debía dictarse la sentencia de primera instancia, al interpretar las normas de los artículos 291, 306 y 310 del Código de Comercio.

Igualmente, se ha pronunciado sobre el cumplimiento alternativo a la obligación de reenganche del trabajador despedido injustificadamente, que consiste en el pago de las indemnizaciones que dispone el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo (Vid. Sentencia de la SC-TSJ N.º 1998 del 22 de julio de 2003).

En otro caso, señalando que el litis-consorcio activo en materia laboral es contrario a la ley, ha dispuesto que: «...la acumulación de demandas contraria a lo que permite el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, transgrede lo que disponen los artículos 26, 49 encabezamiento, y 253, primer aparte, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...», cuando de la sola lectura de la *ratio decidendi* anterior, se deduce que lo tratado es un asunto de mera legalidad, por más que la Sala hace un esfuerzo para asociarlo a derechos constitucionales, porque la prohibición viene dada por un texto legal, el Código de Procedimiento Civil²²

(ii) *Sobre lo obligatorio del precedente constitucional*, resulta esclarecedora una Sentencia de la propia Sala donde se dispuso que «...considerando la posición de máximo intérprete constitucional de este órgano de control, se deduce que las interpretaciones de esta Sala Constitucional, en general, o las dictadas en vía de recurso interpretativo, se entenderán vinculantes respecto al núcleo del caso estudiado; todo ello en un sentido de límite mínimo, y no de frontera intraspasable por una jurisprudencia de valores oriunda de la propia Sala, de las demás Salas o del universo de los tribunales de instancia. Los pronunciamientos que, sin referirse al núcleo central del debate objeto de la decisión, afectan a un tema colateral relevante para la misma, normalmente vinculados con los razonamientos jurídicos esbozados para afincar la solución al caso, no serán, por lógica, vinculantes en ningún sentido.»²³

En otro fallo dispuso la SC-TSJ que «... la doctrina que se derive de la interpretación de los preceptos constitucionales, sea que la conclusión a

22 Caso: Aeroexpresos Ejecutivos, C.A, SC-TSJ N.º 1860 de 05.01.00, Finalmente estableció: «...con fundamento en lo que dispone el artículo 335 *eiusdem*, en cuanto a la naturaleza vinculante de las interpretaciones que ella establezca sobre el contenido o alcance de normas y principios constitucionales, dispone que las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República apliquen, de inmediato, los criterios acogidos y dispuestos en esta sentencia para todos los procedimientos en curso, laborales o no, sometidos a la regulación del citado artículo 146 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia: a) Se niegue la admisión de las demandas incoadas que aún no hayan sido admitidas; y b) En el caso de las demandas acumuladas y admitidas en contravención con el artículo 146 precitado, actualmente en curso, se disponga, aún ex officio, la nulidad de todo lo actuado en el ámbito del procedimiento respectivo, desde el mismo auto de admisión, inclusive, y se reponga la causa al estado de que el Tribunal que conozca de ella se pronuncie sobre la admisión de las mismas en total conformidad con la doctrina proferida en esta sentencia».

23 SC-TSJ, Caso: Freddy Ángel Rangel Rojas. Sent. 1415 de 22 de noviembre de 2000. Exp. N.º 00-1725.

que arribe la Sala no resuelva un caso concreto (solicitud de interpretación), sea que aproveche a la solución de una concreta controversia en tanto contenga el modo en que los valores, principios y reglas constitucionales exigen que se tome una decisión en un sentido determinado, tiene en ambos casos efecto vinculante. Tal aclaratoria desea resolver alguna duda que pudiera surgir en cuanto al alcance de la vinculación de la función interpretativa que toca desplegar a esta Sala conforme al citado artículo 335 de la Carta Fundamental, la cual, pueda que llegue a asociarse, erróneamente, a la desnuda interpretación de un precepto constitucional.

Así pues, es vinculante, tanto la sola determinación del contenido y alcance de una norma constitucional que resulte obscura o contradictoria, como aquella interpretación de la Constitución que realice esta Sala, relativa, como hubo de afirmarse en líneas anteriores, a un caso concreto en que se hubiera examinado una determinada situación jurídica, y de cuyo examen hubiera resultado un modo de conducirse o actuar conforme con un valor, principio o regla contenido en el orden normativo constitucional. Interpretar la Constitución también es, pues, hacer valer sus preceptos en el caso concreto. La vinculación que se sigue en el segundo de los supuestos referidos, arrojará sólo a casos similares a los resueltos conforme a la doctrina vinculante»²⁴.

La sentencia transcrita no determina el modo de fijar los límites materiales o internos de la decisión, para la separación de la *ratio decidendi*, cosa que por demás, no es fácil, pero necesaria; porque la obligación de seguir al precedente no lo es a la sentencia *in integrum* sino a la *ratio decidendi* («*holding*»), al núcleo del caso, de donde adquiere especial relevancia el proceso de razonamiento y argumentación seguido por el tribunal. La *ratio decidendi* viene siendo como las «ideas fuerza», lo medular o esencial derivado de la motivación, que permite diferenciarla de los *obiter dicta* («*dictum*», singular o «*dicta*», plural²⁵), las aserciones incidentales que tienen sólo carácter per-

24 Cfr. SC-TSJ n.º 1860 de 05.01.00, caso: Consejo Legislativo del Estado Barinas.

25 El término *holding* (derecho norteamericano) es sinónimo de *ratio decidendi* (derecho inglés) y se entiende como aquella parte específica de la dispositiva de la sentencia en la que el tribunal resuelve y se pronuncia sobre el caso, siendo la respuesta que el tribunal le da a las partes respecto de la cuestión jurídica planteada, en fin, la regla que decide el caso, expresamente formulada, o que puede inferirse al analizar el resultado de la decisión, las situaciones fácticas y el contenido de la opinión. Por el contrario los términos «*dictum*», singular o «*dicta*», plural, son utilizados como abreviación de *obiter dictum* u *obiter dicta*, respectivamente, y se refiere a aquellas consideraciones jurídicas –a veces más políticas, que jurídicas– que en opinión del propio tribunal que las vierte en la sentencia, no son necesarias para fundamentar la decisión tomada. En otras palabras, los *dicta* son sobreabundancias que el tribunal gratuitamente asume para sugerirle a los tribunales inferiores predecir como resolverían, por ejemplo, las Cortes o Tribunales constitucionales, en determinado caso, y así anticipar su posición, en este caso, sobre la interpretación de la inteligencia y alcance de las normas constitucionales. Pero mientras que ello no suceda, esto es, el tribunal no decida en el contexto de un caso concreto

suasivo pero no vinculante, aquellas consideraciones marginales, secundarias o generales sin fuerza vinculante. Mientras que resulta fundamental, no sólo para el «common law» sino especialmente para la jurisdicción constitucional vernácula, lo que se conoce como *rationale*, esto es, las razones o la justificación que da el tribunal para arribar a determinado resultado (*the grounds of the holding*), que se vierten en el texto del fallo como juicios de valor extranormativos y que constituyen una pieza de navegación fundamental para anticiparse a los movimientos del derecho, por lo menos del derecho que conforma la denominada «jurisdicción normativa».

La labor creativa de la SC-TSJ requiere de una constante actualización y orientación, máxime en materia de amparo constitucional, cuya justiciabilidad exige una casuística permanente, a fin de acomodar el Derecho a las permeables y cambiantes exigencias de la realidad social y a los más diversos asuntos que se le presentan. Eso sí, cualquier «creación», transformación o acotación de un derecho fundamental debe respetar su contenido básico o esencial, que es invariable.

Ese contenido básico invariable que debe respetar el juez constitucional, actuando como juez de amparo, sirve de parámetro en su labor interpretativa y cualquier concreción sobre el contenido abstracto del precepto constitucional debe ser acotado dentro de los límites internos, explícitos e inmanentes del derecho, en armonía con el sistema de valores constitucionales.

Sin embargo, el que tal postulado constituya una forma de garantizar la supremacía y efectividad de las normas constitucionales, y por ende, la doctrina de la SC-TSJ sobre la interpretación y alcance de las normas y principios constitucionales tenga carácter vinculante, no significa, por ningún respecto, que la sentencia (especialmente en materia de amparo constitucional) no sea un fallo particular, de estrictos efectos *inter partes*, es decir, que el *thema decidendum* esté circunscrito a determinados hechos, circunstancias fácticas concretas y pretensiones específicas del actor. Por tanto, no es posible concluir, ni por la posición que ocupa la Sala Constitucional dentro de la organización judicial, ni por el mandato constitucional del artículo 335, que la ampliación de la eficacia de la decisión jurisdiccional en materia de amparo pueda entenderse *per se*, con efectos *erga omnes* en toda la extensión del fallo, dado que ni la *res judicata* ni el pronunciamiento, versan sobre la invalidez de una norma de carácter general.

(iii) *En cuanto a cómo se vincula el juez frente al precedente constitucional*, vale decir que en múltiples decisiones, la SC-TSJ ha señalado que la interpretación vinculante, como manifestación de la denominada «jurisdicción normativa» se integra con el resto del ordenamiento jurídico, definiendo una particularizada situación jurídica, cuya protección debe instarse de forma autónoma a través de los diversos mecanismos adjetivos que les sirven de garantía, según el caso que se trate.

sobre los dicta o un dictum concreto, el debate jurídico permanece abierto. Vid. MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. McGrawHill, Madrid, 2001, p.p. 81-82.

No obstante señala que: «...la Sala, como instancia interpretativa máxima, no está vinculada por su propia interpretación, pese a que su práctica interpretativa esté sujeta a la justificación interna y a la externa ya indicadas, sin las cuales la seguridad jurídica y la misma justicia resultaría en desmedro de los valores superiores de la Carta Magna»²⁶.

Desde el punto de vista descriptivo la SC-TSJ no sólo dicta fallos que resuelven casos concretos (*inter partes*), sino que también dicta sentencias que, en determinadas circunstancias, son creadoras de derecho (*erga omnes*). En tal sentido, la SC-TSJ, en cuanto jurisdicción constitucional, no sólo hace un análisis casuístico donde valora y pondera determinados elementos fácticos, asumiendo una importante tarea creativa de concreción y configuración, sino que hace uso de un poder normativo, que -ya en el plano valorativo- debería cumplir la función principal de integración del ordenamiento jurídico, de superar la natural indeterminación normativa de los principios, cuando no, de las reglas.

Desafortunadamente, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela²⁷ nada señala sobre el establecimiento de los elementos que permiten determinar cuándo estamos ante un precedente, y menos aún, cuando éste es vinculante o meramente disuasorio, y por ende, con efectos que podríamos reputar como normativos. Tampoco orienta sobre los requisitos de procedencia para que la SC-TSJ modifique aquellos criterios que hubiere establecido con anterioridad, lo que en cierta forma obliga al operador jurídico y con más intensidad al destinatario común de la «norma jurisprudencial», que es el grueso, a convertirse en una suerte de prestidigitador para poder sortear esta falta de precisión.

Incluso, se ha llegado a asignar de forma mecánica o automática el carácter de precedente obligatorio a todas las sentencias emanadas de la SC-TSJ, contengan o no una interpretación vinculante, por la sola razón de ser manifestación de la denominada jurisdicción constitucional, que según esta posición convierte sus fallos en *jurisdicción normativa per se*. Lo que sin dudas crea un «estado general de sospecha», un «no saber a qué atenerse» en una materia tan sensible al desempeño democrático del sistema de justicia.

26 Cfr. Sentencia N.º 1309 de 19-07-2001. Caso: Hermann Escarrá, exp. N.º 01-1362

27 Gaceta Oficial N.º 37.942 del 20 de mayo de 2004. El legislador se limitó a establecer el régimen, organización y funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia, que como máximo órgano y rector del Poder Judicial, le corresponde ser «...el máximo y último intérprete de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y velar por su uniforme interpretación y aplicación», y además de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, es competente -a través de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura- para la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, incluyendo la elaboración y ejecución de su presupuesto, así como la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas.

Muy por el contrario, el novísimo Código Procesal Constitucional peruano²⁸ en su artículo VII confiere orden y coherencia, al desarrollar y amparar el establecimiento de un sistema estricto de precedentes, cuya iniciativa y control lo tiene el Tribunal Constitucional, al verse compelido a expresar de forma inequívoca en el texto de la sentencia, cuando ésta constituya precedente vinculante, precisando el extremo de su efecto normativo.

En efecto, estamos en presencia de un sistema estricto de precedentes, cuando observamos que el artículo VII del Código Procesal Constitucional Peruano exige al Tribunal Constitucional que, cuando resuelva apartándose del precedente constitucional, cumpla con los extremos de expresar en motivación suficiente, los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la nueva sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente (*ratio decidendi ex ante*) y procede a dejar sentado el cambio de criterio.

III. Dimensiones negativas y positivas en el uso del precedente constitucional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Es preciso acotar que nuestras intenciones se verían materialmente desbordadas, si pretendiéramos volcar aquí todas y cada una de las sentencias contentivas de la denominada «doctrina jurisprudencial» emanada de la Sala Constitucional.

Y esto es así porque en nuestro país no existe norma adjetiva en el ámbito procesal constitucional que obligue al sentenciador a señalar expresamente en el texto del fallo, cuando éste adquiere la condición de precedente, su alcance y carácter constitutivo o normativo; como tampoco ha sido práctica habitual, ni existe doctrina uniforme de la SC-TSJ tendente a (i) anunciar, (ii) indicar explícitamente en el texto del fallo, como tampoco (iii) informar o hacer público con las debidas garantías, aquellas sentencias o la parte correspondiente a la *ratio decidendi* que constituye un precedente vinculante, con lo cual se incurre en la indeterminación material y formal de aquellas sentencias que adquieren el carácter de precedente obligatorio extensivo.

28 Ley N.º 28237; Promulgado 28-05-2004; Publicado 31-05-2004; y de conformidad con la Segunda Disposición Transitoria y Derogatoria, entró en vigencia el 30-11-2004, prevé en su Artículo VII: «Precedente.- 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». Por su parte, en el Artículo IX, se dispone la aplicación supletoria, en segundo grado, de la jurisprudencia: «En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina».

Comenzando por las decisiones –en nuestra opinión– de signo positivo, la SC-TSJ ha afianzado la *juridicidad* y la *justiciabilidad*²⁹ de los derechos sociales o de prestación –y no podía ser de otro modo– porque en la Constitución de 1999, por lo menos normativamente, los derechos, junto a los valores superiores y principios, se amalgaman y conforman el contenido de justicia de una sociedad democrática y pluralista, teniendo como referente inicial y final a la dignidad humana, punto en el que convergen Derecho interno y Derecho internacional para superar esa *garantía mínima* de los derechos humanos, y ofrecer paladinamente un régimen de mayor alcance, debiendo aplicarse siempre la disposición más favorable a la persona.

La SC-TSJ reconoce en estos fallos, que a pesar la inexistencia de una ley que reconozca una acción judicial para ejercer derechos e intereses colectivos o difusos, la Constitución contiene la petición en protección de un derecho colectivo, en cuanto a ese aspecto de la pretensión, le da el tratamiento de una acción de amparo por intereses colectivos, la cual es posible incoar, conforme a lo señalado en la sentencia del 30 de junio de 2000 (Caso: Dilia Parra Guillén, Sentencia N.º 656).

En la sentencia del 6 de abril de 2001, cuyo mandato fue ratificado en decisión del 8 de mayo de 2002 (Casos: Enfermos de SIDA-VIH contra en IVSS), la SC-TSJ acordó la extensión de los efectos del fallo, a todas aquellas personas que: (i) se encuentren inscritas en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales; (ii) les haya sido diagnosticada la enfermedad del VIH/SIDA; (iii) que cumplan los requisitos legales para la obtención de los beneficios que se deriven del sistema de seguridad social, y (iv) que hayan solicitado a las autoridades del prenombrado Instituto la entrega de los medicamentos necesarios para el respectivo tratamiento, con la inclusión del de las enfermedades oportunistas, y la cobertura para la realización de los exámenes médicos especializados para el tratamiento de las mismas.

En signo negativo, es necesario considerar la sentencia de la SC-TSJ N.º 1013 (Caso: Elías Santana) de fecha 12 de junio de 2001, sin obviar, por tanto, las connotaciones políticas suscitadas por la extrema conflictividad que generó ese fallo³⁰ (*rectius*: sus prolíficos *obiter dicta*) en las relaciones entre el Gobierno Nacional y los medios de comunicación social, al punto que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia publicó el 25 de julio de 2001, en forma de remitido, una inusual aclaratoria, explicando la decisión de la SC-TSJ y rechazando las críticas que «...en términos peyorativos e irrespetuosos se han expresado a través de los medios de comunicación social.»

29 Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia del 6 de abril de 2001 y 8 de mayo de 2002, Sala Constitucional (Casos: Enfermos de SIDA-VIH contra en IVSS); del 8 de agosto de 2000; 24 de enero de 2002, Sala Constitucional (Caso: ASODEVIPRILARA), entre otras.

30 Un estudio más detallado de las implicaciones jurídicas de esta Sentencia en: MEIER ECHEVERRÍA, Henrique y MEIER GARCÍA, Eduardo. «El valor relativo de las afirmaciones absolutas (sobre el alcance y contenido de los derechos derivados de las libertades de expresión e información)». En: *Jurisprudencia Clave del Tribunal Supremo de Justicia*. Govea & Bernardoni, Tomo III, Caracas, 2002.

El ciudadano Elías Santana, en su propio nombre y en su carácter de Coordinador General de la «Asociación Civil Queremos Elegir» interpuso acción de amparo constitucional frente a la negativa del Presidente de la República, Hugo Chávez Frías y la Directora del Instituto Autónomo Radio Nacional de Venezuela, de permitirles el ejercicio del derecho de réplica respecto de los planteamientos hechos por el conductor del programa radial 'Aló, Presidente' en sus emisiones del domingo 27 de agosto y del domingo 3 de septiembre de 2000, cuyo origen de transmisión fue Radio Nacional de Venezuela, y retransmitida por diferentes medios de comunicación radial y televisivo. La misma fue declarada improcedente *in limine litis* por la SC-TSJ, señalando que los agraviados no tenían el derecho a réplica solicitado por la vía de amparo³¹.

No obstante, de la sentencia N.º 1013 se pueden extraer una serie de consideraciones que no se estiman necesarias para la decisión, no obstante aparezcan en el cuerpo del fallo. Estas disertaciones, conocidas por la doctrina anglosajona como *obiter dicta*, pueden conducir al rechazo o a la aceptación, pero lo que no pueden es convencer, por el simple hecho que trascienden al *thema decidendum*.

Son digresiones que no tienen relevancia para el fallo, ni afectan las pretensiones del actor, pero que pueden colmar de incertidumbre lo decidido al punto que, como ocurrió con la decisión examinada, el propio Tribunal Constitucional, saliéndole al paso a la conflictividad generada y para aclarar el alcance de la Sentencia 1013, se haya valido del fallo 1309 de 19-07-2001, en el que decidió la acción de Interpretación Constitucional, respecto al alcance, interpretación uniforme y aplicación de las normas contenidas en los artículos 57 y 58 de la Carta Magna.

En la decisión 1013, se dice en una de sus consideraciones que:

«Resulta un abuso de los medios, que contraría la libertad de información, emitir conceptos negativos o críticos sobre ideas, pensamientos,

31 *Ratio decidendi*: Considera la SC-TSJ que si «...creen que han sido agraviados por el Presidente de la República, pueden ejercer las acciones que sean procedentes, pero que al ser un periodista con una columna fija en el diario El Nacional (El Ombudsman), y un programa radial diario «Santana Total», en Radio Capital, quien pide el derecho de réplica en su propio nombre y en el de la persona jurídica de la cual es vocero y por quien habla, carece de derecho a réplica o rectificación alguno, ya que lo que crea conveniente contestar al Presidente puede hacerlo, tanto en su columna como en el diario donde la tiene...», «...que los hechos que se imputan al Presidente de la República para solicitar el derecho a réplica, no constituyen informaciones inexactas o agraviantes que se endilguen a los actores, sino se trata de opiniones, que se centran en la popularidad que dice tener el Presidente comparada con la de los actores, así como en una actitud amenazante que colige el Presidente de lo expresado por los accionantes, y que mal podrían originar el derecho a réplica o rectificación contenido en el artículo 58 constitucional...», «...que pretenden los accionantes no es el ejercicio del derecho de réplica, ya que fue a ellos a quienes les contestó el Presidente, sino el de sostener una discusión pública, para lo que no es necesario, para el columnista, acudir al artículo 58 constitucional».

juicios, sentencias, etc., sin señalar en qué consiste lo criticado, impidiéndole a las personas que tienen el derecho a informarse, enterarse de qué es lo deleznable. De igual entidad abusiva es acuñar frases con lugares comunes, tales como que una actitud es funesta, una idea un exabrupto o una locura, sin exponer cuál es la actitud o la idea criticada, o aislando de un contexto un sector y comentarlo, sin tomar en cuenta el todo donde se insertó lo resaltado, lo que cambia el sentido de lo aislado».

«También es un atentado a la información veraz e imparcial tener un número mayoritario de columnistas de una sola tendencia ideológica, a menos que el medio en sus editoriales o por sus voceros, mantenga y se identifique con una línea de opinión congruente con la de los columnistas y colaboradores.»

El problema que se plantea con la apreciación anterior, no es el relativo a la información veraz e imparcial, sino el del pluralismo informativo. La información veraz e imparcial tiene que ver con una labor de comprobación o contraste, según los cánones de la profesionalidad informativa, indefectible antes de publicar cualquier información.

Por el contrario, el pluralismo informativo refiere a la necesaria existencia en el mercado de las ideas o mercado informativo de una pluralidad de medios, de opciones diferentes con diferente orientación ideológica. A la multiplicidad de empresas informativas debe unírsele una multiplicidad de líneas editoriales, que intente abarcar las variopintas opciones ideológicas, políticas, culturales, económicas, científicas, etc.

Es necesario que esa diferencia de opciones informativas vaya aparejada de una actitud de respeto y tolerancia por las tendencias ideológicas diferentes. De manera que ese pluralismo informativo externo, es consecuencia del precepto constitucional que establece que *la comunicación es libre y plural* (art. 58 CRBV) y de los valores superiores enunciados en el artículo 2, esto es, libertad, democracia y pluralismo político.

Es preciso acotar que el pluralismo informativo interno que parece exigir a los medios la Sentencia 1013, difícilmente puede verificarse en la realidad y no por la tendencia ideológica de sus columnistas, que difícilmente coincidirá, sino porque cada empresa informativa tiene su orientación ideológica y esta libertad editorial que señala los principios rectores del medio, responde a la genérica libertad de empresa (art. 112 CRBV). Cosa distinta es el establecimiento de monopolios informativos, contrarios a los principios fundamentales de la Constitución (art. 113 CRBV), en especial del pluralismo informativo.

Además, el problema del número mayoritario de columnistas de una sola tendencia ideológica, se resuelve con tener uno solo de tendencia contraria. Lo que evoca la frase de J. STUART MILL: «*Si toda la humanidad, menos uno, tuviera una determinada opinión y sólo una persona determinada tuviese una opinión contraria, la humanidad toda tendría el mismo derecho a silenciar esa persona, que el derecho de este solo disidente, si tuviera el poder de hacerlo, de silenciar a toda la humanidad*»

Asimismo, el carácter restablecedor del amparo, cuyo objeto no es anular una norma y sustraerla del ordenamiento por estar a extramuros de la Constitución, sino el restablecimiento inmediato de la situación jurídica lesionada³², nos indica que los criterios expresados en la sentencia que resuelve la acción de amparo, sólo deberían ser aceptados como obligatorios por las demás Salas del T.S.J y todos los Tribunales de la República, y constituir un precedente para la propia Sala Constitucional, en aquellos aspectos que contengan «ideas fuerza» o criterios conceptuales y de principio, siendo inaceptable un *stare decisis* rígido, que pretenda agotar y limitar *pro futuro* cualquier decisión que se refiera a la libertad de expresión y a la libertad de información, así como a los derechos de réplica y de rectificación.

Ese contenido básico invariable que debe respetar el juez constitucional, actuando como juez de amparo, sirve de parámetro en su labor interpretativa y cualquier concreción sobre el contenido abstracto del precepto constitucional debe ser acotado dentro de los límites internos, explícitos e immanentes del derecho, en armonía con el sistema de valores constitucionales.

En los casos como el que se examina, el juez constitucional suple con su pronunciamiento el vacío legislativo, estableciendo por medio de la interpretación constitucional, una serie de «ideas fuerza», principios y reglas conceptuales que van a modelar la futura interpretación y aplicación de la norma constitucional.

Sin embargo, esta función no tiene efectos absolutos, porque en definitiva se trata de una interpretación constitucional con fundamento en la norma suprema, *norma normarum* del ordenamiento. No se está legislando; además, la vida de los derechos (su eficacia) no se realiza en la norma, sino en su permanente interpretación y aplicación judicial, lo que hace variar (en cada caso concreto), no su núcleo básico inalterable, pero sí el contorno de los derechos y garantías constitucionales, pudiendo ser objeto de desarrollo legislativo, así como de cambios de criterio jurisprudenciales.

Esta opinión fue ratificada por la SC-TSJ, en la oportunidad de resolver una «...Acción de Interpretación Constitucional, respecto al alcance, interpretación uniforme y aplicación de las normas contenidas en los artículos 57 y 58 de la Carta Magna», donde se precisó que: «La tutela constitucional declarada, basada en la interpretación de los principios y normas constitucionales que fundamentan el fallo, vale, entonces, para el problema resuelto, y la jurisprudencia obligatoria derivada de la motivación se contrae al carácter individualizado de la sentencia, independientemente de la vinculatoriedad que resulte de su eficacia como precedente para casos sustancialmente análogos. Por último, la obligatoriedad del precedente no se limita sólo a la exigencia tópica del problema, exigencia que, como ya se vio, no depende de una subsunción lógica, sino de la

32 Vid. Sentencia de la SC-TSJ n.º 745 de 19 de julio de 2000, Caso: Promotora Agua Blanca 98, C. A.

inducción decisoria que el problema suscita y de la potestad de la Sala Constitucional para ejercer su competencia jurisdiccional. Pues la Sala, como instancia interpretativa máxima, no está vinculada por su propia interpretación, pese a que su práctica interpretativa esté sujeta a la justificación interna y a la externa ya indicadas, sin las cuales la seguridad jurídica y la misma justicia resultaría en desmedro de los valores superiores de la Carta Magna. Se explica, así, como dice Dworkin (op. cit., p. 441), que «la fuerza gravitacional de un precedente se puede explicar apelando, no a la precedencia de imponer leyes, sino a la equidad de tratar de manera semejante los casos semejantes»³³

Lo que pretende señalar la SC-TSJ con el fallo parcialmente transcrito, es que el precedente (la doctrina o criterio jurisprudencial sentado por el órgano jurisdiccional de más alto rango en la estructura judicial, que obliga a los tribunales inferiores a dictar sentencias que se adecuen o estén conformes con las emitidas por aquél en casos similares o análogos) no puede tener fuerza superior a la ley, ya que la jurisdicción constitucional, ni siquiera en su condición de supremo interprete de la Constitución, puede afectar el principio de división del poderes, ni vulnerar el principio de la reserva legal, como una competencia irreductible a favor del legislador, y a pesar de él. De allí que el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales deben ser desarrollados por el poder legislativo nacional.

La necesaria *interpositio legislatoris* para el desarrollo de los derechos y garantías constitucionales no implica, como se establece en el mismo fallo, «...que la falta de regulación legal impida el recabamiento de la tutela de los derechos fundamentales, pues dicha tutela debe reconocer el derecho transgredido de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, a tenor de lo dispuesto en los artículos 19 y 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.»³⁴

Esto último es consecuencia del valor normativo y directamente aplicativo de la Constitución (artículos 7 y 22 CRBV), del derecho de acceso al proceso, a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión (artículos 26, 49 y 257 CRBV), así como del derecho a ser amparado en el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos y garantías constitucionales (artículos 19 y 27 CRBV), incluso más allá del «...contenido constitucionalmente declarado...», de conformidad con el artículo 23 de la Constitución, dado que «...en el caso de que un tratado internacional suscrito o ratificado por Venezuela reconozca y garantice un determinado derecho humano, en forma más amplia y favorable que la Constitución, prevalece en todo caso el instrumento internacional y debe ser aplicado en forma preferente, directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado» (Vid. Capítulo I del Título III de la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.)

33 Sentencia N°. 1309 de 19-07-2001. Caso: Hermann Escarrá, exp. N.º 01-1362

34 (Sent. n.º. 1309, Cit. supra)

Si bien la Constitución le atribuye al Tribunal Supremo de Justicia la posición de máximo y último intérprete constitucional (artículos 266, num.1, y 335), y a su Sala Constitucional la condición de jurisdicción constitucional vinculante, haciendo que su experiencia hermenéutica vincule a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, en ningún caso dicha lectura calificada monopoliza en ese órgano el control de la constitucionalidad. Es por ello que el artículo 334 de la Constitución impone a todos los jueces la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, y concretamente la desaplicación, *en cualquier causa y aun de oficio*, de una ley u otra norma jurídica incompatible con el Texto Fundamental.

La Sala Constitucional ejerce sobre los demás órganos jurisdiccionales (colegiados o unipersonales) que conforman el Poder Judicial, el control de uniformidad y coherencia sobre la interpretación y alcance de los derechos, principios y valores constitucionales. En su condición de órgano rector del «sistema de valores constitucionales», está obligado a preservar la integridad constitucional, a través del ejercicio de los poderes y facultades propios de la jurisdicción constitucional.

A su vez, sobre los actos de la Sala Constitucional existe una ineludible sujeción a la Constitución. En su condición de norma sobre la producción de normas (*norma sulla normazione*), el Texto Fundamental no excluye a ninguna persona u órgano que ejerza el Poder Público de la obligación de justificar sus actos a la luz de la constitucionalidad (art. 7 CRBV³⁵). Si la Sala Constitucional actúa fuera de los poderes conferidos por la Constitución su actuación no puede considerarse legítima, por carecer de justificación en Derecho.

De allí que las *jurisdicciones constitucionales* deben centrar su legitimidad en su propia obra, que será una «buena obra» en la medida que sus decisiones susciten el mayor grado de *consensus*, allende los foros especializados del derecho, más allá de las templadas fronteras de los Tribunales o Cortes Constitucionales; y por supuesto en las enseñanzas que las motivaciones y los razonamientos desarrollados en una sentencia prudente y apreciada puedan darnos.

Para mantener un equilibrio entre los principios de certeza del Derecho y seguridad jurídica, autonomía judicial e igualdad ante la ley –íntimamente ligados a la resolución de cualquier proceso judicial– es necesario que toda sentencia emanada de un órgano jurisdiccional que ostente tal jerarquía e independientemente de su vinculación o no a un precedente, respete las exigencias de congruencia, de proporcionalidad y de razonabilidad.

Además, como señala atinadamente Alejandro NIETO, la sentencia no se legitima *ex autoritate*, por la posición institucional del juez, sino *ex ratione*, por el peso y solidez de sus argumentos³⁶.

35 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

Artículo 7.- La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.

36 NIETO, Alejandro. *El Arbitrio Judicial*. Ariel Derecho, Barcelona, 2000

Frente a la tesis de otorgar a los fallos de la SC-TSJ valor absoluto en la aplicación de Derecho es necesario resaltar que, incluso en EEUU e Inglaterra, pese a la rigidez que parece mostrar el precedente, en la actualidad se ponen de relieve ciertas fisuras del sistema que, bajo distintos argumentos, ponen de manifiesto la relatividad del precedente y que están teniendo como consecuencia la aproximación entre el modelo de jurisdicción concentrada y el de jurisdicción difusa³⁷. En efecto, tenemos el caso del Tribunal Supremo de Estados Unidos, que ha delegado en los tribunales inferiores la responsabilidad de hacer frente y encontrar decisiones adecuadas (al caso concreto), en fin, adaptadas a las decisiones que sobre asuntos complejos y delicados la máxima instancia hubiere proferido.

Es importante insistir que una tesis que atribuya a la SC-TSJ poderes de creación del Derecho de carácter absoluto puede degenerar en el activismo judicial, tan criticado en otras latitudes.

De allí que la labor innovadora de la *jurisdicción constitucional* debe tener unos límites bien definidos que le garantizarán la «legitimación de ejercicio». La jurisdicción constitucional no puede pretender sustituir *in toto* al poder legislativo en su labor creadora del ordenamiento jurídico, no sólo porque éste último goza de legitimación (*rectius*: de un mayor grado de legitimación) de origen, ya que representa más directamente al poder soberano, sino porque –y esto es fundamental– en su actividad formativa del Derecho, el legislador establece unas *garantías procedimentales* que aseguran, cuando menos formalmente, la participación política mayoritaria y el respeto a las minorías, así como la transparencia, el contradictorio y la publicidad necesarias para la formación de la voluntad general y abstracta.

1. La autonomía procesal de la sala constitucional del tribunal supremo de justicia.

La legitimación de cualquier Tribunal o Corte que encarne la jurisdicción constitucional está íntimamente relacionada con sus límites, y dentro de éstos, cobra vital importancia lo que los alemanes han denominado

37 Vid. BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*. Tecnos, Madrid, 1997, p. 69 y s. Igualmente, ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Civitas, Madrid, 1995 p. 69; MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. McGrawHill, Madrid, 2001, p. 182. Esta última, se refiere al caso o doctrina del aborto, como ejemplo de decisiones del Tribunal Supremo de Estados Unidos de Norteamérica, basadas en una posición minimalista que permite cierto margen para lograr un consenso mínimo sobre asuntos de tanta trascendencia. En efecto, la consolidación del precedente no siempre se alcanza, de allí su falta de rigidez, puesto que depende de la integración y consenso de los miembros del Tribunal, de la complejidad política y social de la cuestión a resolver, de las críticas del auditorio jurídico y de la opinión pública, como factores que afectan la dinámica del sistema de precedentes, fracturando el proceso de consolidación de la doctrina constitucional.

«autonomía procesal»³⁸, como aquella posibilidad de creación endógena de los cauces procesales que permitan superar las deficiencias propias de la legislación adjetiva que regula los procesos constitucionales, muchas veces de forma precaria, y ante la insuficiencia de los métodos jurídicos de integración del Derecho tradicionales, para dar respuestas eficaces a los problemas que se presentan en una jurisdicción tan compleja como la constitucional.

No obstante, la «autonomía procesal» que le permite a la jurisdicción constitucional fijar reglas o criterios de actuación sobre normas adjetivas, como el producto de una configuración procesal «cuasilegislativa» (*legislativähnliche Prozessgestaltung*), comúnmente relacionadas con los procesos constitucionales, debe desarrollarse dentro de unos límites, como señala RODRÍGUEZ-PATRÓN³⁹, siguiendo la doctrina alemana, que de no tomarse producirían una supremacía inconstitucional del Tribunal Supremo en relación con los otros órganos constitucionales. Ello le obliga, en el ejercicio de su función jurisdiccional, a una autocontención también en el campo procesal equiparable a la que ha de practicar respecto de las cuestiones constitucionales materiales.

De seguidas indagaremos si la SC-TSJ ha asumido tal «autocontención procesal», o si por el contrario (fundamentado en su cualidad de garante máximo del respeto del Texto Fundamental, así como en los poderes que expresamente le han sido atribuidos para la interpretación vinculante de sus normas, de conformidad con lo establecido en los artículos 335 y 336 de la Constitución y en los poderes que tácitamente se ha subrogado), no ha tenido reparo en el necesario «*check and balance*» que debe garantizarse escrupulosamente en todo *Estado* que pretenda se le denomine de *Derecho*⁴⁰.

38 Vid. RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. *La «Autonomía Procesal» del Tribunal Constitucional*. Civitas-Thomson, 2003, p. 20

39 Op. cit., p. 148.

40 Ciertamente, como señala ELÍAS DÍAZ, no todo Estado es un Estado de Derecho. Por supuesto es cierto que todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Difícilmente cabría pensar hoy un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y, sin embargo, decimos, no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho. Designar como tal a todo Estado por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico constituye una imprecisión conceptual y real que sólo lleva –a veces intencionalmente– al confucionismo DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Taurus, Madrid, 1996. Siguiendo a DÍAZ, diríamos que un Estado de Derecho es aquel en el que en la práctica existe: 1. Imperio de la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad popular. Más allá, el imperio de la justicia como idea correctora frente a los desmanes y desafueros del poder, incluso los contenidos en la propia ley; 2. División de poderes y control recíproco entre ellos. Los órganos del Poder Público controlan y se dejan controlar, bajo el esquema de pesos y contrapesos que garantizan el ejercicio igualitario y pluralista del poder. De un poder sometido al Derecho, que justifique permanentemente el cumplimiento

Así, en sentencia del 22 de septiembre de 2000 (Caso: *Servio Tulio León*), la SC-TSJ determinó su competencia para interpretar el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, en los términos siguiente:

«...A esta Sala corresponde con carácter exclusivo la interpretación máxima y última de la Constitución, y debido a tal exclusividad, lo natural es que sea ella quien conozca de los recursos de interpretación de la Constitución, como bien lo dice la Exposición de Motivos de la vigente Carta Fundamental...».

En la referida sentencia precisaron los supuestos en los cuales podrán fundarse los recursos de interpretación constitucional, a saber:

1. Cuando determinadas normas constitucionales colidan con los principios y valores jerárquicamente superiores, consagrados en el texto constitucional.
2. Si la Constitución se remite como principios que la rigen, a doctrinas en general, sin precisar en qué consisten, o cuál sector de ellas es aplicable; o cuando ella se refiere a derechos humanos que no aparecen en la Carta Fundamental; o a tratados internacionales protectores de derechos humanos, que no se han convertido en leyes nacionales, y cuyo texto, sentido y vigencia, requieren de aclaratoria.
3. Cuando dos o más normas constitucionales colidan entre sí, absoluta o aparentemente, haciéndose necesario que tal situación endoconstitucional sea aclarada.
4. Cuando se cuestione la constitucionalidad o adecuación con el derecho interno de las normas emanadas de órganos supranacionales, a los cuales esté sujeta la República por virtud de tratados y convenios internacionales.
5. También se hace necesaria la interpretación a un nivel general, para establecer los mecanismos procesales que permitan el cumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales previstos en el artículo 31 de la vigente Constitución, mientras se promulgan las leyes relativas al amparo internacional de los derechos humanos.
6. Ante interrogantes con relación al régimen legal transitorio, cuando normas de éste parezcan sobreponerse a la Constitución, o cuando ni uno ni otro sistema sean aplicables en un caso determinado.
7. Cuando se requiera determinar el contenido y alcance de normas constitucionales, pero aún sin desarrollo legislativo, con la finalidad que sus disposiciones no queden en suspenso indefinido.

de los principios de legitimación democrática; 3. Legalidad de la Administración (y más allá, constitucionalidad de todos los Poderes Públicos), de manera que ésta no puede actuar arbitrariamente, fuera del Derecho, y 4. Garantía de los derechos y de las libertades fundamentales. DÍAZ, Elías. «Estado de Derecho y Sociedad Democrática». En: *Cuadernos para el diálogo*. Madrid, 1973, p. 13, 1973. Vid. (igualmente) DÍAZ, Elías. «Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales». *Sistema*. N.º 125, 1995, pp. 5 y ss.

8. También pueden existir normas constitucionales cuyo contenido ambiguo las haga inoperantes y, ante tal situación, a fin que puedan aplicarse, hay que interpretarlas en sentido congruente con la Constitución y sus principios, lo que es tarea de esta Sala.

9. Ante interrogantes relativas a la congruencia del texto constitucional con las facultades del constituyente.

Asimismo, se ha pronunciado sobre la admisibilidad de la solicitud de interpretación constitucional, en sentencia N.º 129 del 6 de febrero de 2001 (caso: *Alba Illaramendi Acevedo*), ratificada posteriormente en sentencia N.º 278 del 19 de febrero de 2002 (caso: *Beatriz Contast Ravelo*)⁴¹.

En fallo del 1 de febrero de 2000 (caso: *José Amando Mejía*), la SC-TSJ, debido a la naturaleza vinculante del mismo, señaló: «...no obstante que tal carácter lo adquiere la anterior doctrina desde la fecha de publicación de esta sentencia por la Sala, publíquese además en la Gaceta Oficial». Ello permite comprender la concepción que tiene la Sala Constitucional sobre el alcance normativo de sus fallos. Resulta una total impropiedad, que no hay que extrañar, precisamente por la ausencia de normas adjetivas estrictas sobre las competencias de la jurisdicción constitucional, que la SC-TSJ haya ordenado la publicación en la Gaceta Oficial de esta importante sentencia que modificó sustancialmente el proceso de amparo constitucional⁴² pre-

41 «Una reunión de los diversos requisitos que ha venido imponiendo la Sala a la admisión de la solicitud de interpretación constitucional, arroja el siguiente resultado: 1.- Legitimación para recurrir. Debe subyacer tras la consulta una duda que afecte de forma actual o futura al accionante. 2.- Novedad del objeto de la acción. Este motivo de inadmisión no opera en razón de la precedencia de una decisión respecto al mismo asunto planteado, sino a la persistencia en el ánimo de la Sala del criterio a que estubo sujeta la decisión previa. 3.- Inexistencia de otros medios judiciales o impugnatorios a través de los cuales deba ventilarse la controversia, no que los procedimientos a que ellos den lugar estén en trámite (Sentencia n.º 2507 de 30-11-01, caso: *Ginebra Martínez de Falchi*). 4.- Que no sean acumuladas acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles (tal circunstancia fue sancionada en la sent. N.º 2627/2001, caso: *Morela Hernández*); 5.- Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible; 6.- Ausencia de conceptos ofensivos o irrespetuosos; 7.- Intelligibilidad del escrito; 8.- Representación del actor (...).»

42 «Por mandato del artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el procedimiento de la acción de amparo Constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidades. Son las características de oralidad y ausencia de formalidades que rigen estos procedimientos las que permiten que la autoridad judicial restablezca inmediatamente, a la mayor brevedad, la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. La aplicación inmediata del artículo 27 de la vigente Constitución, conmina a la Sala a adaptar el procedimiento de amparo establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales a las prescripciones del artículo 27 ejusdem. (...) Ante esas realidades que emanan de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala Constitucional, obrando dentro de la facultad que le otorga el artículo 335

visto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, como una auténtica concesión graciosa de la Sala.

En esta última Sentencia la SC-TSJ asumió el monopolio del conocimiento de las acciones de amparo constitucional y sin importar la materia afín, sustrajo dichas atribuciones a las demás Salas del TSJ.

De allí que pueda pensarse que la multiplicidad de competencias asumidas por la SC-TSJ, no refleja una «autocontención procesal», por el contrario, hay quien piensa que se está «...ante un acto de voracidad judicial sin precedentes, puesto que no sólo se resta competencias a las demás Salas, sino que podría llegarse a una situación en la cual la (SC-TSJ) asumiría el control de todas las competencias para luego decidir todo tipo de asuntos, aún aquellos que no involucren materia constitucional»⁴³.

En otra parte, ha señalado que hasta tanto se dicten las leyes de la jurisdicción constitucional, la tramitación de las apelaciones en materia de amparo constitucionales, se rige tanto por las normativas especiales, como por la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en cuanto le sean aplicables, así como por las interpretaciones vinculantes de esa Sala (Vid, caso: *Emery Mata Millán*, del 20 de enero de 2000, y caso: *Yoslena Chanchamire Bastardo*, del 8 de diciembre de 2000).

En sentencia del 22 de junio de 2005 (Caso: *Ana Mercedes Bermúdez*), declaró que la consulta, a la que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, quedó derogada con la iniciación de la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en tanto que se contrapone a los artículos 26, 27 y 257 constitucionales; ello de conformidad con la Disposición Derogatoria Única, por cuanto en esa misma decisión se ordenó la publicación del fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela⁴⁴ y, en protección a la confianza legítima de los justiciables, la no aplicación del criterio durante los treinta días posteriores a esa publicación para que, dentro de ese lapso, las partes manifestasen, en cada caso concreto, su interés en la resolución de las consultas pendientes en todos los Tribunales de la República. Así mismo, se declaró que en el supuesto de que nadie

ejusdem, de establecer interpretaciones sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, las cuales serán en materia de amparo vinculantes para los tribunales de la República, interpreta los citados artículos 27 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en relación con el procedimiento de amparo previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, distinguiendo si se trata de amparos contra sentencias o de los otros amparos, excepto el cautelar, de la siguiente forma:(...)»

43 ESCOVAR LEÓN, Ramón. *El precedente y la interpretación constitucional*. Editorial Sherwood, Colección Derecho Constitucional, Caracas, 2005. p. 123.

44 Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n.º 38.220 de 1 de julio de 2005.

concurriese dentro del período que se otorgó, el fallo de primera instancia constitucional quedaría definitivamente firme, por lo que se remitiría el expediente al tribunal de la causa para su archivo.

También se ha pronunciado sobre la distinción entre los términos inadmisibilidad e improcedencia de la acción de amparo constitucional, en sentencia n.º 3136/2002, caso: *Elvia Rosa Reyes de Galíndez*, ratificada en decisiones números 992/2005; 1744/2005; 4585/2005; 5067/2005 y 1653/2006, entre otras⁴⁵.

En otras oportunidades la SC-TSJ ha precisado aspectos netamente procesales, sin conexión evidente con normas constitucionales, como es el caso de la «notoriedad judicial», aquella posibilidad que tiene el juez, al dictar sentencia, de apreciar los hechos que le son jurídicamente notorios⁴⁶.

45 «En efecto, se debe distinguir la figura de la inadmisibilidad con respecto a la improcedencia de la acción de amparo constitucional, por las consecuencias también disímiles que derivan de su declaratoria judicial: admisibilidad y procedencia. En cuanto al primer término, la «admisibilidad de la pretensión», se encuentra referido al cumplimiento de los requisitos legales (generalmente de orden público) que permitan su tramitación, pero su declaratoria en modo alguno implica un pronunciamiento sobre el mérito del asunto debatido en el proceso. Por interpretación en contrario, la inadmisibilidad de la pretensión se produce por la insatisfacción de esas exigencias que impiden la continuación del proceso, cuya implicación directa en el orden procesal lo estatuye como de orden público, lo cual impide que se declare la inadmisibilidad de la acción bajo un supuesto ajeno al establecido expresamente en la ley.

Por su parte, la procedencia se refiere a un análisis ya del fondo del asunto, supone una confrontación entre la pretensión aducida y el derecho aplicable que conlleva a la declaratoria con lugar o sin lugar de la acción interpuesta. Sin embargo, la Sala, atendiendo a la economía procesal, por una parte, y al carácter taxativo y de orden público de las causales de inadmisibilidad, por la otra, en las acciones de amparo ha venido declarando la improcedencia, in limine litis, de las acciones que si bien cumplen con los requisitos de admisibilidad estatuidos en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sin embargo, de un análisis previo del fondo del asunto se evidencia la falta de empatía entre la pretensión aducida y el derecho aplicable, ello para evitar que se instaure un proceso que desde el inicio resulta evidente su improcedencia con el respectivo coste procesal que se erigirá, bajo tal supuesto, como inútil».

46 Sentencia del 24 de marzo de 2000 (caso: José Gustavo Di Mase y otra), reiterado en sentencia del 28 de julio de 2000 (caso: Luis Alberto Baca), «La notoriedad judicial consiste en aquellos hechos conocidos por el juez en ejercicio de sus funciones, hechos que no pertenecen a su saber privado, ya que él no los adquiere como particular, sino como juez dentro de la esfera de sus funciones. Es por ello que, los jueces normalmente hacen citas de la doctrina contenida en la jurisprudencia, sin necesidad de traer a los autos copias (aún simples) de las sentencias, bastando para ello citar sus datos. Suele decirse que como esos aportes jurisprudenciales no responden a cuestiones fácticas, ellos no forman parte del mundo de la prueba, lo que es cierto, y por lo tanto, no se hace necesario consignar en el mundo del expediente, copia del fallo invocado».

2. La doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como referente obligado para la formación del precedente constitucional.

La doctrina del Sistema Interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, también constituye en nuestras latitudes un referente obligado para la formación del precedente constitucional, al ser un *corpus iuris* vinculante para Venezuela que, desde que suscribió y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y reconoció como obligatoria la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) (Art.62 CADH), aceptó su efectiva vigencia, en los términos que rige en el derecho internacional, incluyendo su aplicación e interpretación jurisprudencial, ya que conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como una justificación del incumplimiento de un tratado*.

A pesar de ello, una desafortunada sentencia de la SC-TSJ⁴⁷ sustentada en teorías decimonónicas y en la insólita preservación del «*derecho*» *irrenunciable de la Nación a la soberanía* (artículo 1 de la CRBV⁴⁸), ha señalado que al incorporarse a la jerarquía constitucional las normas sustantivas sobre DDHH, contenidas en los instrumentos internacionales, el máximo y último intérprete de ellas, a los efectos del derecho interno es la Sala Constitucional, «...quien determina cuáles de estas normas, prevalecen en el orden interno...» y, a contrapelo de todas las normas internacionales (convencionales y consuetudinarias), dispuso que el máximo y último intérprete de ellas, a los efectos del derecho interno es la Sala Constitucional, y que la ejecución de los fallos de la CorteIDH «...deben atravesar el sistema jurídico interno que, sólo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría darle pasavante y proceder a su cumplimiento», que por el contrario, en caso de menoscabo de la Constitución (como por ejemplo una sentencia internacional que «...amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país»), tal decisión tendría que ser rechazada aunque emane de organismos internacionales», sin que haya «...lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal».

Esta posición, que impuso la SC-TSJ como precedente con pretendidos efectos verticales (sobre todo el sistema de justicia), es incongruente desde la perspectiva que se vea, bien desde (i) el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o (ii) desde los mecanismos de protección articulados por la propia Constitución.

47 TSJ- Sala Constitucional, Sentencia N.º 1942 del 15 de julio de 2003, Caso: Rafael Chavero.

48 Artículo 1. (...) Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional.

Vale decir, que los términos de un tratado internacional de los derechos humanos siguen teniendo sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el Derecho interno⁴⁹, además, estando dirigidos a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo⁵⁰, mal puede un órgano interno de un Estado Parte, subrogarse la función de interpretar y controlar la vigencia de la CADH o lo que decidan sus órganos internacionales, únicos autorizados para ello.

Lo que está en juego no es «el debido respeto a la soberanía estatal...» sino el respeto y garantía de los derechos humanos, en razón del principio *pro homine* y el artículo 29 (a y b) de la CADH, según el cual ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; o limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes.

Cabe preguntarse de qué manera las sentencias de la Corte interamericana, en términos de la SC-TSJ «*vulnerarían principios y normas constitucionales*», si las interpretaciones que hace este órgano autónomo de la OEA, no pueden limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocido en la Constitución venezolana (1999). Sus decisiones consultivas o contenciosas deben procurar el *sentido* más favorable a la protección de los derechos humanos, buscar su «efecto útil» y la complementariedad o *vis expansiva* a favor de los derechos (*pro homine*), bien en las normas de derecho interno o de derecho internacional; *porque al estar los derechos humanos en el vértice mismo tanto del Derecho interno como del Derecho Internacional, debe imponerse siempre una interpretación a favor de la vigencia de los derechos, que les dé supremacía sobre cualquier otro valor jurídico*⁵¹.

La muy desacertada sentencia de la Sala Constitucional, también contradice el Derecho interno, al desconocer los principios de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, recibidos con carácter obligatorio e infalible en la Constitución de 1999, en sus *Disposiciones Generales*, «*De los Derechos Humanos y garantías, y de los deberes*» (Capítulo I, Título III), concretamente en los artículos 23, 31 y 19, según los cuales los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, *suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República*, porque así lo

49 Cfr. CorteIDHl. Opinión Consultiva OC-16/99..., párr. 114.

50 Cfr. CorteIDHl. Exigibilidad del derecho de rectificación y respuesta...Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986,párr. 24.

51 Vid. BIDART CAMPOS, Germán. «El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional». En: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. AA.VV., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997. p. 79.

quiso el Constituyente, que colocó esta norma –sobre la forma de incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al ámbito interno– fuera del alcance de la SC-TSJ y su condición de máximo y último intérprete de la Constitución.

Así lo enuncia la Constitución de 1999 que, como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico, exige a todas las personas y a los órganos que ejercen el Poder Público el cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en ella (Art. 7 y 3 CRBV)⁵², incluyendo los principios de derecho internacional de los derechos humanos, recibidos en la Constitución desde sus normas de apertura (artículos 23, 31 y 19 CRBV)⁵³, según los cuales los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela:

- (i) Tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y en las leyes de la República;
- (ii) Son de aplicación inmediata y directa por los tribunales (incluyendo a la Sala Constitucional) y demás órganos del Poder Público («self executing»), y,
- (iii) *En los términos establecidos en ellos*, otorgan el derecho a *dirigir* peticiones ante los órganos internacionales con el objeto de solicitar protección a los derechos humanos, y a *exigir*, conforme a los proce-

52 CRBV. Artículo 7.- «La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución»; Artículo 3. «El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución».

53 Artículo 23.- «Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público»; Artículo 31. «Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo»; Artículo 19. «El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen».

dimientos establecidos en la Constitución y la ley (y a fortiori, en los términos establecidos en la CADH, y según la interpretación y aplicación de sus órganos competentes), las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales (CIDH y CorteIDH).

Muy por el contrario, y en el sentido correcto, la Corte Suprema de la Nación de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica se hacen eco en sus fallos de las decisiones internacionales, observando la jurisprudencia internacional, especialmente la del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el último caso, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica señaló que «...siendo la Corte Interamericana el órgano natural para interpretar la Convención Americana, la fuerza de su interpretación tiene el mismo valor que la norma interpretada y no sólo un valor ético o científico»⁵⁴.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, sin establecer que la doctrina del sistema interamericano es obligatoria para los tribunales nacionales, ha hecho uso de criterios como el de «plazo razonable», de uso común por los órganos del Sistema Interamericano, de la forma siguiente: «...la jurisprudencia y la doctrina internacional han precisado lo que debe entenderse por plazo razonable para la investigación y el juzgamiento, condicionando sus límites a las circunstancias del caso y a la existencia de un verdadero interés público que justifique la restricción del derecho a la libertad personal sin llegar en ningún caso al extremo de desconocerlo»⁵⁵.

Finalmente, y más contundente, la Corte Suprema de la Nación de Argentina ha señalado que «la interpretación del Pacto debe..., guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José.(...) Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino, que de producir aquel efecto hacen cuestión federal trascendente»⁵⁶, y que «...la Corte Interamericana tiene a su cargo la interpretación de la Convención Americana»⁵⁷.

54 Sentencia N.º 2313-95, folio 43, vto.

55 Sentencia C-574/92 Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón. Vid. DULITZKY, Ariel. «La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado». En: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. AA.VV., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997. p. 72.

56 Caso: «Ekmekdjajian c/Sofovich», 1992.

57 Caso: «Servini de Cubría», 1992.

Queda mucho por decir, pero fundamentalmente recordar –como lo hace el Tribunal Constitucional Peruano– «...que ninguna garantía conferida a un órgano constitucional tiene su última ratio en la protección del poder público en sí mismo, sino en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana...»⁵⁸

Porque un Estado de Derecho (más aún en nuestro proclamado Estado social y democrático de Derecho y de Justicia) la vigencia real y efectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales, está estrechamente vinculada, en primer término, al ejercicio *democrático y apegado al Derecho* del Poder, de forma tal que cualquiera de sus manifestaciones –lo que incluye a la «*jurisdicción normativa*» de la SC-TSJ– dejarían de ser legítimas desde el momento en que se aparten del contenido constitucionalmente reconocido a los derechos y libertades. El respeto y garantía de los derechos y principios constitucionales (art. 3 CRBV), el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen (art. 19 CRBV).

La Constitución recoge una serie de valores universales con sus derechos correlativos, asume esos valores y los derechos en que ellos se fundan como decisión básica, de tal modo que adquieren carácter informador de todo el ordenamiento jurídico. Como señala MARTÍNEZ-PUJALTE⁵⁹, los derechos fundamentales no son concesiones arbitrarias o graciosas del constituyente, sino que se fundamentan en un sistema de valores previo a la Constitución, subyacente incluso a las declaraciones y convenios internacionales sobre derechos humanos.

Los derechos fundamentales que conforman la parte dogmática de la Constitución son los componentes estructurales, las normas básicas de la vida humana objetivada por el Derecho, y al ser la expresión jurídica de un sistema de valores constitucionales, orientan e informan (le dan forma, modelan y dirigen) al ordenamiento jurídico en su conjunto, de lo que no escapa el precedente, menos aún el precedente vinculante y extensivo a la «doctrina jurisprudencial» de la SC-TSJ.

«El carácter objetivo de los derechos fundamentales comporta su configuración como normas esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, como figuras que resumen un valor asumido en el sistema de una comunidad, insertándose con fuerza vinculante en el conjunto normativo»⁶⁰,

58 Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º 0030-2005-PI, f. 48.

59 MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 45-46.

60 PICÓ I JUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. J. M. Bosch, tercera reimpresión 2002, Barcelona. 1997, p. 22.

conformado principalmente por derechos fundamentales, derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas⁶¹.

Tales expectativas objetivadas en derechos constitucionales, bien de prestación o de no interferencia del Estado en la esfera individual, predeterminan no sólo la actividad legislativa, sino que condiciona el poder normativo de los jueces, de forma tal que existiendo una prohibición de legislar y juzgar a contrapelo de la Constitución, ni la ley ni la sentencia podrían menoscabar o disminuir irracionalmente el contenido constitucionalmente protegido de un derecho, salvo que medie (y allí dejaría de ser irracional) la necesidad de proteger otros derechos o bienes constitucionales.

Si el poder de legislar, de desarrollar los derechos constitucionales tiene límites precisos, no sólo en el contenido interno del derecho (lo que la doctrina alemana y española conocen como «contenido esencial»⁶²), sino en su posición en el ordenamiento frente a otros derechos, valores superiores y

61 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La Ley del más Débil*. Trotta, tercera edición, Madrid, 2002, p. 37.

62 Para la doctrina, la cláusula del respeto al contenido esencial se entiende como un límite a la actividad del legislador limitadora de los derechos fundamentales: el legislador puede restringir los derechos fundamentales, siempre y cuando respete su contenido esencial. Al respecto Vid: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 286 y ss; DE OTTO, Ignacio. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Civitas, Madrid, 1988; MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional*, sexta edição, Livrerie Almedina, Coimbra, 1993. VIEIRA DE ANDRADE, J.C., *Os Direitos Fundamentais, Na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987. Por su parte, el artículo 19 de la Constitución Alemana prevé que «Cuando según esta Ley Fundamental un derecho pueda limitarse por ley o en virtud de una ley, la ley será general y no valdrá para un caso singular. Además la ley tiene que designar el derecho fundamental. En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial». La Constitución Española dispone en su artículo 53.1: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá reglarse el ejercicio de tales derechos y libertades...» Así mismo, la Constituição da República Portuguesa en el artículo 18.3 contempla el principio de salvaguarda del núcleo esencial, según el cual las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deben revestir carácter general y abstracto y no pueden tener efectos retroactivos ni reducir la extensión ni el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales.

garantías institucionales (límites externos); *a fortiori*, las competencias de la jurisdicción constitucional en cuanto poder constituido desde y para la Constitución, estructurado e instituido *ex profeso* por la Constitución.

IV. A modo de conclusión.

Si el Siglo XIX fue el de los Parlamentos, el XX, el de la justicia constitucional, como señalara Cappeletti, citado por Dominique Rousseau⁶³, el XXI -agregaríamos nosotros sin pretensiones clarividentes- está llamado a ser el de la *prudencia de los equilibrios recíprocos*, en una palabra, el del *Constitucionalismo pro homine*, en el que predomine la Constitución con su técnica de prudencia y equilibrios, centrada y al servicio de los derechos humanos, que desde una perspectiva clarificadora irradie a todas las instituciones jurídicas disciplinadas y objetivadas por el hombre, en el que el legislador y la *jurisdicción constitucional* articulen una red de vínculos permanentes.

El *Constitucionalismo pro homine* no es un nuevo paradigma, ni mucho menos, se trata de una mera reinterpretación⁶⁴ del ordenamiento jurídico, que afortunadamente cuenta con sus propios correctivos, como la cláusula interpretativa a favor de los derechos (*pro homine*, o del «mayor valor de los derechos»), que privilegia las posiciones iusfundamentales, sobreponen los derechos fundamentales, constitucionales o humanos a cualquier otro bien constitucionalmente tutelado.

De los ex-artículos 7, 19, 22, 23 y 334 de la Constitución de 1999, se desprende, con valor normativo y directamente aplicativo, los señalados principios.

El primero, conocido como «Principio *pro homine*», nos señala que debe acudir a la norma más amplia, a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria⁶⁵.

El segundo, reputado como «Principio del mayor valor de los derechos», contempla la posibilidad de la aplicación preferente de los derechos humanos, no sólo frente a los derechos constitucionales, siempre que aquellos contengan un *plus* de tutela, un mayor goce y ejercicio al del contenido constitucionalmente declarado, sino que dicha aplicación preferente se extiende y despliega frente a las demás normas de la Constitución, como aquellas que postulan conceptos jurídicos indeterminados

63 Cfr. ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 3.

64 Como señala NIETO, en el Derecho es imposible decir algo rigurosamente nuevo y de lo que se trata, más bien, es de establecer conexiones modestamente inéditas de viejos fenómenos que gracias a ellas pueden explicarse mejor. *El Arbitrio Judicial*. Ob. cit., p. 17

65 PINTO, Mónica. *Temas de Derechos Humanos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 81.

(como el «orden público», la «seguridad de la Nación», la «razón de Estado» o el «interés superior del Estado») entre otros, o las normas que desarrollan lo que se conoce como la parte orgánica de la Constitución, que en muchos casos pretenden erigirse como límites al ejercicio de determinados derechos.

La cláusula interpretativa a favor de los derechos conduce a la interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución y a los derechos humanos, al denominado «juicio pleno e integral de conformidad» que nos permitirá hallar sólo en la tutela o protección de otros derechos o bienes constitucionales, las razones que justifican las limitaciones a un determinado derecho constitucional, o por el contrario, evidenciar los excesos en las restricciones legislativas y judiciales, o la presencia de otras medidas o alternativas menos gravosas, que afecten en menor medida el derecho objeto de limitación.

Ciertamente, la idea Dworkiniana de comparar la creación judicial con la elaboración de una novela por encargo, en el que el proyecto de cada autor continúa la novela en el punto en que la dejó el anterior, y todos los que participan en ella se comprometen a conseguir la mejor novela posible y a evitar que el lector descubra que fue escrita por muchas manos, se hace desde la visión de la creación judicial del derecho, no como la obra de un juez aislado, ni de un tribunal, sino el producto de un proceso colectivo en sentido profundo.

No obstante, hasta una novela (como cualquier sentencia) exige, para no ver adulterado su producto final, que se cumplan una serie de reglas, de exigencias mínimas, bien de lenguaje (gramática constitucional), de sintaxis (coherencia, motivación y ciertas pautas de razonamiento), de estilo (reglas o formas predeterminadas, como la de explicitar el precedente), y fundamentalmente, es necesario respetar la historia original, el guión (la Constitución y todo el entramado jurídico, con énfasis en el *corpus iuris* del derecho de los derechos humanos, incorporado como un *plus*, con su fuerza o *vis expansiva* a los ordenamientos constitucionales).

No estamos de acuerdo con que la existencia de *jurisdicciones constitucionales* nos coloque en permanente *status constituyente*. Como señala Brewer-Carías «...los tribunales constitucionales nadie los controla, se pueden convertir en un poder constituyente derivado no regulado en el texto constitucional, y sus inconstitucionales interpretaciones de la Constitución pueden pasar ilegítimamente a formar parte de la propia Constitución».⁶⁶

Sin dudas, esta percepción no tiene en cuenta que esa ha sido la dinámica del constitucionalismo desde sus albores: *controlar el poder, racionalizar el ejercicio del Poder Público*, y las técnicas de limitación impensables en un primer momento –frente al poder omnímodo del Monarca, del Rey, o

66 Vid. BREWER-CARÍAS, Allan. «*Quis Custodiet ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación» En: *VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Arequipa. Fondo Editorial Colegio de Abogados de Arequipa, 2005, pp. 463-489

ante las desmedidas facultades del legislador y las potestades exorbitantes del Poder Ejecutivo o de la administración pública- se construyeron e hilvanaron -incluso a las sombras del mismo *poder-* e incorporaron progresivamente, hasta formar un auténtico «*corpus iuris*», del que hoy no pueden prescindir los ordenamientos constitucionales.

En tal sentido, queda como tarea pendiente, la regulación jurídica de las normas adjetivas y sustantivas aplicables al precedente, con acento en la conformación de un sistema estricto (que no, rígido) de precedentes, que bien puede concretarse por medio de (i) una reforma puntual de la Constitución, (ii) de la sanción de un código o ley que regule exhaustivamente la materia procesal constitucional y le imponga límites y cargas a la *jurisdicción constitucional venezolana*, (iii) o que ésta en un auténtico y descarnado gesto democrático y de buena praxis, inicie un proceso -inscrito en su «*jurisdicción normativa*»- de estricta configuración de un «sistema de precedentes»⁶⁷ que responda, cuando menos, a los principios de (i) universalidad; (ii) unidad; (iii) precisión; (iv) coherencia; (v) razonabilidad e (vi) información o publicidad.

Porque es concluyente que estos principios y criterios implícitos en el entramado constitucional, deben tomarse en serio, bien porque la jerarquía normativa de su posición en el ordenamiento (supremacía constitucional) así lo impone -para garantizar la racionalidad del sistema, evitar el caos normativo y las antinomias o contradicciones entre normas.- y porque, a su vez, en el caso venezolano, la jurisdicción constitucional (que recién dejó de ser «legislador negativo»), ejercida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, es una jurisdicción institucionalizada de un poder constituido que -por previsión constitucional- hace parte del Estado, y éste justifica su existencia en la *garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución*, como se desprende del artículo 3 de la CRBV.

Sólo así podrá hablarse en propiedad de lo que denominó Mauro Cappelletti⁶⁸ como: «la jurisdicción constitucional de la libertad»

67 Como medida estructural, la imposición o auto-imposición de un sistema de precedentes, objetivo y estricto, evitaría en buena medida el avasallamiento de la Sala Constitucional -no sólo como «Super Sala», sobre las restantes Salas del TSJ- sino frente a los demás Poderes Públicos.

68 Vid. CAPPELLETTI, Mauro. *La jurisdicción constitucional de la libertad*. UNAM, México, 1987.

*Se terminó de imprimir, en los talleres
de **GRANDEZ** Gráficos S.A.C.
el día 24 de febrero de 2007,
por encargo de Palestra Editores.
www.grandezgraficos.com
Telef.:(511) 531-4658*

