



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO.**



ESCUELA DE POST GRADO.

**DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA
POLÍTICA.**

INFORME FINAL.

**“VULNERACIÓN DEL DERECHO AL
PROCEDIMIENTO PREESTABLECIDO POR LA LEY Y
LA SEGURIDAD JURÍDICA POR APLICACIÓN
RETROACTIVA DEL PRECEDENTE
CONSTITUCIONAL VINCULANTE.”**

**TESIS.
PRESENTADA PARA OPTAR EL
GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN
DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA.**

PRESENTADA POR:

***Mg. CRUZADO PORTAL
MARTIN TONINO.***

Lambayeque - Mayo 2019.

**“VULNERACIÓN DEL DERECHO AL PROCEDIMIENTO
PREESTABLECIDO POR LA LEY Y LA SEGURIDAD
JURÍDICA POR APLICACIÓN RETROACTIVA DEL
PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE.”**

Mg. Cruzado Portal Martin Tonino.
Autor.

Dr. Hernández Rengifo Freddy.
Asesor.

TESIS. PRESENTADA A LA ESCUELA DE POSTGRADO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO. PARA OPTAR EL
GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA
POLÍTICA.

APROBADO POR:

Dr. José María Balcázar Zelada.
Presidente Del Jurado.

Dr. Carlos Alfonso Silva Muñoz.
Secretario Del Jurado.

Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero.
Vocal Del Jurado.

Lambayeque, 2019.





Agradecimiento:

*Agradezco a Dios por guiarme
siempre, a mis padres a mis hermanos por
estar siempre a mi lado, lo cual ha hecho
posible este trabajo.*

ÍNDICE.

Tabla de Contenidos

Dedicatoria:.....	3
Dedicatoria:.....	3
Agradecimiento:.....	4
Agradecimiento:.....	4
ÍNDICE.....	5
RESUMEN	13
ABSTRACT.....	14
INTRODUCCIÓN.....	15
CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	18
ASPECTOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	19
1.1.- Ubicación.	19
1.2.- Cómo surge problema.	19
1.3.- Cómo se manifiesta y qué características tiene.	19
A.- En nuestro ordenamiento jurídico, se ha producido un trasplante jurídico, que ha acarreado problemas por la importación de la técnica del Precedente Constitucional Vinculante, y se le ha dotado del mayor grado de vinculatoriedad con relación a las demás manifestaciones de los precedentes vinculantes en sede nacional.	22
B.- Cuando se trata de la aplicación de la ley en el tiempo, se advierte que el TC, modula la aplicación retroactiva de la Ley - Código Procesal Constitucional, a fin de no vulnerar el Derecho al Procedimiento Preestablecido por la Ley y el Valor Seguridad Jurídica.....	24
C.- No existe una regla legal o jurisprudencial que prohíba la Aplicación Retroactiva de la jurisprudencia que impone cargas y gravámenes, el TC, NO modula la aplicación retroactiva del PV, que impone cargas y gravámenes, ha sentido contrario como sí lo hace con la ley. .	33
1.4.- Descripción detallada, la metodología empleada.....	33
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	35
1.- Antecedentes.....	36
1.1.- A nivel nacional.....	36
1.1.1.- Legislación,.....	36
1.1.2.- Doctrina.....	37
1.1.3.- Jurisprudencia.....	38
1.2.- A nivel supranacional.....	38
1.2.1.- Legislación.....	38
1.2.2.- Doctrina.....	39
1.2.3.- Jurisprudencia.....	40

1.3.- Conferencias.....	41
2.- Siglas empleadas en la investigación.....	42
3.- Base Teórica.....	43
PRECEDENTE VINCULANTE.....	54
SUB-CAPÍTULO I.....	54
Sub capítulo I. Precedente Vinculante.....	55
1.- Preliminares.....	55
2.- Los precedentes vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano.....	55
2.1.- Antecedentes.....	56
3.- Definición General del Precedente Vinculante.....	61
4.- Las manifestaciones del Precedente Vinculante en el Ordenamiento Jurídico Peruano.	63
4.1.- Precedente Administrativo Vinculante.....	66
4.1.1.- Antecedentes del Precedente Administrativo Vinculante.	66
4.1.2.- Concepto de Precedente Administrativo Vinculante.....	67
4.1.3.- Efecto vinculante del Precedente Administrativo Vinculante.	69
4.1.4.- El apartamiento del Precedente Administrativo Vinculante.	73
4.2.- Precedente Judicial Vinculante.....	74
4.2.1.- Antecedentes del Precedente Judicial Vinculante.	74
4.2.2.- Concepto de Precedente Judicial Vinculante.....	75
4.2.3.- Efecto vinculante del Precedente Judicial Vinculante.	84
4.2.4.- El apartamiento del Precedente Judicial Vinculante.	91
4.3.- Precedente Constitucional Vinculante.....	92
4.3.1.- Antecedentes del Precedente Constitucional Vinculante.....	92
4.3.2.- Concepto de Precedente Constitucional Vinculante.....	95
4.3.3.- Precedente Constitucional Vinculante y Legislación.	99
4.3.4.- Efecto vinculante del Precedente Constitucional Vinculante.....	100
4.3.5.- El apartamiento del Precedente Constitucional Vinculante. ¿Cuál es la sanción de no sujetarse a los Precedentes Constitucionales Vinculantes?.....	101
4.3.6.- Precedente Constitucional Vinculante e independencia de los jueces del Poder Judicial.	102
4.3.7.- Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante.	105
4.3.8.- Diferencias entre PV y doctrina jurisprudencial vinculante.	107
4.3.9.- Diferencia entre precedente vinculante Inglés y el precedente vinculante Norteamericano.....	113
4.3.10.- Diferencias entre el Precedente Constitucional Vinculante y el precedente vinculante del <i>Common Law</i>	114

4.4.- Precedente Supranacional Vinculante.	114
4.4.1- Concepto de Precedente Supranacional Vinculante.	120
4.4.2- Aplicación del Precedente Supranacional Vinculante.	121
4.4.3.- Funciones del precedente supranacional vinculante.	121
4.4.3.2.- Función normativa, prescriptiva o de control.	123
4.4.3.3.- Función sistemática (instrumento de garantía colectiva).	123
4.4.3.4.- Función jurisprudencial de desarrollo y armonización.	123
4.4.4.- Negando la posibilidad de los Precedentes Vinculantes de la Corte IDH.	125
Sub capítulo II.	129
Problemas del Precedente Constitucional Vinculante.	129
1.- Preliminares.	129
2.- En nuestro ordenamiento jurídico, se ha efectuado un trasplante jurídico, que ha acarreado problemas debido a la importación de la técnica del Precedente Constitucional Vinculante, y se le ha dotado del mayor grado de vinculatoriedad con relación a las demás manifestaciones de los precedentes vinculantes en sede nacional.	130
2.1.- Problemas del PV, con relación a las fuentes del Derecho.	133
2.2.- Problemas del PV, con relación a la jerarquía normativa.	138
2.2.1.- ¿Qué ubicación o rango ostenta el PV dentro de la pirámide normativa?	138
2.3.- Problemas del PV, con relación a la interpretación.	150
2.3.1.- ¿Si el TC a través del PV interpreta disposiciones, entonces, estas tienen el mismo rango de la disposición que ha interpretado?	150
2.4.- Con relación a los requisitos para la expedición del PV.	154
2.4.1.- ¿Qué sucede con los PV que formalmente se denominan como tal, sin embargo no cumplen con los requisitos y presupuestos para ser considerados PV, en consecuencia siguen siendo obligatorios?	154
2.5.- Problemas del PV, con relación a la vigencia del PV.	156
2.5.1.- ¿Puede ser <i>derogado</i> un PV por una ley con un contenido opuesto al PV, puede desplazarlo del sistema de fuentes?	156
2.5.2.- ¿Qué ocurre si la disposición que fue interpretada por el PV, es posteriormente derogada, ello implica que el PV, quede sin efecto?	167
2.5.3.- ¿Cómo se deja sin efecto un PV, opera de manera similar como se hace para una ley?	168
2.5.4.- ¿Se puede producir una derogación tácita del PV, que sucede si el TC, comienza a tener una línea jurisprudencial incompatible con el PV, o por el contrario se requiere una declaración formal y expresa de la revocatoria del PV?	169
2.5.5.- ¿Un PV sólo puede ser revocado por otro PV, o también puede ser revocado por una sentencia?	169

2.5.6.- ¿Al PV se le puede exigir las mismas características de la ley, por ejemplo la publicidad?.....	171
2.5.7.- ¿Qué ocurre si existen dos PV, que son incompatibles entre sí, se aplican el criterio cronológico, de especialidad y de jerarquía?	178
2.5.8.- ¿Si una disposición infraconstitucional puede ser inaplicada vía control difuso, puede realizarse control difuso contra un PV, por ser inconstitucional?	186
2.5.9.- ¿Puede inaplicarse un PV, vía control difuso de Convencionalidad?	193
2.5.10.- ¿En nuestro ordenamiento existen excepciones al PV, distintas al <i>overruling</i> y <i>distinguishing</i> ?.....	201
2.6.- Problemas del PV, con relación a la aplicación del PV en el tiempo:.....	222
2.6.1.- ¿El PV, sigue las mismas reglas de la aplicación de la Ley en el tiempo (Aplicación retroactiva, aplicación inmediata, aplicación ultraactiva y aplicación diferida)?	222
2.6.2.- ¿De manera similar a la Ley (artículo 103° de la Constitución) puede el PV, desde su entrada en vigencia, aplicarse a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, cuando favorece NUNCA cuando perjudica?.....	223
2.6.3.- ¿A sentido contrario se aplica de manera retroactiva el PV, no importa si favorece o perjudica porque dicha regla ha sido establecida para la Ley, no para la Jurisprudencia que contiene la interpretación de la Ley, es decir puede el TC actuar al margen de la legislación?.....	223
SUB-CAPÍTULO. III.....	225
¿PREVARICA EL JUEZ O FISCAL QUE RESUELVA EN CONTRAVENCIÓN, APARTÁNDOSE O INOBSERVANDO, LAS REGLAS ESTABLECIDAS COMO PRECEDENTE VINCULANTE POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO?	226
1.- Preliminares.....	226
2.- Principio de Legalidad y el delito de Prevaricato.	228
2.1.- Principio de Legalidad.....	229
2.2.- Delito de Prevaricato.....	231
3.- Apartamiento, inobservancia o contravención de un Precedente Vinculante.....	233
3.1.- Si la respuesta es positiva	233
3.2.- Si la respuesta es Negativa.....	234
3.3.- La Tercera alternativa.....	238
4.- Un Escenario Complicado.....	245
4.1.- Control Difuso Vs. Prevaricato.....	246
4.1.1- Primer Momento.....	246
4.1.2- Segundo Momento	248
4.1.3- Excepciones a la Aplicación del control difuso.....	249
4.1.4.- Autonomía Procesal vs. Prevaricato.	250

5.- Colofón.....	253
.....	256
LA CLASIFICACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE.....	256
SUB-CAPÍTULO	256
IV.....	256
Sub. Capítulo IV.....	257
La clasificación del Precedente Constitucional Vinculante.....	257
1.- Preliminares.....	257
2.- La estructura del PV.....	257
3.- Clasificación o Tipología de precedentes constitucionales vinculantes.....	258
3.1.- “Clasificación del PV, por la Fuente	261
3.3.1.- “Los PV de origen.....	261
3.3.2.- “Los PV derivados.....	262
3.2.- “Clasificación del PV, por los efectos generales	264
3.3.- Clasificación del PV De acuerdo a la relación institucional.....	265
3.3.1.- Precedente Constitucional Vinculante Vertical.....	266
3.3.2.- Precedente Constitucional Vinculante Horizontal.....	267
3.3.3.- Precedente Constitucional Vinculante <i>autoprecedente</i>	269
3.3.4.- El precedente interinstitucional.....	271
3.4.- Clasificación del PV por su fuerza vinculante:.....	272
3.4.1.- “Precedentes meramente persuasivos	272
3.4.2.- “Precedentes <i>prejuzgantes</i>	273
3.4.3.- Precedentes <i>incondicionalmente vinculantes</i>	273
3.5.- Precedentes Vinculantes por su mención.....	275
3.5.1.- Precedentes Vinculantes Explícitos.....	275
3.5.2.- Precedentes Vinculantes Implícitos.....	275
3.6.- Precedentes vinculantes que alteran el procedimiento preestablecido por la ley.	276
3.6.1.- Precedentes constitucionales vinculantes que alteran el procedimiento preestablecido por la ley imponiendo cargas.	278
3.6.2.- Precedentes constitucionales vinculantes que alteran el procedimiento preestablecido por la ley estableciendo ventajas procesales.....	283
Precedentes Constitucionales Vinculantes que establecen ventajas:	285
4.- Efectos del precedente.....	288
4.1.- “Vinculación erga omnes	288
4.2.- “Inamovilidad ex nunc y ex tunc.....	288
4.3.- “Cosa juzgada.....	290

4.4.- “Vinculación <i>inter pares</i>	291
4.5.- “Vinculación <i>inter partes</i>	291
4.6.- “Vinculación <i>inter comunes</i>	292
CUADRO DE LA CLASIFICACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE PERUANO.	292
LOS <i>OVERRULING</i> DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL PROCEDIMIENTO PREESTABLECIDO POR LEY Y LA SEGURIDAD JURÍDICA.....	306
SUB-CAPÍTULO V.....	306
Los <i>overruling</i> del Tribunal Constitucional Peruano y la vulneración de los derechos al procedimiento preestablecido por ley y la seguridad jurídica	307
1.- Preliminares.....	307
2.- Precedente Vinculante.....	309
2.1.-Concepto.....	309
2.2.- Supuestos para la emisión de un precedente vinculante.....	314
2.3.- Elementos del precedente vinculante.....	318
3.- ¿Precedentes Constitucionales Implícitos?.....	320
4.- Excepciones a la aplicación del PV.....	323
4.1.- Aplicar la técnica del <i>overruling</i>	324
4.2.- La otra excepción radica en aplicar la técnica del <i>Distinguish</i>	324
4.3.- Una tercera excepción viene establecida jurisprudencialmente por el propio TC en su PV STC. Exp. N° 4853-2004-PA/TC. Caso Dirección regional de pesquería de La Libertad, en el fundamento dieciséis.....	325
4.4.- Una cuarta excepción el Principio de Previsión de las consecuencias.....	325
4.5.- Una quinta excepción el Control de Convencionalidad.....	325
5.- La técnica del <i>Overruling</i> , como supuesto de excepción al PV.....	326
5.1.-Los <i>Overruling</i> del Tribunal Constitucional Peruano	326
5.2.1.- Primer <i>Overruling</i>	327
5.2.2.- Segundo <i>Overruling</i>	329
5.2.3.- Tercer <i>Overruling</i>	331
6.- Nuestro aporte acerca de la clasificación de los efectos normativos del PV a través del tiempo.....	334
6.1.- PV y líneas jurisprudenciales que modifican o cambian un PV o línea jurisprudencial anterior:.....	335
6.2.- PV y líneas jurisprudenciales que afianzan, amplían y/o reiteran un PV o línea jurisprudencial anterior:.....	336
7.- Regla aplicable a la clasificación propuesta.....	336

8.- Colofón.....	337
LA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL PROCEDIMIENTO PREESTABLECIDO POR LA LEY Y LA SEGURIDAD JURÍDICA POR APLICACIÓN RETROACTIVA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE.....	338
SUB-CAPÍTULO VI.....	338
La vulneración del derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica por aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante.....	339
1.- Preliminares.....	339
2.- El derecho al procedimiento preestablecido por la ley.....	340
3.- El valor seguridad jurídica.....	344
3.1.- Concepto de Seguridad Jurídica.....	348
3.2.- Seguridad jurídica como valor y no como derechos o principios.....	350
3.3.- Factores que causan Inseguridad Jurídica.....	351
3.4.- Estado constitucional de derecho y seguridad jurídica.....	355
3.5.- Ejecución de sentencias y seguridad jurídica.....	356
3.6.- Seguridad Jurídica y derecho.....	359
3.7.- Dimensiones de la Seguridad Jurídica.....	360
4.- La aplicación inmediata de las disposiciones procesales.....	360
4.1.- Tratamiento jurisprudencial del TC, sobre la aplicación inmediata de las disposiciones procesales.....	367
5.- La aplicación retroactiva de la jurisprudencia.....	378
5.1.- Valor normativo de la jurisprudencia.....	384
5.2.- Jurisprudencia y Precedentes Constitucionales Vinculantes como Fuente de Derecho.	385
6.- La aplicación retroactiva perniciosa del Precedente Constitucional Vinculante.....	388
6.1- Posiciones a favor de la aplicación retroactiva perniciosa del Precedente Constitucional Vinculante.....	391
6.2.- Posiciones en contra de la aplicación retroactiva perniciosa del Precedente Constitucional Vinculante.....	392
6.2.1.- La Legislación.....	393
6.2.2.- La doctrina.....	395
6.2.3.- La jurisprudencia en el derecho comparado.....	398
6.3- La prohibición de la aplicación retroactiva perniciosa del PV.....	401
7.- La importancia de la existencia de reglas claras sobre la aplicación del PV, en el tiempo..	405
8.- No existe una regla legal o jurisprudencial que prohíba la Aplicación Retroactiva de la jurisprudencia que impone cargas y gravámenes, el TC, NO modula la aplicación retroactiva del PV, que impone cargas y gravámenes, ha sentido contrario como sí lo hace con la ley.....	406

8.1.- STC Exp. N° 1417-2005-PA/TC. Caso Manuel Anicama Hernández	412
8.2.- STC Exp. N° 168-2005-PC/TC. Caso Maximiliano Villanueva Valverde.....	415
8.3.- STC Exp. N° 2802-2005-PA/TC. Caso Julia Benavides García	417
8.4.- STC. Exp. N° 0206-2005-PA/TC. Caso César Baylón Flores	419
8.5.- STC. Exp. N° 3908-2007-PA/TC. Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS Nacional).....	423
8.6.- STC Exp. N° 00142-2011-PA/TC.....	425
CAPÍTULO III: RESULTADOS Y DISCUSIÓN.	432
CAPÍTULO III: RESULTADOS Y DISCUSIÓN.	433
3.1.- ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS.....	433
3.1.1.- TIPO DE INVESTIGACIÓN	433
3.1.2.- UNIVERSO, POBLACIÓN Y MUESTRA.....	434
3.1.3.- MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	434
3.1.4.- Instrumentos de Recolección de Datos.....	435
ENTREVISTA.....	435
ENCUESTA.....	440
RESULTADOS DE LA ENCUESTA REALIZADA.	443
3.1.5.- HIPÓTESIS.	463
3.1.6.- VARIABLES.....	463
3.1.7.- ANÁLISIS GENERAL Y CRÍTICO DE LA INVESTIGACIÓN	465
3.1.8.- RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA OBJETO DE ESTUDIO.....	467
CONCLUSIONES.....	469
RECOMENDACIONES.	470
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	471
BIBLIOGRAFÍA DIGITAL.....	491
CONFERENCIAS.....	499
JURISPRUDENCIA EMPLEADA.....	499
Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	499
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	499
Jurisprudencia del Poder Judicial.....	502
ANEXOS.....	505

RESUMEN.

El tema materia de investigación lo hemos denominado *Vulneración del derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica por aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante*, básicamente nuestro trabajo, radica en resaltar que en nuestro ordenamiento jurídico NO existe la prohibición legislativa de no aplicar retroactivamente una disposición sin embargo sí cabe en materia penal cuando esta favorezca al reo, pero nunca cuando lo perjudique, sin embargo NO existe en nuestro ordenamiento jurídico, prohibición a nivel legislativo o Jurisprudencial, una regla que le proscriba al Tribunal Constitucional Peruano, expedir Precedentes Constitucionales Vinculantes, que cambiando el procedimiento anterior de manera desfavorable para los justiciables, aplique las nuevas reglas incluso a los procesos en trámite, a pesar que la nueva interpretación del Tribunal Constitucional, contiene cargas o gravámenes que al momento de plantear la demanda no existían. La situación descrita configura una laguna jurídica, la cual acarrea que se vulnere el derecho al procedimiento preestablecido por la ley, por aplicación de las nuevas reglas que no se encontraban vigentes al incoar los procesos constitucionales, ello implica que se vulnere el valor seguridad jurídica, al no haber predictibilidad en los Precedentes Constitucionales Vinculantes.

Por todo ello, para resolver la realidad problemática, se ha planteado el siguiente problema: ¿En qué medida se vulnera el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica si el Tribunal Constitucional Peruano aplica retroactivamente precedentes constitucionales vinculantes que imponen cargas?. Como una posible solución al problema se ha planteado la siguiente hipótesis: Si Tribunal Constitucional Peruano aplica retroactivamente precedentes constitucionales vinculantes que imponen cargas entonces vulnera el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica.

Para validar nuestra hipótesis se ha realizado una entrevista a un docente universitario y se aplicó encuestas en las instalaciones de las Fiscalías Penales de Lambayeque.

Palabras principales: Tribunal Constitucional Peruano, Precedente Constitucional Vinculante, Aplicación retroactiva, Derecho al procedimiento preestablecido por la ley, Valor seguridad jurídica.

ABSTRACT.

The subject matter of research has been called *infringement of the right to procedure established by law and legal certainty by retroactive application of the binding constitutional precedent*, basically our job is to emphasize that in our legal system there is NOT a legislative prohibition against retroactively applying a provision, but in criminal matters it is in favour of the defendant, but never when it harms it, however there is NOT in our legal system, prohibition at the legislative or jurisprudential level, a rule that forbids the Peruvian Constitutional Court, issue binding Constitutional precedents, that by changing the previous procedure to the disadvantage of the justiciables, it would apply the new rules even to the pending proceedings, despite the new interpretation of the Constitutional Court, contains charges or charges which did not exist at the time of the complaint.

The situation described constitutes a legal gap, which results in a violation of the right to the procedure prescribed by law, by application of the new rules that were not in force when constitutional proceedings were initiated, This means that legal certainty is violated, as there is no predictability in binding Constitutional precedents.

For all these reasons, in order to solve the problematic reality, the following problem has arisen: To what extent is the right to due process and legal certainty violated if the Peruvian Constitutional Court retroactively applies binding constitutional precedents imposing burdens?

The following hypothesis has been raised as a possible solution to the problem: If the Peruvian Constitutional Court retroactively applies binding constitutional precedents that impose burdens then it violates the right to the procedure prescribed by law and legal certainty.

To validate our hypothesis, an interview was conducted with a university teacher and surveys were applied in the facilities of the Criminal Prosecutors' Offices of Lambayeque.

Key words: Peruvian Constitutional Court, binding Constitutional precedent, retroactive application, Right to the procedure established by law, Value of legal certainty.

INTRODUCCIÓN.

Nuestro trabajo materia de investigación lo hemos denominado: *Vulneración del derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica por aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante*. El panorama de la tesis que presentamos radica en resaltar el grave problema que tiene que enfrentar nuestro ordenamiento jurídico, por la presencia de una laguna jurídica, lo cual implica que no existe una disposición que de manera obligatoria debería existir para resolver un problema, y en que radica el problema, radica en que no existen reglas claras y precisas ni a nivel legislativo ni jurisprudencial, que le prohíban al Tribunal Constitucional Peruano, que al momento de variar de Precedente Constitucional Vinculante, pretenda aplicar de manera inmediata las nuevas reglas a los procesos constitucionales que se encontraban en trámite, y que estos se estaban sustanciando de conformidad con las reglas preestablecidas con el Precedente Constitucional Vinculante anterior.

Para poder resaltar tal cometido debemos reparar que en nuestro ordenamiento jurídico subsisten hasta cuatro clases de Precedentes Vinculantes, tenemos el precedente administrativo vinculante, el precedente judicial vinculante, el precedente constitucional vinculante y el precedente supranacional vinculante, ya hemos podido reparar a lo largo del trabajo que la variedad más reciente, al menos a nivel interno, en nuestro ordenamiento jurídico, es el Precedente Constitucional Vinculante, sin embargo es la variedad de precedente que más problemas no ha ocasionado, en el presente trabajo lo que se viene a proponer y resolver es uno de los muchos problemas que ha ocasionado el Precedente Constitucional Vinculante, específicamente la problemática de la aplicación del Precedente Constitucional Vinculante, a través del tiempo, ello implica que este se podría aplicar de manera ultraactiva, inmediata, retroactiva y prospectiva.

Para poder realizar nuestros estudios, debemos mencionar que el efecto de la aplicación del precedente en el tiempo que hemos escogido, es la aplicación retroactiva del Precedente Constitucional Vinculante, esta aplicación se puede manifestar de dos clases, de una manera perniciosa, es decir el nuevo precedente impone cargas y gravámenes, creando nuevos supuestos que limitan o reducen las pretensiones de los justiciables y por otro lado tenemos un supuesto beneficioso, es decir a pesar que se cambian las reglas, el nuevo contenido interpretativo es más progresivo, más tuitivo, más protector para las pretensiones de los justiciables.

Lo antes descrito estriba en advertir que hay un escenario común, para la aplicación retroactiva del Precedente, lo cual implica que tenemos un precedente primigenio que ha establecido un determinado derrotero en un cierto sentido al que por cuestiones didácticas vamos a denominar el sentido A, y posteriormente se expide un nuevo precedente el cual viene a revocar el primigenio precedente estableciendo un nuevo sentido interpretativo B, y luego de analizar los contenidos interpretativos que subyacen en el sentido A y B, si reparamos que el sentido B, es pernicioso no se aplicará a los procesos en trámite, sin embargo la regla que acabamos de enunciar no existe en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora no se piense, por ningún momento, que este problema que nos está causando el Precedente Constitucional Vinculante, es sólo un problema que se ha suscitado en nuestro orden interno, quizás porque hayamos importado la institución del precedente y al haberlo peruanizado, por ello lo hemos desnaturalizado, bueno, ese argumento no es de recibo, porque el mismo problema, por citar algunos ejemplos en otros ordenamientos jurídicos, sobre si se puede impedir, de manera similar con la ley, la aplicación retroactiva de un nuevo precedente que de manera inmediata impone nuevas reglas que cuando se incoaron los procesos constitucionales las nuevas reglas no eran exigibles porque simplemente no existían, el problema que acabamos de graficar también se presenta en países como en los Estados Unidos de Norteamérica, los Estados Unidos Mexicanos, España, etc.

Los derechos fundamentales que se ven resquebrajados son el procedimiento preestablecido por la ley y el valor seguridad jurídica, justamente por aplicación retroactiva perniciosa del precedente constitucional vinculante, en consecuencia debe precisarse que lo que estamos postulando no es que se le prohíba al Tribunal Constitucional Peruano, que cambie de precedentes o de doctrina jurisprudencial, tal pretensión debe ser desamparada en todos sus extremos, lo que en puridad estamos postulando es que cuando el nuevo precedente contenga reglas que perjudican a los justiciables, las nuevas reglas no se pueden aplicarán a los procesos en trámite, si no a los nuevos procesos que se incoen después de la publicación del precedente, y ello porque es así o porque debería serlo, bueno porque si reparamos que una de las funciones que debe cumplir el precedente los cuales se encuentran en consonancia con el valor seguridad jurídica, es justamente la predictibilidad, sin embargo tal como está diseñado el sistema cabe preguntarse ¿qué grado de certeza y de predictibilidad vamos a tener? si no sabemos con exactitud cuando el Tribunal Constitucional Peruano, va a cambiar de reglas y estas van a ser aplicables incluso a los procesos en trámite, no importando si las nuevas reglas perjudican o benefician porque el Tribunal Constitucional goza de discrecionalidad y en consonancia con el principio de autonomía procesal puede aplicar sus precedentes en todas las direcciones que se le ocurra (retroactivamente y de manera diferida). Sin embargo cabe preguntarse porque a los magistrados del Tribunal Constitucional, no se les impone las mismas prohibiciones que existen para los operadores jurídicos, como por ejemplo está prohibido *aplicar disposiciones con efecto inmediato y solo se podrá hacer con efectos retroactivos, pero sólo para beneficiar nunca para perjudicar*.

Por todo ello el problema que nos hemos planteado es *¿En qué medida se vulnera el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica si el Tribunal Constitucional Peruano aplica retroactivamente precedentes constitucionales vinculantes que imponen cargas?* Nuestros objetivos generales son *Definir si los nuevos precedentes constitucionales vinculantes que imponen cargas deben o no deben aplicarse a los procesos constitucionales en curso. Estudiar las vías por las que el Tribunal Constitucional*

*Peruano, modifica los precedentes constitucionales vinculantes y los problemas jurisprudenciales que estos cambios producen.*¹

Nuestros objetivos específicos son: *Demostrar, luego de exponer los criterios dogmáticos y jurisprudenciales correspondientes, que la falta de reglas claras en torno a la aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante, que impone cargas, vulnera el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y el valor seguridad jurídica y Realizar una propuesta para colmar la laguna jurídica que contiene el Código Procesal Constitucional Peruano, al no establecer que los nuevos precedentes constitucionales vinculantes en ningún caso tendrán efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna. Y la respuesta tentativa a la pregunta planteada es Si Tribunal Constitucional Peruano aplica retroactivamente precedentes constitucionales vinculantes que imponen cargas entonces vulnera el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica.*

Finalmente hemos dividido en cinco sub capítulos nuestro marco teórico a fin de brindar argumentos para tener por probada la hipótesis formulada y dar por cumplidos los objetivos planteados, en consecuencia en el primer sub capítulo abordamos la teoría del Precedente Vinculante, en el segundo sub capítulo abordamos los Problemas del Precedente Constitucional Vinculante, en el tercer sub capítulo abordamos el tema del Precedente Constitucional Vinculante y respondemos la pregunta ¿Prevarica el juez o fiscal que resuelva en contravención, apartándose o inobservando, las reglas establecidas como precedente vinculante por parte del tribunal constitucional peruano?, en el cuarto sub capítulo hacemos un tratamiento de la clasificación del Precedente Constitucional Vinculante, en el quinto sub capítulo abordamos lo atiente a los overruling del Tribunal Constitucional Peruano y la vulneración de los derechos al procedimiento preestablecido por ley y la seguridad jurídica, en el sexto sub capítulo abordamos la vulneración del derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica por aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante.

Chiclayo, Lunes 29 de abril de 2019.
Día de Santa Catalina de Siena, virgen y doctora de la Iglesia.

¹ Un propósito similar: “El objeto de este trabajo es estudiar las vías por las que el Tribunal Constitucional modifica su propia doctrina y los problemas jurisprudenciales que estos cambios producen.” Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Los overruling de la jurisprudencia constitucional*. En: Foro. Nueva época. Núm. 3/2006: 27-92. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/viewFile/FORO0606120027A/13645> (Fecha de consulta 29/04/19).

CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.

ASPECTOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.1.- Ubicación.

Como el tema materia de investigación, es netamente dogmático, por lo tanto el área y la ubicación, en la cual se desarrolla la presente investigación está circunscrita exclusivamente a la labor que realizan los magistrados del Tribunal Constitucional Peruano, durante la expedición de precedentes constitucionales vinculantes, por lo que el área y ubicación no obedece a un lugar físico - geográfico específico, propio de investigaciones que requieren trabajo de campo, sino más bien está centrada en la labor Jurisdiccional de los magistrados del Tribunal Constitucional Peruano, materializada a través de la expedición de jurisprudencia, específicamente a través del análisis de los cincuenta y dos precedentes constitucionales vinculantes emitidos hasta la fecha.

1.2.- Cómo surge problema.

Para el presente caso, el problema surge por una causa, esa causa implica que el derecho a través de sus normas o interpretaciones no se puede petrificar, es lógico que si las leyes o la coyuntura socio-política cambia, es lógica consecuencia que la interpretación de los dispositivos que sirvieron de base al primigenio precedente (*holding* o *ratio decidendi*) también cambien y como consecuencia de ello se dé un cambio de Precedente, mediante aplicación retroactiva del mismo, lo que origina que si el nuevo Precedente que viene a revocar al primigenio presente, contiene cargas, establece reglas que no fueron previstas con anterioridad, corresponde en mérito al valor seguridad Jurídica y al derecho al Procedimiento Preestablecido por la ley, que dichas nuevas reglas “creadas” vía Precedente no puedan aplicarse, de manera inmediata a los procesos en trámite, *salvo que estas nuevas reglas fueran más favorables al justiciable*, sin embargo dicha regla con prohibición expresa de retroactiva perniciosa, no existe ni vía legal ni jurisprudencial al menos en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto se originado un problema sobre dicha laguna jurídica, por falta o previsión de reglas claras para afrontar el problema, he ahí el origen del problema.

1.3.- Cómo se manifiesta y qué características tiene.

La presente investigación de acuerdo al fin que se persigue es de tipo aplicada y de acuerdo a la técnica de contrastación es descriptiva - explicativa, en nuestra investigación se estudiará la realidad problemática y sus principales características, específicamente sobre los problemas generados en torno a *La vulneración del derecho al procedimiento preestablecido por la ley y el valor seguridad jurídica: Por aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante peruano, que impone cargas.*

Para abordar las características que presenta la realidad problemática, es menester traer a colación lo expuesto en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPCConst., en adelante), el cual regula el Precedente Constitucional Vinculante (PV, en adelante) que como lógica

consecuencia del sistema de justicia constitucional sólo puede ser expedido única y exclusivamente por el Tribunal Constitucional Peruano (TC, en adelante), y cuando el mismo decida apartarse de un anterior PV, deberá expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del PV. Sin embargo a la fecha no existe vía jurisprudencial o legal una regla o disposición similar a la expuesta en otra clase de precedente vinculante, específicamente en su variante de Precedente Administrativo Vinculante, previsto en el Artículo VI del Título Preliminar de la Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General), que prohíba la aplicación perniciosa de manera retroactiva del PV, lo que configura una gravísima omisión, que como efecto reflejo vulnera derechos fundamentales. Pues debe tomarse en cuenta que el PV, también es fuente de derecho².

Debemos reparar que en las dos fuentes principales del derecho (ley y jurisprudencia), en el derecho vivo y actuante **NO EXISTE**, una regla jurisprudencial vinculante³ o una disposición (Constitucional, Legal, Reglamentaria, etc.) que le prohíba al TC, aplicar de manera retroactiva e inmediata un cambio de PV, el cual trae consigo la institucionalización y concreción de nuevas reglas las cuales imponen cargas y gravámenes para los justiciables, las cuales se aplican a todos los procesos en curso, es decir la aplicación inmediata de reglas *ex novo*, se aplicarán aunque estas no se encontraban vigentes, NO importa la época en que fueron expedidas, (característica propia de la aplicación retroactiva, que por cierto está proscrita por el art. 103° de la Constitución) cuando se planteó la demanda, para un cabal entendimiento de la problemática, citamos a continuación los siguientes dispositivos, los que a su turno estipulan:

A nivel nacional:

Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237.

Artículo VII.- 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.

² 33.- (...) En ese sentido, es claro que para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominada jurisprudencia.

34.- 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. (STC Exp. N° 047-2004-AI/TC. FJ 33-34. Caso José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín (demandante) contra el Congreso de la República.)

³ Luego de la paciente lectura de los cincuenta precedentes, que ha expedido el TC, lo que hemos podido detectar son propuestas aisladas, votos en discordia, en torno a la aplicación retroactiva del PV, como lo fue el voto del magistrado Ernesto Blume Fortini, recaído en el polémico PV STC. Exp. N° 05057-2013-AA/TC, FJ 12. Caso Huatuco Huatuco.

Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444.

Artículo VI.- Precedentes administrativos.

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.
2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. **LA NUEVA INTERPRETACIÓN NO PODRÁ APLICARSE A SITUACIONES ANTERIORES, SALVO QUE FUERE MÁS FAVORABLE A LOS ADMINISTRADOS.**
3. En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes. (Resaltados nuestros).

A nivel supranacional:

Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103° y 107° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁴

Artículo 217. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente.

La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito.

LA JURISPRUDENCIA EN NINGÚN CASO TENDRÁ EFECTO RETROACTIVO EN PERJUICIO DE PERSONA ALGUNA.

(Resaltados nuestros).

Dicho esto, para abordar la temática de la investigación planteada,

⁴ La nueva ley, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación mexicana el 2 de abril de 2013. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5294184&fecha=02/04/2013 (Fecha de consulta 23/04/19).

debemos mencionar que la realidad problemática presenta las siguientes características:

A.- En nuestro ordenamiento jurídico, se ha producido un trasplante jurídico, que ha acarreado problemas por la importación de la técnica del Precedente Constitucional Vinculante, y se le ha dotado del mayor grado de vinculatoriedad con relación a las demás manifestaciones de los precedentes vinculantes en sede nacional.

Debe repararse que con la entrada en vigencia la Ley N° 28237, CPConst., el primero de diciembre del 2004, se instituyó en nuestro ordenamiento jurídico (perteneciente a la Familia Jurídica del *Civil Law*) la técnica del PV, proveniente de la Familia Jurídica del *Common Law* (Inglaterra y Estados Unidos), y a pesar que es una figura de reciente data, en comparación con la demás variedad de precedentes sea el Precedente Administrativo y Judicial Vinculantes, podemos advertir de manera categórica que el PV, es un tipo de precedente que ostenta el mayor grado de mayor vinculatoriedad con relación a los demás precedentes, pues su grado de vinculación se extiende a todo el ordenamiento jurídico (sea en el ámbito público o privado) incluso según el propio TC, su PV tendría efectos similares a la Ley⁵, a contraposición de los precedentes administrativos, que vinculan solamente a las entidades administrativas del Estado y a los administrados, lo mismo se puede predicar de los Precedentes Judiciales Vinculantes, que desde la Corte Suprema de la República del Perú, vinculan a todos los jueces, sin importar su especialidad, y a todos los justiciables.

Sin embargo, debemos advertir que podemos cuestionar la constitucionalidad del Precedente Administrativo, vía proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial (PJ, en adelante) y de la misma manera podemos cuestionar un Precedente Judicial, vía los Procesos Constitucionales de la Libertad, por ejemplo Proceso de Hábeas Corpus o Proceso de Amparo, según corresponda, contra Resolución Judicial. Empero el mismo razonamiento no se puede realizar contra un PV, pues no tenemos una opción similar conforme a lo estipulado en el Artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, en adelante)⁶. Contra un PV, no tenemos la opción legal de desvincularnos, pero la judicatura sí cuenta con herramientas jurídicas que le permite desvincularse del PV, lo cual detallaremos en su oportuno momento.

⁵ “El precedente constitucional tiene por su condición de tal *efectos similares a una ley*. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.” (STC. Exp. N° 0024-2003-AI/TC, Caso de la Municipalidad Distrital de Lurín)

⁶ **Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.**

Artículo 22°.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. **En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.** (...) (Resaltados Nuestros)

Finalmente debemos agregar que a pesar de su reciente data, en comparación con sus pares, el PV, **es el que más problemas nos ha ocasionado**, por ejemplo planteamos algunas preguntas que serán resueltas en el marco teórico, que no dejan de ser altamente problemáticas:

“Con relación a las fuentes del Derecho: ¿Dentro de qué categoría se ubica el PV en las fuentes del Derecho?

Con relación a la jerarquía normativa: ¿Qué ubicación o rango ostenta el PV dentro de la pirámide normativa?

Con relación a la interpretación: ¿Si el TC a través del PV interpreta disposiciones, entonces, estas tienen el mismo rango de la disposición que ha interpretado?

Con relación a los requisitos para la expedición del PV: ¿Qué sucede con los PV que formalmente se denominan como tal, sin embargo no cumplen con los requisitos y presupuestos para ser considerados PV, en consecuencia siguen siendo obligatorios?

Con relación a la vigencia del PV ¿Puede ser ‘*derogado*’ un PV por una ley con un contenido opuesto al PV, puede desplazarlo del sistema de fuentes? ¿Qué ocurre si la disposición que fue interpretada por el PV, es posteriormente derogada, ello implica que el PV, quede sin efecto? ¿Cómo se deja sin efecto un PV, opera de manera similar como se hace para una ley? ¿Se puede producir una derogación tácita del PV, que sucede si el TC, comienza a tener una línea jurisprudencial incompatible con el PV, o por el contrario se requiere una declaración formal y expresa de la revocatoria del PV? ¿Un PV sólo puede ser revocado por otro PV, o también puede ser revocado por una sentencia? ¿Al PV se le puede exigir las mismas características de la ley, por ejemplo la publicidad? ¿Qué ocurre si existen dos PV, que son incompatibles entre sí, se aplican el criterio cronológico, de especialidad y de jerarquía? ¿Si una disposición infraconstitucional puede ser inaplicable vía control difuso, puede realizarse control difuso contra un PV, por ser inconstitucional?”⁷ ¿Puede inaplicarse un PV, vía control difuso de Convencionalidad? ¿En nuestro ordenamiento existen excepciones al PV, distintas al *overruling* y *distinguishing*?

Con relación a la aplicación del PV en el tiempo: ¿El PV, sigue las mismas reglas de la aplicación de la Ley en el tiempo (Aplicación retroactiva, aplicación inmediata, aplicación ultraactiva y aplicación diferida)? ¿De manera similar a la Ley (artículo 103° de la Constitución) puede el PV, desde su entrada en vigencia, aplicarse a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, cuando favorece NUNCA cuando perjudica? ¿A sentido contrario se aplica de manera

⁷ **Los problemas que hemos entrecomillado *mutatis mutandis*, han sido propuestos pero no resueltos por Úrsula Indacochea, en el minuto veintidós del video denominado:** “La recepción del precedente vinculante en el Civil Law” disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=SOsn7WtyRc> (Fecha de consulta 26/01/18).

retroactiva el PV, no importa si favorece o perjudica porque dicha regla ha sido establecida para la Ley, no para la Jurisprudencia que contiene la interpretación de la Ley, es decir puede el TC actuar al margen de la legislación? Nuestra investigación está centrada en la aplicación retroactiva del PV, que perjudica los derechos de los justiciables que han sido 'fieles' al PV.

B.- Cuando se trata de la aplicación de la ley en el tiempo, se advierte que el TC, modula la aplicación retroactiva de la Ley - Código Procesal Constitucional, a fin de no vulnerar el Derecho al Procedimiento Preestablecido por la Ley y el Valor Seguridad Jurídica.

Para abordar este ítem, definamos primero, que es Derecho al Procedimiento Preestablecido por la Ley y el Valor Seguridad Jurídica, sin embargo antes de entrar a la definición, debemos anotar que un Derecho es una prerrogativa ínsita al ser humano por su condición de tal, y el valor es una aspiración del sistema, es un *deber ser*, en simples palabras el ordenamiento jurídico peruano aspira a brindar seguridad jurídica, sin embargo no cabe la lectura que en nuestro ordenamiento la seguridad jurídica está garantizada, es un objetivo.

Dicho esto definimos el Derecho al Procedimiento Preestablecido por la Ley, la doctrina expone: “**Proceso preestablecido por la ley**: Este derecho, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, garantiza que una persona sea juzgada bajo reglas procedimentales previamente establecidas. Pero ello no significa que tengan que respetarse todas y cada una de estas reglas pues, de ser así, bastaría un mínimo vicio en el proceso para que se produzca la violación de este derecho.

De las reglas previamente determinadas derivan las exigencias de que una persona no pueda ser juzgada por reglas procesales dictadas en atención a determinados sujetos, ni el proceso pueda ser alterado cuando una norma que se aplicó es modificada con posterioridad. La aplicación inmediata de la ley, que supone la abrogación de la ley anterior, **LLEVA LA CONVICCIÓN DE QUE LA NUEVA LEY ES MEJOR QUE LA DEROGADA.** La fecha en la que se inicia el procedimiento constituye el momento que marca la legislación aplicable en el caso. (Resaltados nuestros).

Sin embargo, la retroactividad benigna de la ley penal, consagrada en el segundo párrafo del artículo 6 del Código Penal, es una excepción a esta regla, por la cual el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda conforme a la nueva ley, siempre que esta última resulte más favorable al condenado.⁸”

“Aunque todos estamos de acuerdo en que una persona pasible de enjuiciamiento, o en general, de cualquier tipo de procesamiento, no se le puede sino someter al régimen jurídico previsto por anticipado o con anterioridad, esto

⁸ LANDA ARROYO, César. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Colección Cuadernos de Análisis de la Jurisprudencia. Volumen 1. Academia de la Magistratura. Primera edición. Lima - Perú. Diciembre 2012. Pág. 27.

es, al vigente en el momento de producirse los hechos que motivan tal encauzamiento, sin que por lo mismo, no se puedan alterar la reglas en el camino o *a posteriori*; no se ha reflexionado detenidamente o por lo menos hasta la fecha, a qué tipo de alcances procesales nos estamos refiriendo cuando hablamos de procedimiento preestablecido. Dicho en otros términos, si nadie duda respecto de la existencia de un procedimiento preestablecido, como regla imperativa, en cambio no se responde o no se tiene una versión definida, respecto de los alcances amplios o restrictivos que pueda tener la noción en referencia, sobre todo si se parte del supuesto de su integración al interior del concepto, todavía mucho más amplio, del debido proceso.”⁹ “Hay entonces una evidente relación de género a especie. Mientras el debido proceso es el continente, el respeto al procedimiento preestablecido, es una de sus parcelas o espacios territoriales. Como tal, supone un contenido esencial mínimo, que, de modo preliminar puede graficarse en la simple necesidad de observar durante la secuela de todo proceso, sea o no judicial, sea o no contencioso, el conjunto de reglas básicas o esenciales establecidas imperativamente y de modo anticipado para que el mismo pueda cumplir su cometido. Tal observación, obviamente, atañe tanto a los juzgadores como a las partes involucradas en la relación procesal.”¹⁰ (Resaltados nuestros).

Con relación al valor **Seguridad Jurídica**, la doctrina expone: “Una sociedad organizada requiere de un grado mínimo de predictibilidad entre sus unidades sociales respecto de lo que cada una puede esperar de las otras, es decir, para que el orden de una sociedad civil pueda subsistir es indispensable que existan patrones de comportamiento debidamente previsibles. La predictibilidad, en esta medida, es el eje de la seguridad.”¹¹ “La seguridad es el aspecto filosófico de la legalidad. Es la que da coherencia y capacidad moral de coerción a la norma jurídica. Por ello, resulta necesario entender que no es la norma jurídica la que proporciona o resta seguridad jurídica a la sociedad sino el ordenamiento como tal. La norma jurídica no puede apreciarse en forma aislada, sino en su participación organizada en un conjunto. La organización de las normas jurídicas en una totalidad y su funcionamiento efectivo configuran el orden jurídico.”¹²

Dicho esto, abordamos las disposiciones legales pertinentes, al respecto el CPConst., tiene rango legal, es una ley, por lo tanto sigue las reglas establecidas para la aplicación de las leyes en el tiempo, de conformidad con lo estipulado en el Artículo 103° de la Constitución:

“(…) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y

⁹ SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *El procedimiento preestablecido en la ley como variable del derecho constitucional al debido proceso*. En: García Belaunde, Domingo. (Director). Revista Peruana de Derecho Público. Año 1. Número 2. Enero - junio de 2001. Págs. 73-74.

¹⁰ *Ibídem*. Pág. 75.

¹¹ JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *La seguridad jurídica como un valor orientador del derecho*. En: JUS Doctrina & Práctica. Grijley. Mayo 5. 2007. Pág. 144.

¹² *Ibídem*. Pág. 145.

no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)",

Sin embargo se debe tomar en cuenta la Segunda Disposición Final del CPConst., que estipula:

Segunda.- Vigencia de normas.

Las normas procesales previstas por el presente Código son de **APLICACIÓN INMEDIATA, INCLUSO A LOS PROCESOS EN TRÁMITE**. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado. (Resaltado nuestro)

En lo atiente a la aplicación de la ley en el tiempo, la doctrina ha elaborado cuatro opciones, para afrontar los problemas que se suscitan, en torno a la aplicación de la ley a través del tiempo, optando por las siguientes soluciones: 1) Aplicación retroactiva, 2) Aplicación inmediata, 3) Aplicación ultraactiva y 4) Aplicación Diferida:

1) Aplicación retroactiva, implica que una disposición y con ello de la misma manera un **PRECEDENTE VINCULANTE**, se apliquen incluso antes de su entrada en vigencia (lo cual implica que se publiquen previamente¹³), es decir una disposición o un precedente vinculante, se aplicarían a los procesos en trámite de manera inmediata, aunque dichas reglas no se encontraban vigentes, al momento de plantear la pretensión.

Por ejemplo A interpone un amparo bajo la regla X del Primer PV, sin embargo en el transcurso del tiempo el TC, realiza un *overruling* (revoca un PV anterior), y establece en un nuevo PV, que la nueva regla ya no será X ahora será Y, la cual se aplicará incluso para los procesos en trámite.

"*Aplicación retroactiva* de una norma es aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que entra en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata.

Un caso típico de retroactividad lo trae el artículo 103 de la Constitución en materia penal al decir que "La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo."¹⁴

2) Aplicación inmediata, "***Aplicación inmediata* de una norma es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras**

¹³ **Artículo 109.- Vigencia y obligatoriedad de la Ley.** Constitución Política del Perú.

La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte. (Subrayado nuestro).

¹⁴ RUBIO CORREA, Marcial. *El título preliminar del Código Civil*. Fondo Editorial Pontifica Universidad Católica del Perú. Décima Edición. Octubre de 2008. Pág. 51.

tiene vigencia, es decir, entre el momento en que entra en vigencia y aquel en que es derogada o modificada.”¹⁵

3) Aplicación Ultraactiva, “[...] [E]l tercer supuesto se da cuando una norma que carece de vigencia es aplicada ultraactivamente. Es decir, cuando es aplicada a hechos, situaciones y relaciones jurídicas posteriores a la cesación de su vigencia. En consecuencia, si una norma que carece de vigencia es aplicada ultraactivamente, ha menester el examen de su constitucionalidad.” (STC. Exp. N° 00045-2004-PVTC, FJ. 10 a 13, Caso PROFA).

4) Aplicación Diferida, “ (...) la *aplicación diferida* y que es aquel caso en el que la norma es publicada pero no entra a regir inmediatamente sino en un momento posterior en el tiempo, expresamente indicado en sus disposiciones o en otras de rango superior. Es el caso de los tributos de periodicidad anual que, no importando cuando se promulguen y publiquen, entran a regir a partir del primero de enero del año siguiente. Así lo establece la Constitución:

Artículo 74.- (...) Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación (...).”¹⁶

A nuestro turno proponemos un ejemplo, según la anterior Ley de Hábeas Corpus y Amparo (Ley N° 23506, en adelante) el proceso de amparo era opcional, es decir era Alternativo, el justiciable elegía si instaba un Proceso Constitucional de Amparo o planteaba otro proceso judicial, por ejemplo, en consecuencia supongamos que el justiciable escogió plantear un proceso de Amparo y litigó desde el año 2000, en primera instancia, ante un juez especializado en lo Civil, que declaró infundada la demanda, por lo que interpuso Recurso de Apelación ante la sala civil, y habiendo entrado en vigencia el CPConst., el 01 de diciembre del 2004, la sala declaró improcedente su recurso y de conformidad con la Segunda Disposición Final del CPConst.¹⁷, dispuso remitir los actuados a la jurisdicción ordinaria (Proceso Contencioso Administrativo), pues según la nueva ley, (CPConst.), el proceso de Amparo es subsidiario o residual no es alternativo. El justiciable argumenta que la decisión de la sala es injusta, pues las reglas del amparo residual o subsidiario, no existían en el año 2000, momento en que planteó su demanda, por lo tanto vía Recurso de Agravio Constitucional (RAC, en adelante) cuestiona dicha decisión judicial, ante el TC.

En el ejemplo planteado la decisión de la judicatura es injusta, colisiona y vulnera abiertamente el Derecho al Procedimiento Preestablecido por la ley, establecido en el Artículo 139°, Inciso 3 de la Constitución, que implica que no se cambien, no se modifiquen las reglas con las que se inició el proceso, no se

¹⁵ Ibídem. Pág. 47

¹⁶ Ibídem. Págs. 51-52.

¹⁷ **SEGUNDA.- Vigencia de normas.**

Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado. (Resaltado nuestro).

alteren las reglas de juego del proceso, salvo que las nuevas reglas sean de mayor beneficio que las reglas anteriores.

Artículo 139° Principios de la Administración de Justicia.

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

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 sea su denominación. (Resaltados nuestros).

En la misma línea el TC expuso: “3.3.1 En relación con el derecho al procedimiento preestablecido por ley, este Tribunal ha señalado en forma reiterada que “(...) no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulan el procedimiento, sea éste administrativo o jurisdiccional, **sino que las normas con las que se inició un determinado procedimiento “no sean alteradas o modificadas con posterioridad” por otra.** De esta manera, iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba no debe ser la inmediatamente aplicable al caso, pues el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución garantiza que “nadie puede ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos” (Cfr. STC N° 02928-2002-AA/TC, STC N° 01593-2003-HC/TC).” (STC. Exp. N° 01418-2012-PA/TC, FJ. 3.3.1, Caso Luis Enrique Álvares Cáceres). (Resaltados nuestros).

Ahora veamos, en la realidad, la manera que el TC ha enfrentado, la aplicación retroactiva del CPConst., a través de su basta jurisprudencia, debemos reparar que el TC, se decanta por la norma menos gravosa para el recurrente, es decir no aplica *manu militari, de manera retroactiva*, el CPConst., el TC, en aras de sus funciones de pacificación de ordenación, modula la aplicación del Código, bajo un parámetro y único denominador común: **no afectar los derechos del justiciable (pleno respeto al valor seguridad jurídica y procedimiento preestablecido por la ley)**, veamos algunos casos:

STC. Exp. N° 3194-2004-HC/TC. Caso Nicanor Carreño Castillo, el recurrente en su calidad de personal militar de la Marina del Perú, incoó a través de un tercero, antes de la entrada en vigencia del CPConst., 01 de diciembre del 2004 -vale la pena repetirlo-, un Proceso Constitucional de Hábeas Corpus, con fecha **13 de abril del 2004**, y la dirigió contra el titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina, capitán de Fragata Felipe Genaro Untiveros Espinoza, alegando que se encontraba detenido arbitrariamente en el Centro de Reclusión de la Policía Naval en la Base Naval del Callao. Como se podrá advertir el TC, se preguntó cuál era la ley procesal aplicable al presente caso, en dicha línea resolvió acertadamente de la siguiente manera:

Los límites a la aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional.

Antes de seguir avanzando en el desarrollo de la presente sentencia, es necesario determinar cuál es la norma procesal aplicable al presente caso.

Según la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, que rige desde el 1 de diciembre del año 2004, “las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado”.

De lo que se observa en el presente caso, es de preferencia la utilización de la Ley 23506 por ser el Código Procesal Constitucional **más gravoso para la persona, al incluir nuevos supuestos que afectarían los derechos fundamentales cuya protección se pretende**, sobre todo en referencia al tipo de resolución judicial que puede ser recurrida, según lo establece el artículo 4 del Código Procesal Constitucional: “El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva”.

Como en el presente caso no existe resolución judicial firme, **es de preferencia, como ya se señaló, la Ley 23506**. (Resaltados nuestros).

STC. Exp. Nº 0091-2005-PA/TC. Caso Yeny Zoraida Huaroto Palomino y otra. Con fecha 5 de diciembre de 2003, las recurrentes Yeny Zoraida Huaroto Palomino y Sandra Margarita Mesías de la Cruz incoaron un Proceso de amparo contra el decano de la Facultad de Medicina Humana Daniel Alcides Carrión de la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica y el Director Académico de la misma, alegando que los demandados han actuado de manera arbitraria, al someterlas a un examen de aplazado del curso de Anatomía Humana, correspondiente al tercer ciclo del II año académico, el 11 de setiembre de 2003, cuando en realidad, y por derecho, correspondía que se les tomara un examen sustitutorio, y no recibir un trato desigual y de marginación. Como se podrá advertir el proceso de amparo se interpuso bajo la vigencia de Ley Nº 23506, por lo que el TC se preguntó cuál era la ley procesal aplicable al presente caso, en dicha línea resolvió acertadamente de la siguiente manera:

La aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional.

Antes de entrar al fondo del asunto, es necesario determinar cuál es la norma procesal aplicable al presente caso.

La Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, vigente desde el 1 de diciembre de 2004, señala que las normas procesales previstas en el presente Código son de aplicación

inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo continuarán rigiéndose por la anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

En tal sentido, a efectos del pronunciamiento sobre este caso concreto, el Tribunal Constitucional aplicará el Código Procesal Constitucional, en virtud del principio de aplicación inmediata de las leyes y **por no existir vulneración de los derechos procesales del demandante.** (Resaltados nuestros).

STC. Exp. N° 7126-2005-PA/TC. Caso Luigi Calzolaio, con fecha **22 de setiembre de 2004**, el recurrente interpuso demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) a fin de que: a) se declaren inaplicables las Resoluciones N° 022-2004-PCNM; 033-2004-PCNM; 210-2004-CNM y 290-2004-CNM; b) se ordene reponer las cosas al estado anterior a la agresión, se disponga nueva notificación de la Resolución N° 022-2004-PCNM, y se rehaga la notificación de la Resolución N° 033-2004-PCNM; c) se declaren inaplicables los artículos 11° y 27° del Reglamento de Procesos Disciplinarios; y, d) se formalice denuncia constitucional contra los miembros del CNM.

Como se podrá advertir el proceso de amparo, se instó bajo la vigencia de Ley N° 23506, y a su turno los jueces de primera y segunda instancia argumentaron que las pretensiones del actor, debían tramitarse en el proceso contencioso administrativo, y además la demanda había incurrido en la causal de improcedencia prevista en el inciso 6) del artículo 427° del Código Procesal Civil (sic). Veamos los argumentos empleados por el TC para declarar la nulidad de las resoluciones judiciales:

5. Que es oportuno señalar que la aplicación al caso de autos de las causales de improcedencia previstas en los incisos 1) y 2) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, supondría imponer requisitos de procedibilidad a la demanda que afectarían el derecho a la tutela jurisdiccional del recurrente, razón por la cual, en el presente caso, será de aplicación la Ley N.° 23506 y su complementaria, la Ley N.° 25398 (mutatis mutandis, STC N.° 3771-2004-HC/TC, Fundamentos 2 a 5).

6. Que siendo así, el Tribunal Constitucional discrepa del raciocinio adoptado por los juzgadores de las instancias precedentes, toda vez que, como ha quedado dicho, los artículos 14° y 23° de la derogada Ley N.° 25398 han previsto, de manera taxativa, las causales para rechazar liminarmente una demanda, no pudiéndose admitir el criterio adoptado por estos, quienes, amparándose en lo dispuesto por el inciso 6) del artículo 427° del Código Procesal Civil, la han declarado improcedente de plano.

STC. Exp. N° 7226-2005-AA/TC. Caso Rosa Victoria Valdivia y Aranga, en este caso la recurrente interpuso RAC, contra la sentencia de la Sexta Sala Civil

de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 18 de noviembre de 2004, que declaró fundada la excepción de caducidad e improcedente la demanda de amparo de autos, el TC, se preguntó cuál era la norma procesal aplicable al caso, en dicha línea resolvió:

1.- Que, antes de entrar a analizar la procedencia de la demanda, es necesario determinar cuál es la norma procesal aplicable al presente caso.

Así, la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, que rige desde el 1 de diciembre del año 2004, prescribe que: “Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado”.

En el presente caso, procede acudir a lo establecido en el Código Procesal Constitucional, pues su aplicación no afecta los derechos de la demandante con relación a la prescripción, tema que será el que motive la presente resolución, tal como se dilucidará en los siguientes considerandos. Por tanto, se aplicarán las normas procesales de tal cuerpo normativo, al ser su empleo conveniente y de inmediata aplicación para resolver los cuestionamientos existentes en el proceso de autos.

2. Que las instancias precedentes han desestimado la demanda, tras considerar que fue interpuesta fuera del plazo de sesenta días hábiles; esto es, que habría prescrito.

Respecto de la prescripción, entendida como caducidad en la Ley N° 23506, vigente al momento de la interposición de la demanda, el artículo 37° de la referida norma dispone que

“El ejercicio de la acción de amparo **CADUCA** a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el interesado, en aquella fecha, se hubiese hallado en la posibilidad de interponer la acción. Si en dicha fecha esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento”.

Por su parte, el vigente Código Procesal Constitucional dispone, en el primer párrafo del artículo 44°, que

“El plazo para interponer la demanda de amparo **PRESCRIBE** a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese

sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento”.

Como se observa, los plazos son idénticos (sesenta días hábiles), pero LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL ES MÁS BENEFICIOSA PARA LA PERSONA POR INCLUIR EXCEPCIONES AL CUMPLIMIENTO DEL PLAZO. (Resaltados nuestros).

STC. Exp. N° 00228-2009-PA/TC. Caso Flor de María Ibáñez Salvador, el apoderado de la Empresa Agraria Chiquitoy S.A.; don Walter Henry Carranza Casa, presentó el pedido de nulidad de la resolución de aclaración expedida por el TC, con fecha 18 de abril de 2011, la cual había declarado **IMPROCEDENTE** el pedido de aclaración presentado por don Walter Henry Carranza Casana y don Bruno Felipe Palomino Salgado, en representación de Empresa Agraria Chiquitoy S.A. En dicha resolución el TC, estipuló:

6.- (...) En algún supuesto, sin embargo, como también lo ha dicho este Tribunal, **puede determinarse la aplicación no inmediata de la nueva regla procesal, pero sólo en el supuesto que la nueva regla suponga la restricción en el acceso a la justicia, o imponga una condición sumamente onerosa para el justiciable. Con el fin de no perjudicar a los justiciables que ingresaron con determinadas reglas de acceso al sistema de impartición de justicia, excepcionalmente la ley o el Tribunal pueden determinar la aplicación no inmediata de la nueva regla procesal.** (Resaltados nuestros.)

STC. Exp. N° 04163-2015-PHC/TC.¹⁸ Caso Roger Jarama Torres y otro, representados por Fanny Fabiola Álvarez Bravo. Fluyen de los hechos del caso que con fecha 16 de diciembre de 2014, doña Fanny Fabiola Álvarez Bravo interpuso demanda de habeas corpus a favor de don Roger Jarama Torres y don Tito Jarama Díaz y la dirigió contra los jueces de la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Ucayali. Solicitó se declare la nulidad de la sentencia de fecha **17 de julio de 2003**, a través de la cual se condenó a los favorecidos por el delito de violación sexual y, consecuentemente, que se lleve a cabo un nuevo juicio oral, por cuanto se ha vulnerado el derecho de defensa de los favorecidos al no haber contado con un intérprete en su idioma materno "yahua"; la demanda fue declarada improcedente liminarmente en las dos instancias ya que no cumplían con el requisito de firmeza establecido en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, ya que contra ella no se agotaron los recursos impugnatorios previstos por la ley. El TC, acertadamente resolvió:

¹⁸ “TC inaplica regla del Código Procesal Constitucional para admitir hábeas corpus. Y permite cuestionar resolución judicial 11 años después de su emisión. A través de una reciente resolución, el Tribunal Constitucional ha ordenado admitir a trámite una demanda de hábeas corpus interpuesta contra una resolución judicial del año 2003, por considerar que no debe aplicarse una regla vigente del Código Procesal Constitucional a este caso”. Extraído de <http://laley.pe/not/4788/tc-inaplica-regla-del-codigo-procesal-constitucional-para-habeas-corpus-contra-resolucion-judicial-del-ano-2003/> (Fecha de consulta 09/02/18).

4. El Código Procesal Constitucional establece en su artículo 4 que el proceso constitucional de hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad personal y la tutela procesal efectiva; por tanto, no procede cuando - antes de interponer la demanda- no se agotaron los recursos ordinarios previstos para impugnarla. Sin embargo, el citado requisito de procedibilidad, requerido a la demanda de hábeas corpus contra resolución judicial, no resulta exigible al caso de autos, por cuanto la sentencia que se cuestiona fue emitida el 17 de julio de 2003 (encontrándose los beneficiarios cumpliendo carcelería) y el código que contiene la citada norma entró en vigencia el 1 de diciembre de 2004, conforme a su Segunda Disposición Transitoria y Derogatoria. Es decir, no resulta viable que se exija el requisito de firmeza respecto de una resolución y del plazo para su impugnación, dados en fecha anterior a la vigencia del Código Procesal Constitucional. (Resaltados nuestros).

C.- No existe una regla legal o jurisprudencial que prohíba la Aplicación Retroactiva de la jurisprudencia que impone cargas y gravámenes, el TC, NO modula la aplicación retroactiva del PV, que impone cargas y gravámenes, ha sentido contrario como sí lo hace con la ley.

1.4.- Descripción detallada, la metodología empleada.

Tipo de Investigación.¹⁹

De acuerdo al objetivo que se persigue:

La presente es una **Investigación de tipo aplicada**; por cuanto la propuesta, contenida en el proyecto de tesis, está centrada en encontrar mecanismos o estrategias que permitan lograr un *objetivo concreto*, ***Demostrar, luego de exponer los criterios dogmáticos y jurisprudenciales correspondientes, que la falta de reglas claras en torno a la aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante, que impone cargas, vulnera el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y el valor seguridad jurídica.***

Así mismo, los mecanismos o estrategias que permitan evitar la vulneración de derechos fundamentales, se centrarán en proponer una regla similar a la que existe en el ámbito nacional, en el tratamiento del cambio de Precedente Administrativo Vinculante expuesta en el artículo VI del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, y a nivel supranacional se encuentra materializada en el artículo 217° de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103° y 107° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en consecuencia, la investigación será de plena utilidad, para el correcto entendimiento y aplicación del cambio de línea jurisprudencial u *overruling* del Precedente Constitucional Vinculante Peruano.

¹⁹ En todo este ítem seguimos: Los 15 tipos de investigación (y características). Disponible en: <https://psicologiymente.net/miscelanea/tipos-de-investigacion> (Fecha de consulta 26/01/18).

Según el nivel de profundización en el objeto de estudio:

Según este arquetipo la investigación es de tipo **Explicativa**, por cuanto su finalidad está orientada a determinar las causas y consecuencias de un fenómeno concreto, que para este caso, la causa es que el derecho no se puede petrificar es lógico que si las leyes o la coyuntura socio-política cambia es lógica consecuencia que la interpretación de los dispositivos que sirvieron de base al precedente (*holding* o *ratio decidendi*) también cambien y como consecuencia de ello se dé un cambio de Precedente, mediante aplicación retroactiva del mismo, lo que origina que si el nuevo Precedente contiene cargas, reglas que no fueron establecidas con anterioridad, corresponde en mérito al valor seguridad Jurídica y al derecho al Procedimiento Preestablecido por la ley, que dichas nuevas reglas “*creadas*” vía Precedente no puedan *aplicarse, salvo que fueran más favorables al justiciable*, sin embargo dicha regla no existe ni vía legal ni jurisprudencial al menos en nuestro ordenamiento jurídico.

Régimen de la investigación:

El tipo de investigación es *libre*, por cuanto va más allá de la ley positiva, para tal efecto en nuestra investigación se recurre a la Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia tanto del ordenamiento interno como supranacional.

Método de Investigación

Los métodos de investigación que se utilizaron fueron el inductivo-deductivo; análisis-síntesis y comparativo.

Diseño de Investigación.

Para el presente trabajo de investigación de acuerdo a su naturaleza correspondió el diseño transeccional correlacional.

Técnica.

Se aplicó la técnica de recopilación bibliográfica, análisis documental, análisis jurídico de normas legales, análisis jurídico de la jurisprudencia, así como la encuesta y entrevista mediante un cuestionario y guía de entrevista (instrumentos).

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.

1.- Antecedentes.

Para abordar los antecedentes que han generado el tema materia de investigación, y para dotar de una mayor solidez a nuestra investigación recurrimos a las tres fuentes principales del derecho, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia tanto a nivel nacional como supranacional, de la cual detallaremos las fuentes, pues las referencias han sido desarrolladas *in extenso*, en su gran mayoría líneas arriba. Así mismo hacemos referencia a las conferencias magistrales que se encuentran colgadas en internet que han servido de base para la elaboración del presente proyecto.

1.1.- A nivel nacional.

1.1.1.- Legislación, podemos colegir que el PV tiene una regulación meramente enunciativa, en el artículo VII del CPConst., sin embargo podemos colegir que el precedente administrativo vinculante previsto en el artículo VI de ley N° 27444, sí tiene una regla clara y específica, sobre el tema materia de investigación:

Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237.

Artículo VII.- 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.

Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444.

Artículo VI.- Precedentes administrativos.

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. **LA NUEVA INTERPRETACIÓN NO PODRÁ APLICARSE A SITUACIONES ANTERIORES, SALVO QUE FUERE MÁS FAVORABLE A LOS ADMINISTRADOS.**

3. En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes. (Resaltados nuestros).

1.1.2.- Doctrina, Contamos con antecedentes que se encuentran materializados en múltiples trabajos de los doctrinarios nacionales, que abogan por la prohibición de la aplicación retroactiva del PV que impone cargas o restricciones:

CARRASCO MOSQUERA, Jesús. *El control de convencionalidad en la jurisprudencia laboral. Comentarios a una sentencia disidente que se apartó de un precedente vinculante.* En Gaceta Constitucional. Tomo 103. Julio 2016.

CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Los overruling del Tribunal Constitucional Peruano y la vulneración de los derechos al procedimiento preestablecido por ley y la seguridad jurídica.* En: Ipso Jure Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Edición Día del Juez. Año 7 N° 30 Agosto 2015.

ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Precedentes constitucionales en el Perú: Surgimiento, uso, evolución, retos y riesgos.* En: Tupayachi Sotomayor, Jhonny. (Coordinador). *El precedente constitucional vinculante en el Perú. (Análisis, comentarios y doctrina comparada).* Editorial Adrus. Primera Edición. Septiembre 2009.

ETO CRUZ, Gerardo. *Necesaria reforma (overruling) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento: Una evaluación a siete años de su vigencia.* En: Pensamiento Constitucional N° 19. 2014.

RUBIO CORREA, Marcial. *El título preliminar del Código Civil.* Fondo Editorial Pontifica Universidad Católica del Perú. Décima Edición. Octubre de 2008.

SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *Comentarios al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.* En: Gaceta Jurídica. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo I. TC Gaceta Constitucional. Primera Edición Diciembre 2015.

SÁENZ DÁVALOS, Luis. *El camino del Precedente Constitucional Vinculante. (Reflexiones a los diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional).* En: La Revista Institucional "Ipso Jure" Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Año 7 N° 28 Marzo 2015.

SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *El procedimiento preestablecido en la ley como variable del derecho constitucional al debido proceso.* En: García Belaunde, Domingo. (Director). *Revista Peruana de Derecho Público.* Año 1. Número 2. Enero - junio de 2001.

VARGAS RUÍZ, Luis. *La aplicación de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional a los procesos en curso. Análisis desde la seguridad jurídica.* En: JUS Doctrina & Práctica. Grijley. Mayo 5. Año 2007.

Por otro lado sosteniendo una tesis adversa y contraria a nuestra investigación contamos con el siguiente ensayo:

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *El nuevo proceso de amparo arbitral: Sobre su aplicación temporal*. En: Castillo Freyre, Mario (Editor) Arbitraje y Constitución. Palestra Editores S.A.C. Primera edición. Diciembre 2012.

1.1.3.- Jurisprudencia, luego de una paciente lectura de los cincuenta precedentes constitucionales vinculantes que ha expedido el TC peruano, se cuenta con siete precedentes, en los cuales el TC, aplicó retroactivamente las nuevas reglas que restringían derechos, a los procesos en trámite:

STC. Exp. N° 1417-2005-PA/TC. Caso Manuel Anicama Hernández. FJ 49. Fallo 4.

STC. Exp. N° 0168-2005-PC/TC. Caso Maximiliano Villanueva Valverde. FJ 25. Fallo 2.

STC. Exp. N° 2802-2005-PA/TC. Caso Julia Benavides García. FJ 18.

STC. Exp. N° 0206-2005-PA/TC. Caso César Baylón Flores. FJ 34. Fallo 3.

STC. Exp. N° 03908-2007-PA/TC. Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS Nacional). FJ. 9-A.

STC. Exp. N° 00142-2011-PA/TC. Caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia. FJ.31.

STC. Exp. N° 05057-2013-AA/TC. Caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco. FJ. 21, 26 y 27. Fallo 3.

1.2.- A nivel supranacional.

1.2.1.- Legislación, luego de la revisión de la legislación supranacional, podemos advertir que el país de México, la cuna del Proceso de Amparo, también ha afrontado la problemática planteada, y ha demostrado que su legislador es más sagaz que el nuestro, contamos como antecedente con la siguiente ley especial:

Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103° y 107° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²⁰

Artículo 217° La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

²⁰ La nueva ley, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación mexicana el 2 de abril de 2013.

La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente.

La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito.

LA JURISPRUDENCIA EN NINGÚN CASO TENDRÁ EFECTO RETROACTIVO EN PERJUICIO DE PERSONA ALGUNA.

(Resaltados nuestros).

1.2.2.- Doctrina, contamos con excelentes trabajos, ensayos y tesis, que han tratado la problemática que estamos planteando, y con argumentos que son tributarios a nuestra tesis:

ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús. *La jurisprudencia en la nueva ley de amparo.* Disponible en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/35/11%20Miguel%20de%20Jes%20Alvarado%20Esquivel.pdf>

ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús. *¿Se acabaron los efectos retroactivos de la jurisprudencia?* Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/viewFile/32086/29079>

Capítulo III: *“El principio de la irretroactividad constitucional”* Disponible en: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lfis/acosta_o_v/capitulo3.pdf

CALDERÓN, Guillermo Oliver. *¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?* Disponible en: <http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/537/505>

CUESTA DAVU, Ajani Akin. *Responsabilidad del estado por simple cambio de jurisprudencia en el derecho colombiano.* Disponible en: <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/86>

GARCÍA HUANTE, Omar. *La aplicación retroactiva de la Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación.* Tesis para obtener el grado de maestro. Universidad Nacional Autónoma de México. División de estudios de posgrado de la facultad de Derecho. Maestría en Derecho. México D.F. 2009. Disponible en: http://www.senado.gob.mx/comisiones/hacienda/docs/Magistrado_TFJFA/OGH_Tesisdemaestria.pdf

HUERTA, Carla. *Retroactividad en la Constitución.* En: Valadés, Diego. Carbonell, Miguel. (Coordinadores). *El proceso constituyente mexicano.* A 150

años de la constitución de 1857 y 90 de la constitución de 1917. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición. 2007.

REMÓN PEÑALVER, Jesús. *La lucha por la seguridad jurídica*. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1606/documento/art05.pdf?id=2163>

RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel. *Nulla poena sine lege y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as. Del Río Prada c. España* (21/10/2013). Disponible en: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2013-10025100292_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Nulla_poena_sine_lege_y_retroactividad_de_cambios_jurisprudenciales:_modificaciones_tras_la_STEDH_as._Del_R%EDo_Prada_c._Espa%F1a_\(21/10/2013\)](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2013-10025100292_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Nulla_poena_sine_lege_y_retroactividad_de_cambios_jurisprudenciales:_modificaciones_tras_la_STEDH_as._Del_R%EDo_Prada_c._Espa%F1a_(21/10/2013))

RUÍZ ANTÓN, Luis Felipe. *Derecho Penal. El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/819650.pdf>

SÁNCHEZ CORDERO, Olga. *La jurisprudencia y su aplicación retroactiva*. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/modulo-v-y%20vi/03olga-sanchez-cordero-la-jurisprudencia-y-su-aplicacion-retroactiva.pdf>

SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. Isonomía N° 21 - Octubre 2004. Disponible también en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-el-cambio-de-los-precedentes-0/>

ZAVALA EGAS, Jorge. *Teoría de la Seguridad Jurídica*. Disponible en: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Docum ents/lurisDictio_8/Teoria_de_la_seguridad_juridica.pdf

1.2.3.- Jurisprudencia, la problemática de la aplicación retroactiva ha recibido tratamiento jurisprudencial en países como México y España, tanto por la Corte Suprema Mexicana y el Tribunal Constitucional Español:

En México:

Época: Décima Época

Registro: 2013494

Instancia: Segunda Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Publicación: viernes 20 de enero de 2017 10:21 h

Materia(s): (Común)

Tesis: 2a./J. 199/2016 (10a.) Disponible en:
[https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdff8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,L](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdff8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TA_TJ=&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=26048&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2013494&Hit=3&IDs=2013364,2013365,2013494,2013538,2013379,2013539,2013449,2013451,2013545,2013546,2013547,2013549,2013404,2013410,2013453,2013555,2013563,2013506,2013417,2013567&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=KOM&Tema=994)
[ocalizacion&TA_TJ=&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=26048&Epp=2](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdff8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,L)
[0&Desde=-100&Hasta=-](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdff8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,L)
[100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2013494&Hit=3&I](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdff8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,L)
[Ds=2013364,2013365,2013494,2013538,2013379,2013539,2013449,2013451,](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdff8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,L)
[2013545,2013546,2013547,2013549,2013404,2013410,2013453,2013555,201](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdff8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,L)
[3563,2013506,2013417,2013567&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referenci](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdff8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,L)
[a=KOM&Tema=994">a=KOM&Tema=994](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdff8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,L)

En España:

Sentencia 95/1993. Sala Primera. Voto particular discrepante que formuló el magistrado Carlos de la Vega Benayas en el recurso de amparo avocado núm. 2.580/89.

Sentencia 7/2015. Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adhieren los Magistrados doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Fernando Valdés Dal-Ré, a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 2399-2012.

Sentencia 16/2015. Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adhiere el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1114-2012.

Sentencia 34/2015. Voto particular que formulan los Magistrados don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1716-2012.

Sentencia 35/2015. Voto particular que formulan los Magistrados don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2605-2012.

Sentencia 36/2015. Voto particular que formulan los Magistrados don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de amparo número 2860-2012.

Sentencia 37/2015. Voto particular que formulan los Magistrados don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de amparo número 3176-2012.

1.3.- Conferencias.

Delgado, Christian. Clase magistral de derecho: Teoría del precedente vinculante. Publicado el 26 mayo 2015. Disponible en:
<https://www.youtube.com/watch?v=xgMR4C1TfdY>

Indacochea, Úrsula. La recepción del precedente vinculante en el Civil Law. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=SOsn7WtyRc>

Pazo Pineda, Oscar Andrés. Precedente Vinculante en Materia Constitucional: Naturaleza, efectos y principales tendencias en los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Publicado el 4 jul. 2016. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=NM-ayyWnuFc>

Sáenz Dávalos, Luis. El Precedente Constitucional Vinculante. Publicado el 6 feb. 2014. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=EtAUwZPkGeo>

Sáenz Dávalos, Luis. Precedente Constitucional y Judicial Vinculante. Transmitido en vivo el 7 dic. 2016. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Wo7-nGhEsyA>

Taruffo, Michele. Seguridad jurídica y precedentes judiciales. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=WzWCJQwIA9s>

2.- Siglas empleadas en la investigación.

SIGLAS EMPLEADAS EN LA INVESTIGACIÓN.	
Academia de la Magistratura.	(AMAG, en adelante).
Acuerdo Plenario.	(AP, en adelante).
Código Penal.	(CP, en adelante).
Código Procesal Civil.	(CPC, en adelante).
Código Procesal Constitucional.	(CPCConst., en adelante).
Comisión Interamericana de Derechos Humanos.	(CIDH, en adelante).
Consejo Nacional de la Magistratura.	(CNM, en adelante).
Constitución Política del Perú.	(Consti., en adelante).
Convención Americana sobre Derechos Humanos.	(CADH, en adelante).
Corte Interamericana de Derechos Humanos.	(CorteIDH, en adelante).
Doctrina Jurisprudencial Vinculante.	(DJV, en adelante).
Estados Unidos de Norteamérica.	(EE.UU., en adelante).
Expediente.	(Exp, en adelante).
Fundamentos Jurídicos.	(FJ, en adelante).
Ley Orgánica del Poder Judicial.	(LOPJ, en adelante).

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.	(LOTCC, en adelante).
Nuevo Código Procesal Penal.	(NCCPP, en adelante).
Nueva Ley Procesal del Trabajo Ley N° 29497.	(NLPT, en adelante).
Número.	(N°, en adelante).
Poder Judicial Peruano.	(PJ, en adelante).
Precedente Constitucional Vinculante.	(PV, en adelante).
Recurso de Casación.	(CAS, en adelante).
Recursos de Nulidad.	(R.N., en adelante).
Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.	(RNTCC, en adelante).
Resolución del Tribunal Constitucional.	(RTC, en adelante).
Sentencia.	(STC, en adelante).
Tribunal Constitucional Peruano.	(TC, en adelante).
Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	(TEDH, en adelante).
Versus.	(vs., en adelante).

3.- Base Teórica.

Tal como se mencionó líneas arriba el problema planteado en nuestra investigación es el siguiente *¿En qué medida se vulnera el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica si el Tribunal Constitucional Peruano aplica retroactivamente precedentes constitucionales vinculantes que imponen cargas?*

Como es lógico nuestro enfoque es legal (en sentido amplio), doctrinario jurisprudencial, el tema que vamos a desarrollar está vinculado a la aplicación retroactiva del PV, que establece nuevos requisitos que contienen cargas para los justiciables y limitan el acceso a la jurisdicción constitucional, por lo que para explicar el fenómeno que ha producido la importación del PV, originario de la familia jurídica del *Common law*, y su asimilación en nuestro sistema jurídico, a partir del 01 de diciembre del 2004 -fecha de entrada en vigencia del CPConst.-, en su vertiente de aplicación retroactiva del PV, vamos a transcribir algunos conceptos relativos, al cambio de línea jurisprudencial y overruling, y su aplicación inmediata-retroactiva y prospectiva.

Debemos anotar previamente que en nuestro país existen dos teorías, la primera, a la que llamaremos la tesis permisiva, que esboza que le está permitido

al TC, aplicar las nuevas reglas del PV, en todas las direcciones temporales, por cuanto en uso de su autonomía procesal, el TC, es libre de configurar su política jurisdiccional.

En la otra vertiente nos encontramos nosotros, con la segunda teoría a la que llamaremos la tesis restrictiva, que propugna que el TC, sí puede variar su PV, vía cambio de línea jurisprudencial u *overruling*, pues el derecho no se puede petrificar, no estamos en contra del cambio de jurisprudencia, es natural y ocurre en todos los ordenamientos jurídicos, sin embargo lo que no estamos de acuerdo es que el TC, cambie las reglas y establezca un nuevo contenido más restrictivo y lo aplique retroactivamente a los procesos en curso, a pesar que cuando se incoó la demanda dichas reglas no existían porque el TC no las había “creado”, en consecuencia en la Tesis Restrictiva, se concluye que el TC sí puede cambiar de reglas incluso con un contenido restrictivo de los derechos, pero no los podrá aplicar a los procesos en trámite, porque dicho proceder vulnera el valor seguridad jurídica y el derecho al procedimiento preestablecido por la ley, el TC como todo poder constituido primario está sujeto y tiene como límite a la Constitución y por lo tanto no puede transgredirla, pues Autonomía no es autarquía. Conviene concluir con una frase aleccionadora: “No hay peor inconstitucionalidad que la que comete un Tribunal Constitucional.”²¹

A.- Concepto de Precedente Vinculante.

“Los precedentes judiciales constituyen la segunda pieza de la argumentación iusfundamental. La frase de Smend: “En la práctica, la Ley Fundamental vale tal como la interpreta el Tribunal Constitucional Federal”²² expresa esta importancia. Ella responde a la autoapreciación del Tribunal como “interprete decisivo y protector de la Constitución”²³. Sin embargo, en los casos particulares -tal como lo muestra la discusión acerca de la fuerza jurídica de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal, su efecto vinculante para los órganos estatales de acuerdo con el § 31 párrafo 1 BVerfGG y su fuerza legal establecida en una serie de casos por el § 31 párrafo 2 BVerfGG- quedan todavía muchas cuestiones abiertas²⁴. Aquí se considerará sólo la fuerza general como

²¹ RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *Reflexiones a Propósito de la denominada “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional*. En: V congreso nacional de derecho procesal constitucional. A diez años de la vigencia del Código procesal constitucional. Arequipa - Perú. Del 30 de octubre al 01 de noviembre 2014. ADRUS D & L Editores SAC. Primera Edición Octubre 2014. Pág. 275.

²² R. Smend, Conferencia con motivo del décimo aniversario de la existencia del Tribunal Constitucional Federal, el 26 de enero de 1962, en *Das Bundesverfassungsgericht*. 2a edición, Karlsruhe 1971, pág. 16. Citado por ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1993. Pág. 535.

²³ BVerfGE 40, 88 (93). Citado por ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 535.

²⁴ Cfr.. por ejemplo. M. Sachs, *Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen*. Munich 1977; N. Wischermann, *Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgesgerichtlicher Entscheidungen*, Berlin 1979; R. Zuck, “Die Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts” en *NJW* 1975, pags. 907 ss.; II. Maassen, “Probleme der Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts” en *NJW* 1975, pags. 1343 ss.; K. Vogel, “Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts” en C. Starck (comp.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, tomo 1,

precedentes de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal para la argumentación iusfundamental.”²⁵

“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 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.”²⁶

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 aquellas, 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.”²⁷

B.- Ratio decidendi.

“La *ratio decidendi* expresada es *prima facie* la regla del caso, puesto que es la base sobre la que el tribunal ha basado su decisión. Pero un tribunal posterior puede, a través del reexamen de los hechos o de las cuestiones de procedimiento, limitar la imagen de lo que estaba realmente ante el tribunal dándole un sentido restringido. En su forma extrema esto da lugar a lo que se conoce con “limitar el caso a sus particulares hechos.”²⁸

“La *ratio decidendi* es la parte vinculante de un precedente. Al respecto, debemos hacer algunas anotaciones relevantes para distinguirla de su tratamiento en el caso peruano.

Si bien es cierto que la *ratio decidendi* es el “núcleo normativo de la sentencia”, en el ámbito inglés, tanto el legislador como los propios tribunales -a diferencia de lo que ha ocurrido en el Perú-, han sido reacios a formalizar la

Tubinga 1976, pags. 568 ss.; K. Lange, “Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts” en *JuS* 1978. pags. 1 ss. Citado por ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 536.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 535-536.

²⁶ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. En: Carpio Marcos, Edgar. Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1ª Edición Febrero 2007. Págs. 55 y 56.

²⁷ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. En: Carpio Marcos, Edgar. Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1ª Edición Febrero 2007. Pág. 56.

²⁸ ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Civitas. Madrid. 1995. Pág. 32.

doctrina del precedente, lo que ha sido el origen de la elasticidad al momento de interpretar.

En efecto, no hay un texto o un grupo de palabras exactas que sean identificadas como la *ratio decidendi* de una decisión, sino que se trata de un principio implícito dentro de esta, a pesar de que al propio tiempo estemos hablando del “elemento determinante” de la sentencia, el cual será seguido en los casos sustancialmente similares que le siguen (*case law*). La tarea de determinar la *ratio decidendi* será para los jueces posteriores o el mismo juez en un ulterior caso.”²⁹

C.- Obiter Dicta.

“Al lado de la *ratio decidendi* a lo largo de la sentencia aparecen los *Obiter dicta*, que no son otra cosa que las afirmaciones o acotaciones distintas al objeto de la discusión, sino que resultan colaterales a este. Ahora bien, en el caso del Derecho Inglés, el problema para identificarlos es igual que el caso de la *ratio decidendi*.

Esta elasticidad en su identificación formal permite incluso que un juez tenga por *obiter dicta* los fundamentos que conforman la *ratio decidendi* y viceversa. Es precisamente esto lo que se ha querido evitar en la formación del precedente en nuestro país.”³⁰

D.- Rango del precedente constitucional vinculante.

“Junto con otros prestigiosos juristas, a nivel de nuestro ordenamiento peruano, el profesor Luis Castillo Córdova³¹ viene sosteniendo, con razón, que el Tribunal Constitucional es creador de normas constitucionales.

Se sustenta en el hecho de que el poder constituyente ha comisionado al Tribunal Constitucional el aseguramiento efectivo de la vigencia del contenido esencial de los derechos humanos.”³²

²⁹ TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica S.A. Primera edición. Diciembre 2011. Pág. 30.

³⁰ TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Págs. 30-31.

³¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos.” En: ÁLVAREZ LEDESMA, Mario y CAPPITANI, Roberto (coordinadores). *Derechos individuales e integración regional (Antología)*. ISEG-Instituto Tecnológico de Monterrey-Università degli studi di Perugia, Roma-Perugia-Ciudad de México, 2013, pp. 293-342. Citado por QUIROGA PERICHE, Carlos Enrique. *Criterios para la procedencia de medidas cautelares en los procesos constitucionales. ¿Un caso de inconstitucionalidad de las sentencias del Tribunal Constitucional?* En: Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Tomo 106. Octubre 2016. Pág. 32.

³² Citado por QUIROGA PERICHE, Carlos Enrique. *Criterios para la procedencia de medidas cautelares en los procesos constitucionales. ¿Un caso de inconstitucionalidad de las sentencias del Tribunal Constitucional?* Ob. Cit. Págs. 32-33.

(...) Ahora bien, ya se ha manifestado que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional es vinculante, en tanto el ente que la efectuado es quien el constituyente ha determinado; sin embargo, esa no es una razón suficiente. Razonar así configuraría solamente una razón formal, misma que resulta insuficiente, dado que ese esquema podrían efectuarse interpretaciones incorrectas (apartadas de la exigencia de justicia y por ende atentatorias contra la dignidad de la persona) y por tanto inconstitucionales. De tal modo, que las interpretaciones no solo deben ser formalmente constitucionales, sino sobre todo materialmente constitucionales. Es así -con este doble contenido formal y material- que se crea la norma constitucionalmente adscripta³³.

Al ser normas constitucionales, las sentencias del Tribunal Constitucional se erigen como normas constitucionales son pasibles, como toda norma jurídica, de la aplicación de los métodos de interpretación y argumentación jurídica.

Ahora bien, la STC Exp. N° 00978-2012-PA/TC, se constituye -toda ella- en una norma constitucional adscripta.”³⁴

“En primer lugar, debemos partir manifestando la importancia de las fuentes del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico; al respecto, según lo señala Norberto Bobbio³⁵, cuando se habla de fuente de Derecho, se alude a aquellos hechos o actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas, en esta definición se parece identificar el concepto de fuente con el órgano productor de la disposición.

Por otro lado, Rafael de Asís³⁶ señala que cabría en la producción normativa diferenciar tres sentidos de fuentes: uno relacionado con centros capaces de producir normas, otro con la expresión o resultado de la actividad de dichos centros, y por último con la actividad tendente a realizar el significado del resultado. Es entonces, que podríamos decir que dos últimos sentidos de fuentes encontrarían un punto de fusión que son atribuibles a los precedentes vinculantes, puesto que aquel no solo es resultado de atribuir determinado

³³ Para mayor desarrollo sobre este tema, véase: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 66. Citado por QUIROGA PERICHE, Carlos Enrique. *Criterios para la procedencia de medidas cautelares en los procesos constitucionales. ¿Un caso de inconstitucionalidad de las sentencias del Tribunal Constitucional?* En: Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Tomo 106. Octubre 2016. Pág. 33.

³⁴ Citado por QUIROGA PERICHE, Carlos Enrique. *Criterios para la procedencia de medidas cautelares en los procesos constitucionales. ¿Un caso de inconstitucionalidad de las sentencias del Tribunal Constitucional?* Ob. Cit. Pág. 33.

³⁵ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. “El Precedente Constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derecho”. En: CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra Editores, Lima, 2007, p. 21. Citado por PICHÓN DE LA CRUZ, Junior. *Actuación de los procuradores públicos frente al tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*. En: Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Tomo 106. Octubre 2016. Pág. 66.

³⁶ Ídem. Citado por PICHÓN DE LA CRUZ, Junior. *Actuación de los procuradores públicos frente al tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*. En: Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Tomo 106. Octubre 2016. Pág. 66.

significado a las disposiciones involucradas en la resolución de la causa, sino que además actúa como disposición para casos futuros, pudiendo ser objeto de interpretación por parte del juez que conocerá la causa futura.

En tal sentido, es posible colegir que la magistratura constitucional podría sentar dichas disposiciones para casos futuros, en virtud de los reiterativos criterios que puede tener con base en causas de similar controversia, es así que tenemos la noción de doctrina jurisprudencial.”³⁷

E.- Sobre aplicación inmediata de la Doctrina Jurisprudencial Vinculante del TC.

“STC. Exp. N° 00005-2010-PA/TC.

7. Así, en el Procedimiento de Ejecución Coactiva Nro. 0530060011301 se trabó la medida cautelar de embargo en forma de retención a terceros con el Nro. 0530060021296, y conforme se señala en el Informe Nro. 0052-2012/SUNAT-2J0302, se procedió a trabar la medida de embargo en forma de retención bancaria. Es así que la Administración acumula los procedimientos en el Expediente Coactivo Nro. 0530060021296 y procedió a trabar la medida de embargo en forma de inscripción hasta por la suma de S/. 38, 000.00 (treinta y ocho mil y 00/100 nuevos soles) sobre el bien mueble de propiedad de UNITRONICS S.R.Ltda. ubicado en la Calle Mercaderes, Edificio Panorámico, Tienda Local Nro. 4089, Arequipa, inscrito en la Partida Nro. 1123905. La referida medida de embargo fue notificada el 4 de octubre de 2007 mediante publicación en la página web de la SUNAT, de conformidad con el inciso e) del artículo 104° del Código Tributario, al haber adquirido el contribuyente la condición de no habido. Todas estas secuencias de actos, referenciales por cierto, no serán analizadas por este Colegiado, sin embargo son oportunas para efectos de entender el estado de las cosas en el presente proceso.

23. En tal sentido queda claro que a partir de la publicación de la sentencia recaída en el Exp. N.° 03797-2006-PA/TC en el diario oficial *El Peruano* (1 de julio de 2007) resultaba ser de obligatorio cumplimiento las precisiones respecto a la notificación por separado de dichas resoluciones precisión que este Colegiado ha establecido en materia de notificación conjunta de resoluciones expedidas por la Administración, no siendo aplicable por razones de temporalidad a la presente demanda al tratarse de procedimientos cuyas resoluciones han sido notificadas antes de la publicación de dicha sentencia.

“Considero acertada la regla de la nulidad de la notificación conjunta de las órdenes de pago y la resolución de ejecución coactiva.

³⁷ PICHÓN DE LA CRUZ, Junior. *Actuación de los procuradores públicos frente al tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*. En: Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Tomo 106. Octubre 2016. Pág. 66.

En efecto, pese a que conforme el artículo 135° del Código Tributario³⁸ la orden de pago es un acto impugnabile en sede administrativa, la Sunat (a través de su ejecutor coactivo) es un claro ejercicio abusivo del derecho notificaba simultáneamente ambas resoluciones administrativas, causando una verdadera indefensión constitucional al contribuyente.

Además, si la suspensión de la cobranza sustentada por una orden de pago, queda a exclusivo criterio o discrecionalidad del ejecutor coactivo de la Sunat (artículo 119, numeral 3 del Código Tributario).³⁹

F.- Valor Seguridad Jurídica.

“La garantía de la seguridad jurídica está íntimamente ligada a la idea de Estado de Derecho, es decir, aquel modelo de Estado en el que los ciudadanos pueden calcular anticipadamente qué ocurrirá en el futuro en un sentido específico; es decir: cómo se comportarán otros individuos y cómo lo hará el Estado, sobre todo como garante de la eficacia del Derecho.

En lo que a materia de administración de justicia corresponde, este principio permite un equilibrio promotor en el orden jurídico de la justicia y la igualdad en libertad, mediante la definitiva terminación de las controversias jurídicas, del material conflictivo que a través de la sentencia debe ser de una vez por todas eliminado.

Qué duda cabe, que esta definición se integra en los alcances propios de la *función pacificadora e ordenadora* del Tribunal Constitucional. Según éstas, no se persigue exclusivamente decidir una controversia jurídica concreta para restaurar el orden jurídico conculcado, antes bien se busca crear claridad jurídica hacia el futuro, eliminar el material litigioso e impedir la repetición sucesiva de las mismas controversias.⁴⁰

La seguridad jurídica derivada de la ejecución de las sentencias, permite la integración del ordenamiento jurídico y de la realidad constitucional. Pues, sólo puede darse una efectiva reparación de los derechos fundamentales conculcados, mediante la ejecución de las soluciones sustentables a las cuales arribó el Tribunal.

³⁸ Artículo 135°.- Actos Reclamables.

Puede ser objeto de reclamación la Resolución de Determinación, la Orden de Pago y la Resolución de Multa. Citado por SIMONS PINO, Adrián. *Límites de la ejecución coactiva de Sunat*. En: Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Tomo 106. Octubre 2016. Pág. 145

³⁹ SIMONS PINO, Adrián. *Límites de la ejecución coactiva de Sunat*. En: Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Tomo 106. Octubre 2016. Pág. 145

⁴⁰ Bocanegra Sierra, Raúl. *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional, ... Op. cit.*, p. 18. Citado por CANALES CAMA, Carolina. *Eficacia y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional*. En: Eto Cruz, Gerardo (Coordinador). *La sentencia Constitucional en el Perú*. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2010. Lima 2010. Pág. 136.

De este inicial reconocimiento, se desprende el derecho a la cosa juzgada (artículo 139º inciso 13 de la Constitución), la cual tiene que haber sido arreglada y conforme con el Derecho para que sea válida, por cuanto la finalidad de la cosa juzgada debe ser siempre asegurar el ordenamiento y la seguridad jurídica legítimos⁴¹.

Cabe resaltar que a las sentencias constitucionales se les atribuye una eficacia mayor, que la correspondiente a la cosa juzgada en el proceso ordinario. Las sentencias que expida el Tribunal Constitucional, y queden firmes, son irrecurribles en el orden jurídico interno (artículo 205º de la Constitución) -cosa juzgada formal-. Pero, al mismo tiempo impide que la misma controversia constitucional pueda proponerse nuevamente, poniéndose así en cuestión la función pacificadora de restablecer el orden jurídico constitucional asignada a este Tribunal, al mismo tiempo que los principios de seguridad y certeza jurídicas -cosa juzgada material-.”⁴²

G.- Fuerza de Ley.

“No quiere decir que tengan los mismos efectos que las leyes. Las sentencias constitucionales trascienden la habitual limitación de los mismos a las partes que participaron en el proceso, gozando en algunos casos de efectos frente a todos, eficacia *erga omnes*, particularmente en los supuestos en que se declaran la inconstitucionalidad y nula una norma, en lo que, lógicamente no pueden dejar de aspirar a tener un alcance tan general como ésta.

Se extiende a las sentencias recaídas en los procesos de tutela de derechos fundamentales, si las mismas afectan a una regla de Derecho y por ello deben tener un alcance tan general como el que posee aquella, es decir, en los supuestos en los cuales se puede establecer positivamente un precedente vinculante, según dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.”⁴³

H.- Overruling.-

“El caso en el cual de modo expreso se deja sin efecto un precedente vinculante, y se le sustituye por uno nuevo. En ese sentido, se quiebra un

⁴¹ Landa Arroyo, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*,... Op. cit., p. 201. Citado por CANALES CAMA, Carolina. *Eficacia y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional*. En: Eto Cruz, Gerardo (Coordinador). *La sentencia Constitucional en el Perú*. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2010. Lima 2010. Pág. 136.

⁴² STC 0006-2006-PC, de fecha 22 de marzo de 2007, Caso Poder Judicial y (fundamento 38). Citado por CANALES CAMA, Carolina. *Eficacia y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional*. En: Eto Cruz, Gerardo (Coordinador). *La sentencia Constitucional en el Perú*. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2010. Lima 2010. Pág. 136.

⁴³ CANALES CAMA, Carolina. *Eficacia y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional*. En: Eto Cruz, Gerardo (Coordinador). *La sentencia Constitucional en el Perú*. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2010. Lima 2010. Pág. 143.

precedente vinculante y se le reemplaza por uno nuevo, en virtud de la misma facultad de establecimiento de los precedentes vinculantes.⁴⁴

Sin embargo, no cualquier resolución del Tribunal Constitucional adquiere la calidad de precedente vinculante, ya que para que una sentencia del Tribunal Constitucional pueda ser considerada como tal, cuando menos debe de cumplirse los siguientes dos requisitos:

- En primer lugar, debe tratarse de una decisión del Tribunal Constitucional que tenga pronunciamiento sobre el fondo, es decir, que la demanda constitucional no haya sido declarada improcedente por una simple cuestión formal o de admisibilidad; y,
- En segundo lugar, así deberá expresarlo la sentencia misma; ella deberá expresar que se está creando un precedente de obligatorio cumplimiento.

Creado el precedente, este no tiene por qué durar para siempre. De hecho, el Tribunal Constitucional podrá desvincularse de él, pero para que ello ocurra la ley exige que se razone el cambio, expresando los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones que justifican el cambio. Obviamente, el precedente que esté vigente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vincula a las correspondientes instancias inferiores judiciales de modo que estas no podrán apartarse de él. El cambio de criterio jurisprudencial como precedente solo puede efectuarlo el Tribunal Constitucional y a partir de aquí -y en plena aplicación del precedente vigente- los magistrados del Poder Judicial deberán cambiar el criterio jurisprudencial que venían aplicando.

En efecto, el Art. VII del Código Procesal Constitucional regula la figura del precedente vinculante. En él, básicamente, se hacen dos previsiones: por un lado, se establece que el Tribunal Constitucional puede fijar en sus sentencias precedentes vinculantes; por otro, se prevé que para apartarse de uno de estos precedentes dicho Tribunal debe expresar las razones que le lleven a ello. Se entiende que los efectos del precedente vinculante son similares a una ley, lo que resulta una afirmación imprecisa que confunde la vinculación general con efectos *erga omnes*. La doctrina ha vinculado esta figura con la tradición inglesa de *stare decisis*, que da vocación normativa a las decisiones judiciales, y con la problemática de la *ratio decidendi*, o sea, de la parte de las sentencias que presenta carácter vinculante por ser los elementos de razonamiento que sustentan el fallo. La previsión del Código se valora positivamente al entender que se evita la inseguridad a la hora de identificar la *ratio decidendi*. Así, el

⁴⁴ QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Interpretación vinculante del Tribunal Constitucional y sus efectos en la Jurisprudencia del Poder Judicial*. En: V congreso nacional de derecho procesal constitucional. A diez años de la vigencia del Código procesal constitucional. Arequipa - Perú. Del 30 de octubre al 01 de noviembre 2014. ADRUS D & L Editores SAC. Primera Edición Octubre 2014. Pág. 205.

Tribunal Constitucional determina qué es lo que vincula a los órganos inferiores.”⁴⁵

I.- Los límites del Tribunal Constitucional.

“El tribunal constitucional obviamente también tiene límites y son los mismos que hemos señalado para el órgano revisor:

- a. Su competencia es primordialmente la interpretación de la Constitución, su defensa y el control de la constitucionalidad de leyes y actos. Entonces, no puede ir más allá de las funciones que expresamente le señala la propia Constitución y usurpar atribuciones del Poder Constituyente o de los poderes constituidos. Como poder constituido tiene límites.
- b. Respeto a las cláusulas pétreas contenidas en la Constitución.
- c. Acatamiento a la Constitución material, o sea a los principios y valores fundamentales que individualizan a la ley fundamental, aunque no estén expresamente señalados. Una de las funciones esenciales del tribunal es cuidar la obediencia a dichos principios.

Pareciera que no es probable que un tribunal constitucional desconozca esos límites, en virtud de que su esencia es la defensa jurisdiccional de la Constitución, y es el primero que debe respetarla. Sin embargo, en la realidad, diversos tribunales constitucionales han protagonizado enfrentamientos políticos en un afán de aumentar su poder, o el tribunal se compromete en un activismo judicial galopante y desenfrenado que puede llegar a atropellar sus propios límites constitucionales.

Es así que, la historia política nos enseña lo peligroso que es un poder ilimitado, se trate de la naturaleza que sea y sin importar quien sea.”⁴⁶

J.- Fundamento de la retroactividad.

“Son razones de confianza en la legislación vigente, de seguridad jurídica para los ciudadanos, de mantenimiento de la unidad del ordenamiento jurídico y de protección del orden público las que sustentan el principio de la irretroactividad de la ley como principio general que admite excepciones⁴⁷. Las

⁴⁵ QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Interpretación vinculante del Tribunal Constitucional y sus efectos en la Jurisprudencia del Poder Judicial*. En: V congreso nacional de derecho procesal constitucional. Ob. Cit. Págs. 220-221.

⁴⁶ CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Grijley. Primera Edición. 2009. Págs. 66-67.

⁴⁷ STC Exp. N° 03610-2008-PA/TC del 17/08/2008: La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad es la premisa según la cual en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídicas, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia. (f.j. 20). Citado por TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Comentarios al Artículo 203° de la Constitución*. En: La Constitución Comentada. Tomo II. Análisis artículo por artículo. Editora Gaceta Jurídica. Segunda Edición Aumentada y Revisada. Enero 2013. Pág. 670.

personas confían en la ley vigente y conforme a ella adquieren y ejercen sus derechos, y asumen y cumplen sus obligaciones⁴⁸.

Admitir la retroactividad de las leyes como principio significaría la destrucción de la confianza en la legislación vigente que conduciría a la inseguridad jurídica y, con ella, a la destrucción del Estado Constitucional de Derecho. Con una nueva ley se podrían suprimir derechos fundamentales que son el sustento de toda organización social y política.”⁴⁹

“El principio de no retroactividad de la ley es un derecho fundamental de seguridad jurídica, que prohíbe a la autoridad emitir o aplicar una disposición jurídica de nueva creación, a situaciones o hechos acontecidos previamente a la entrada en vigor de la misma y que van en perjuicio de situaciones o derechos adquiridos.

La retroactividad consiste, pues, en dar efectos reguladores a una norma jurídica sobre hechos, actos o situaciones producidos con antelación al momento en que entre en vigor, bien sea impidiendo la supervivencia reguladora de una ley anterior, o bien alterando o afectando un estado jurídico preexistente, a falta de ésta. Por el contrario, el principio de la irretroactividad estriba en que una ley no debe normar a los actos hechos o situaciones que hayan tenido lugar antes de que adquiriera fuerza de regulación.”⁵⁰

⁴⁸ La ley no puede obligar antes de existir; por eso es racional y justo que no extienda su eficacia a los hechos efectuados antes de su aparición. Tal es el fundamento y contenido de la máxima de la no retroactividad. COVIELLO, Nicolás, Ob. cit., p. 118. Citado por TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Comentarios al Artículo 203° de la Constitución*. Ob. Cit. Pág. 670.

⁴⁹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Comentarios al Artículo 203° de la Constitución*. Ob. Cit. Pág. 670.

⁵⁰ Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las garantías individuales*. 28ª. Ed. México, Porrúa, 1996. pp. 506-507. Citado por GARCÍA HUANTE, Omar. *La aplicación retroactiva de la Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación*. Tesis para obtener el grado de maestro. Universidad Nacional Autónoma de México. División de estudios de posgrado de la facultad de Derecho. Maestría en Derecho. México D.F. 2009.

Disponble en: http://www.senado.gob.mx/comisiones/hacienda/docs/Magistrado_TFJFA/OGH_Tesisdemaestria.pdf (Fecha de consulta 13/01/18). Pág. 71.

SUB-CAPÍTULO I.

PRECEDENTE VINCULANTE.

Sub capítulo I. Precedente Vinculante.

1.- Preliminares.

El tema materia de investigación ha sido denominado la *Vulneración del derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica por aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante*. Para acometer la tarea primero vamos a abordar la doctrina del Precedente Vinculante en el ordenamiento jurídico peruano⁵¹ y sus distintas manifestaciones, lo cual se constituye como paso previo y necesario para abordar los demás sub capítulos.

En este sub capítulo abordaremos las diversas manifestaciones del Precedente Vinculante en nuestro ordenamiento jurídico, ya sea en su variante de Precedente administrativo, judicial, constitucional y supranacional vinculante, sin duda vamos a incidir especialmente en el Precedente Constitucional Vinculante, (PV, en adelante), por cuanto es materia de nuestra investigación.

Los precedentes vinculantes, a pesar que provienen de una familia jurídica distinta a la nuestra, nos referimos al *Common Law*, por cuanto nuestra tradición es *Civil Law*, donde predomina el Derecho escrito-positivizado, la doctrina del precedente han tomado carta de ciudadanía y ya se encuentran regulados en nuestro ordenamiento, sin embargo el PV, a diferencia de los demás precedentes, es el tipo de precedente que nos ha causado más problemas, en este trabajo se realizan disquisiciones de uno de los tantos problemas que ha insumido el PV, nos referimos a la Perniciosa Aplicación retroactiva del PV, pero para poder realizar dicho tratamiento es menester contar con ideas previas que nos permitan conocer y solucionar el problema que hemos planteado.

2.- Los precedentes vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano.

Para abordar dicho ítem, por una cuestión didáctica vamos a realizar los estudios del Precedente Vinculante, partiendo por su grado de vinculatoriedad, y por la posibilidad de su cuestionamiento, si nos permiten utilizar el término, es decir precedentes vinculantes existen en todos los ámbitos del derecho y para proceder al estudio de los mismos como ya lo habíamos adelantado, en nuestro medio existen hasta cuatro variantes de precedentes vinculantes: Precedentes

⁵¹ “(...) cuando se alude al ordenamiento jurídico no se piensa únicamente en la Constitución o en las leyes, decretos o reglamentos de un determinado país; por el contrario, se piensa en algo mucho más dinámico y vital (DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel. Segunda Edición. 1987. p. 162; asimismo, Victoria ITURRALDE SESMA, *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995, p. 14.). De ahí que algún sector de la doctrina haya criticado la noción de ordenamiento jurídico entendido únicamente como un conjunto de normas, puesto que considera que el ordenamiento jurídico en su conjunto no es sino “una entidad que se mueve en parte según las normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran las piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien el objeto, e incluso el medio de su actividad, que no es un elemento de su estructura” (ROMANO, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Traducción de Sebastián y Lorenzo Martín Retortillo, Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1963. P. 100.)”. *Vid.* LANDA ARROYO, César. *Los precedentes constitucionales*. En: Castañeda Otsu, Susana (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador) *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Editora Jurídica Grijley. Primera Edición 2010. Pág. 72.

Administrativos Vinculantes, Precedentes Judiciales Vinculantes, Precedentes Constitucionales Vinculantes y Precedentes Supranacionales Vinculantes. Sin embargo es menester realizar algunas disquisiciones que atañen por igual a las cuatro manifestaciones de los precedentes vinculantes en nuestro ordenamiento jurídico.

2.1.- Antecedentes.

Constituye un elemento común en nuestro medio que la categoría del Precedente Vinculante, es un instituto importado, como ya lo habíamos mencionado proveniente de la familia jurídica del *Common Law*, al respecto la doctrina expone: “Esta familia o tradición jurídica del *Common Law*⁵² tiene su origen en Inglaterra en el siglo XVII, aquí el Derecho es creación de los jueces (*judge made law*); se basa en el uso de los principios jurídicos y las decisiones anteriores de sus jueces cuando se esté frente a un caso sustancialmente igual, dejando de lado, lo que para nosotros es común, el Derecho creado a través de normas.

El *Common Law* se ha diferenciado progresivamente en los distintos países donde influye, que solo han conservado un modo común formar de formar y concebir el Derecho. Así, se aprecia una sensible diferencia entre Gran Bretaña y Estados Unidos, pues en este último se reconoce autoridad no tanto al precedente aislado, sino más bien a una orientación contante de la Jurisprudencia.”⁵³

A nuestro turno debemos anotar que el Precedente Vinculante proviene de Inglaterra, producto de una tradición jurídica distinta a la nuestra, donde el Precedente Vinculante, se ha formado no porque su regulación se encontraba prevista en una disposición ya sea de carácter legal o reglamentario, sino por las costumbres que imperaban en la época, es decir los jueces resolvían de acuerdo a las costumbres que imperaban en la isla, ese cúmulo de sentencias que se iban cimentando a través del paso de los años vino a constituir la denominada doctrina del *Stare Decisis*⁵⁴, en virtud de la cual los jueces debían resolver de

⁵² Según señala Victoria Iturralde, en el tema que nos ocupa no resulta propio el término “sistema jurídico” pues debe ser entendido desde una perspectiva cultural como un conjunto de instituciones jurídicas, procedimientos y normas (siendo propio referirnos a un sistema jurídico peruano, francés o español). De otro lado, los términos “tradición” o “familia”, si estarían referidos, en cambio, a un conjunto de actitudes, profundamente arraigadas e históricamente condicionadas. Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Civitas, Madrid, 1995, pp. 13 y 14. Citado por TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica S.A. Primera edición. Diciembre 2011. Pág. 29.

⁵³ Cfr. GALGANO, Francesco. *Atlas de Derecho Privado contemporáneo*. Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Server (Traductores). Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, p. 29. Citado por TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 29.

⁵⁴ “...Desde el siglo XVII, cuando Inglaterra optó por aferrarse a la concepción creadora del Derecho desde la era de la actividad judicial, fiel a la tradición romana, se empezó a gestar una doctrina destinada a darle consistencia y vocación normativa a las decisiones judiciales. Esta doctrina recibió el nombre de **stare decisis**. Con el pasar del tiempo, esta institución ha recibido en la práctica muchas variaciones, las que también abundaron cuando, como producto de la vocación expansiva británica, tal doctrina llegó a las colonias. De hecho no es posible referirse con propiedad a una doctrina del **stare decisis**; sin embargo, hay

acuerdo a los pronunciamientos que ya, se habían emitido anteriormente al momento de resolver un caso. Pues para hablar de un precedente implica que exista un antecedente, que en dicho caso era un problema que anteriormente ya había sido resuelto por los jueces, dicha familia jurídica implica que los jueces hacen y crean el derecho, lo cual no implica que el parlamento, no legislara, sin embargo eran los jueces los aplicaban e interpretaban el derecho.

En relación al Derecho Inglés, la doctrina expone: “Si nos referimos al Derecho Inglés, la Casa de Lores (*House of Lords*) es la cúspide jerárquica del sistema judicial británico, en el que sus decisiones poseen el más alto efecto vinculante.

En el Derecho anglosajón pueden distinguirse dos tipos de precedentes: el persuasivo y el ineludible. Cada denominación del precedente explica por sí misma su grado de vinculatoriedad. Esta tipología o caracterización está relacionada con la jerarquía del órgano que lo emite, el prestigio de los jueces, si se trata de un fallo emitido por unanimidad o solo por mayoría, o si es emitido en tiempos recientes y sin disensiones.

Al respecto, ha anotado Moretti⁵⁵, que para que un precedente vincule a un juez posterior, deben concurrir dos presupuestos:

- La decisión precedente debe estar, ante todo, referido a los mismos hechos (*in point*) respecto a la posterior, esto es, no deben encontrarse diferencias relevantes en puntos de hecho y de derecho, tales que impidan someter ambos supuestos de hecho al mismo régimen jurídico.
- La decisión debe provenir de un órgano judicial superior.

Ahora bien, la principal diferencia entre el precedente persuasivo y el ineludible se aprecia en que, mientras el Juez se encuentra vinculado a este, por lo que aún a falta de convicción deberá adoptarlo en sus decisiones; en cambio, los precedentes persuasivos son citados por los jueces posteriores solo como referencia de apoyo al caso, o incluso para apartarse de ellos (v.gr. *distinguish*). Es decir, solo los aplican si sus criterios los convencen.⁵⁶”

Con relación a la familia jurídica del Civil Law, la doctrina expone: “En esta parte corresponde referirnos al Derecho europeo continental, denominado algunas veces sistema romano-francés, romano germánico o simplemente

cierto número de postulados que le son esenciales son prescindencia de sus variantes.” Vid. CARRUITERO LECCA, Francisco. VALLE-RIESTRA, Javier. ÁNGELES GONZÁLES, Fernando. *Código Procesal Constitucional*. Tomo I. Ediciones Jurídicas. 2004. Pág. 128.

⁵⁵ Se trata de un ilustrativo informe sobre el Common Law en Inglaterra. MORETTI, Francesca. “El precedente judicial en el sistema Inglés.” En: *Atlas de Derecho Privado contemporáneo*. Francesco Galgano (coordinador). Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, p. 36. Citado por TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 29.

⁵⁶ MORETTI, Francesca. “El precedente judicial en el sistema Inglés”. Ob. cit., p. 38. Citado por TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica S.A. Primera edición. Diciembre 2011. Pág. 30.

Derecho Continental. Como se sabe, tal denominación proviene de la separación geográfica de las islas Británicas con el resto de Europa.

(...) En Francia del Antiguo Régimen, la actividad judicial estuvo en cuestionamiento por los altos tribunales denominados *parlements*. Sus jueces estaban tan arraigados en los lastres del régimen feudal que encontraban inaceptables las innovaciones liberales.

Tal situación trajo consigo el rechazo popular que fuera recogido por Montesquieu, para quien los jueces no deberían tener ningún poder político sino que deben aplicar ciegamente la ley. Así nos revela, cuando señala: “No hay libertad (...) si el poder de sentenciar no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo” o que “los jueces de una nación no son (...) sino la boca que pronuncia las palabras de la ley.” En el mismo sentido, Robespierre acotó: “En un Estado que tiene una Constitución y una legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la ley.”

Es en ese contexto que el régimen impuesto por la Revolución Francesa proclama la supremacía de la ley y el Legislativo se convierte en el primer poder del Estado, mientras que el Judicial se encuentra subordinado al mandato del legislador. Luego, vendría la conocida codificación napoleónica con las innegables influencias que tuviera en nuestro país hasta nuestros días.⁵⁷

Las aproximaciones que hemos transcrito son cuestiones meramente didácticas propias de nuestra formación en los claustros universitarios, sin embargo la “aparente” diferenciación y separación radical⁵⁸ de las dos familias jurídicas *Civil Law* y *Common Law*, no es tal y no es una verdad de perogrullo que actualmente asistimos a lo que la doctrina denomina una diferenciación actualmente inexistente⁵⁹, ello no quiere decir que en la Gran Bretaña⁶⁰ de antaño no se expedían leyes y por lo tanto todo el derecho era “creado”

⁵⁷ TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica S.A. Primera edición. Diciembre 2011. Pág. 33.

⁵⁸ “(...) los acercamientos entre los sistemas del *common law* y *civil law* y la evolución de la cultura jurídica hacia el precedente vinculante parten de un presupuesto común: el encontrarse cada autoridad con poder decisorio frente a una colectividad que tiene el mismo o semejante nivel de desarrollo económico y social.” Vid. ARATA SOLÍS, Moisés. *La jurisprudencia de nuestro tiempo: del precedente persuasivo al precedente vinculante*. En: Los plenos civiles vinculantes de la Corte Suprema. Análisis y comentarios críticos de sus reglas. Gaceta Jurídica. Primera edición. Mayo 2016. Pág. 15.

⁵⁹ Vid. PAZO PINEDA, Oscar Andrés. *El precedente constitucional vinculante: perspectivas desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: TC. Gaceta Constitucional. Tomo N° 68. Agosto 2013.

⁶⁰ No resulta ocioso precisar que Inglaterra, siendo la cuna del Constitucionalismo clásico, el *Speculum Constitutionale*, conserva la pureza de sus instituciones hasta el día de hoy, pues con la entrada a la Unión Europea, muchas cosas han cambiado en la gran isla: “Se ha convertido en lugar común observar que el Reino Unido ha estado recientemente sufriendo un proceso de transición de una constitución “política” a otra “legal”. En otras palabras: asuntos que hasta ahora estaban sujetos sólo a una regulación y sanción política o moral, están ahora siendo más y más gobernados por reglas legales y por tanto pueden dar lugar a disputas susceptibles de ser judicializadas. Puede identificarse un cierto número de razones para ello (que se refuerzan mutuamente), incluyendo la pertenencia a la Unión Europea, la expansión de la revisión judicial [...] y, en particular, la masa de medidas de reforma constitucional puestas en práctica por el gobierno laborista desde 1997”. (“Reforming the UK Constitution: Law, Convention, Soft Law”, *Modern Law Review*, 71, 6, 2008, p. 853).” Vid. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. *El ejemplo constitucional de Inglaterra*. Universidad Nacional Autónoma de México. 2010. (Nota a la Segunda Edición). Pág. XXI.

exclusivamente por los jueces, tal argumento no es de recibo⁶¹, en la misma línea argumentativa la doctrina expone: “Esto no impide, por cierto, **que el Parlamento sancione leyes, pero son todavía muy pocas** y llegado el caso no pueden ir contra el *common law* (este es, como se sabe, el principio sostenido por el juez Coke en el célebre caso Bonham de 1610). (Resaltados nuestros).

Compartimos plenamente el argumento del Profesor García Belaunde, y resaltamos el uso adecuado del término Parlamento para diferenciarlo del término Congreso, que es más adecuado para nuestra realidad⁶².

Retomando nuestros argumentos, habíamos expuesto que la distinción entre *Common Law* y *Civil Law*, obedece a una cuestión meramente didáctica, y académica, por cuanto nuestro ordenamiento ha adoptado al Precedente Vinculante, el cual proviene del *Common Law*, y le ha dado carta de ciudadanía, lo que la doctrina denomina *Precedente a la Peruana*⁶³, y junto a ello ha importado instituciones novedosas referentes al precedente vinculante, como son el *overruling*, *distinguishing*, etc. Es decir hemos adoptado instituciones propias de una familia jurídica distinta a la nuestra, y quizás por ello, los denominados trasplantes jurídicos nos han traído múltiples problemas.

La aparente y tajante separación de las familias jurídicas⁶⁴, se torna cada vez más evidente y ello no debe escandalizarnos, por cuanto lo mismo ha

⁶¹ Vid. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El precedente constitucional: Extensión y límites*. En: Pensamiento Constitucional. N° 22. 2017. Pág. 87. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/19940/19962> (Fecha de consulta 30/08/18).

⁶² “Como se sabe, si bien el Parlamento y Congreso son términos sinónimos, responden a desarrollos históricos diferentes. El Parlamento es propio de los sistemas de gobierno parlamentario; el congreso, de aquellos de corte Presidencial. El vocablo “Parlamento” alude al hecho de que el monarca “bajaba al llano” para conversar (parlar) con sus súbditos sobre determinados temas de relevante interés. Por el contrario, en un escenario ausente de monarquía como el norteamericano, el “congreso” era el recinto que reunía (que congregaba) a los diferentes representantes de la sociedad para discutir los temas de mayor importancia. De allí que sea más propia a nuestra realidad, en estricto rigor técnico y como mero comentario al margen, la denominación de Congreso que la de Parlamento.” GARCÍA CHÁVARRI, M. Abraham. *Acusación constitucional y debido proceso*. Jurista Editores. Edición Marzo 2008. Pág. 41.

⁶³ Vid. DONAYRE MONTESINOS, Christian. *Precedente constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional*. En: Landa Arroyo, César. (Director). *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año III. N° 5. Enero - Junio. Lima 2007.

⁶⁴ “(...) ¿cómo es posible que una doctrina proveniente de una tradición totalmente distinta a la cual está adscrita el Perú haya podido instalarse en nuestro ordenamiento constitucional? Es cierto que somos tributarios de la tradición civilista-romanista, que formamos parte de esta familia, pero no se puede negar que cada vez más todas ellas -sobre todo la nuestra y la del *common law*- se van articulando y prestándose elementos que antes eran exclusivos y representativos de una y otra, (...)” Vid. MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo. *El stare decisis constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales*. En: Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año III. N° 5. Enero - Junio. Lima 2007. Pág. 75.

“Esta convergencia ha permitido que en todas la jurisprudencia sea considerada como una válida fuente de derecho. Es cierto que en su origen, la tradición civilista, sobre todo a través de la familia a la que pertenece nuestro país, no haya utilizado la doctrina del *stare decisis*, pero tal argumento no es óbice para que ella no pueda aceptarse en la actualidad, con características propias y según las necesidades que dé se tenga. No es admisible, en el mundo de hoy, una contraposición tajante entre las familias de Derecho; una antítesis tal destacaría las tendencias dominantes en cada una de ellas en una versión absoluta, y devendría en una posición inexacta e incompleta de lo que de hecho ocurre en el presente tanto en el *civil law* como en el

ocurrido con el denominado sistema dual de control de constitucionalidad de las leyes (control difuso y control concentrado)⁶⁵ y en la práctica es una verdad que nadie discute y podemos colegir que el Tribunal Constitucional Peruano⁶⁶ (TC, en adelante) también realiza control difuso⁶⁷, pese a que teóricamente fue diseñado para realizar control abstracto y el Poder Judicial Peruano (PJ, en adelante) le fue encomendada la labor de realizar control difuso⁶⁸, sin embargo podemos colegir que ellos ha sido desbordado por la labor de la judicatura constitucional.

La doctrina da cuenta de ello: “En el caso peruano es necesario señalar que poseemos ambos sistemas de control de constitucionalidad, por cual se considera que en Perú funciona un sistema dual, que es realidad poco común en el derecho constitucional comparado. El control difuso se encuentra consagrado por el artículo 138 de la norma constitucional⁶⁹, mientras que el control concentrado se encuentra regulado en los artículos 200 y 202 del citado cuerpo de leyes. De hecho, el Tribunal Constitucional puede también hacer uso del control difuso cuando resuelve en última instancia procesos constitucionales.⁷⁰”

Con relación a la aparente separación de las dos familias jurídicas da cuenta la doctrina: “No obstante ello, existe cada vez con mayor notoriedad una

common law.” Vid. MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo. *El stare decisis constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales*. Ob. Cit. Pág. 93.

⁶⁵ Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2004. Primera Edición: 2004.

⁶⁶ En este punto debemos remarcar que el TC, vía control difuso declara la ineficacia (*rectius*, anula) de una disposición, la expulsa, pero no la deroga, en consecuencia es errado argumentar que el TC “deroga” normas. En un argumento errado la doctrina: “El citado ente, que sería denominado en general Tribunal Constitucional, posee la facultad de derogar la norma en cuestión, con evidentes efectos *erga omnes*, a través del uso del denominado control concentrado de constitucionalidad.” Vid. GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *El problema del control difuso en sede administrativa*. En: Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Tomo 77. Mayo 2014. Pág. 17.

⁶⁷ Al respecto es ilustrativo el Precedente Constitucional Vinculante recaído en la Sentencia (STC, en adelante) del Expediente (Exp, en adelante) Número (Nº, en adelante), STC. Exp. Nº 4677-2004-PA/T C. Caso Confederación General de Trabajadores del Perú - CGTP. Fundamentos Jurídicos (FJ, en adelante) 31 y 32:

31. Adicionalmente, no es posible soslayar que incluso al supuesto exceptuado de la prohibición absoluta de reuniones en el Centro Histórico (los eventos tradicionales), se le ha sometido al requisito de autorización previa, a pesar de que, tal como se ha sostenido en el Fundamento 15 e), *supra*, el derecho de reunión es de eficacia inmediata y, por consiguiente, no está supeditado a la autorización antelada de ninguna autoridad, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir su ejercicio por razones constitucionalmente justificadas.

32. Por todos estos motivos, el Tribunal Constitucional considera inconstitucional el inciso f) del artículo 132º de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML, motivo por el cual, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas, previsto en el artículo 138º de la Constitución, lo declara inaplicable.

⁶⁸ Nótese que el Proceso Constitucional de Acción Popular, mediante el cual se controla la constitucionalidad de los reglamentos es un proceso concentrado que lo realiza exclusivamente el PJ. Vid. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *Sentencias del Poder Judicial frente a normas ilegales e inconstitucionales. Resoluciones de acción popular de observancia obligatoria para la Administración Pública y los abogados*. TC Gaceta Constitucional. Gaceta Jurídica. Primera Edición Julio 2013.

⁶⁹ Constitución de 1993: Artículo 138 (...). Citado por GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *El problema del control difuso en sede administrativa*. Ob. Cit. Pág. 17.

⁷⁰ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *El problema del control difuso en sede administrativa*. Ob. Cit. Pág. 17.

marcada influencia de las instituciones y los mecanismos del *common law*. Como hiciera notar Alberto Bianchi, “[s]i bien el mundo jurídico ha estado dividido tradicionalmente en dos sistemas o tradiciones jurídicas: el *common law* anglosajón, y el *civil law* en los países europeos continentales, no puedo ocultar que esa división hoy es más aparente que real, y podría considerarse desactualizada”⁷¹. Uno de los aspectos más relevantes se relaciona con la posibilidad de los tribunales de emitir precedentes vinculantes. Sin embargo, debe precisarse que la noción de “precedente vinculante” no fue tan necesaria en el *common law*, toda vez que, en virtud del *stare decisis* y del respeto a los pronunciamientos del superior jerárquico, no era indispensable que el fallo se emitiera en la calidad de precedente de obligatoria observancia. En todo caso, esta situación sí representa una nueva idea respecto del rol que deben asumir los jueces, y también los magistrados del Tribunal Constitucional.⁷²

3.- Definición General del Precedente Vinculante.

La doctrina expone que el Precedente es una: “**Decisión jurisdiccional previa** que tiene similitudes sustanciales con casos actuales, que por razones, tanto de fondo como autoritativas, se invoca para dar solución a los casos nuevos. En similar sentido, pero desde una perspectiva funcional, el precedente puede ser visto como una técnica de solución de casos que toma como punto de partida las circunstancias de hecho de un caso anterior y las razones sustantivas por las que el juez resolvió dicho caso, para darle solución al nuevo caso según lo dispuesto en el antiguo. La aplicación de la calificación de los hechos dependerá de la similitud del nuevo caso con el anterior. Esta semejanza o diferencia debe ser relevante. (Resaltados nuestros).

El reconocimiento de esta técnica conlleva no solo la responsabilidad en cuanto a la aplicación del precedente, sino también en lo referido a las decisiones que se adoptan hoy y se toman como precedentes en el futuro. De ahí que exista cierta preocupación en el empleo preciso del lenguaje en la caracterización del caso, en la justificación del fallo y del fallo mismo.

Entre los fundamentos para la invocación del precedente se encuentran el principio de universalidad, por el cual se debe estar dispuesto a aplicar la misma consecuencia a situaciones sustancialmente iguales, y el principio de inercia por el cual una razón anteriormente aceptada no puede descartarse con posterioridad sin una justificación. Estos fundamentos tienen en común el mandato de coherencia que subyace en todo razonamiento práctico general; esta coherencia es exigida, centralmente, a la institución que ejerce la función jurisdiccional, y adicionalmente a quienes participan en la actividad deliberativa del proceso.

⁷¹ BIANCHI, Alberto. *Control de constitucionalidad*. Tomo I. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 363. Citado por PAZO PINEDA, Oscar Andrés. *El precedente constitucional vinculante: perspectivas desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 101.

⁷² PAZO PINEDA, Oscar Andrés. *El precedente constitucional vinculante: perspectivas desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 101.

El precedente opera como una forma de argumentación jurídica que brinda una respuesta al caso nuevo y semejante a uno anterior en sus elementos relevantes. Hasta este punto, el razonamiento jurisdiccional resulta ser de tipo deductivo (una vez identificado el extremo que vincula, para lo cual se requiere, por el contrario, un razonamiento inductivo, que extrae de lo particular una premisa general) pues el precedente opera como premisa mayor a la que se subsumen los hechos en calidad de premisa menor. Sin embargo, el razonamiento con base en precedentes no se agota en este aspecto, pues está abierta la posibilidad de reexaminar la discusión, para lo cual se traslada la carga de la argumentación para quien solicita el reexamen de las razones.

Dada la forma de razonamiento sobre la base de precedentes, la preocupación constante por la independencia judicial (o por la pretensión de corrección, según Alexy) debe entenderse no como una imposición de criterios del juez superior jerárquico, sino como la inserción de una razón institucional adicional basada en consideraciones sobre casos concretos que se presentan en el Derecho.

Aunque el empleo de la técnica del precedente es variado, se han identificado hasta cuatro aspectos generales que están presentes en todo supuesto, en mayor o menor medida, a los que se les ha denominado las dimensiones institucional, objetiva, estructural y de eficacia (Taruffo). Estas dimensiones están referidas a: i) quién emite el precedente en el marco del sistema organizativo jurisdiccional; ii) cuál es el extremo cuyas razones trascienden el caso; iii) cuántas veces tienen que haber sido utilizadas las razones para que el caso se configure como precedente; y iv) cómo este vincula.⁷³

A nuestro turno debemos anotar que no compartimos el argumento de que el Precedente sea una “**Decisión jurisdiccional**”, dicha aseveración podrá ser válida, para una definición clásica del precedente vinculante, pero no para una definición moderna, sí cabe el término, por cuanto, como ya es bien sabido, no sólo los organismos de naturaleza jurisdiccional (Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Cortes Supranacionales) expiden precedentes vinculantes, sino también organismos de naturaleza eminentemente administrativa, y con ello también la jurisdicción supranacional, también expiden precedente, no es sólo dentro del ámbito de la judicatura donde se necesita certeza, seguridad jurídica y previsibilidad, que justamente son las funciones que cumple el Precedente Vinculante, sino que estos principios deben ser aplicados en todo tipo de procesos no sólo dentro un proceso, sino también dentro de un procedimiento, por lo tanto para perfilar la definición debemos anotar que el Precedente es una decisión de una corte vértice, sea está nacional (administrativa, judicial o constitucional) o supranacional, encargada de extraer una regla de un caso en concreto, la cual es oponible de acuerdo a la tipología de precedente que se expida, pues como ya lo vamos a graficar más adelante, el grado de vinculatoriedad no es el mismo, en consecuencia el término jurisdiccional resulta un tanto reducido, dicho esto vamos a realizar algunos apuntes sobre el

⁷³ GACETA JURÍDICA. TC Gaceta Constitucional. Constitucionalismo Crítico. *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Primera Edición. Enero 2012. Págs. 344-345.

precedente en el ordenamiento jurídico peruano, centrándonos en el Precedente Constitucional Vinculante.

Cabanellas define al Precedente: “**Precedente**. Anterior en el tiempo o en lugar. Primero en colocación o ejercicio. Antecedente. Resolución anterior de un caso igual o bastante similar. Ejemplo. Práctica, uso. Hecho, asunto, decisión en que, por analogía o coincidencia, se basa una petición, alegato o pronunciamiento.

La jurisprudencia inglesa y la mayor parte de sus tradicionales instituciones se basa en los *precedentes*. (v. Fazaña).”⁷⁴

4.- Las manifestaciones del Precedente Vinculante en el Ordenamiento Jurídico Peruano.

Por una cuestión académica, vamos a comenzar este espacio, recurriendo a la siguiente clasificación, partiendo por el grado de vinculatoriedad, por lo que debemos ir de manera ascendente de menor a mayor por lo que recurrimos a la siguiente clasificación del precedente:

Por los grados de vinculatoriedad del precedente en el ordenamiento jurídico peruano, de menor a mayor implica comenzar por el precedente administrativo, judicial, constitucional y supranacional vinculante.

Por la posibilidad de cuestionamiento del precedente en el ordenamiento jurídico peruano, de menor a mayor posibilidad de cuestionamiento implica comenzar por el precedente administrativo, judicial, constitucional y supranacional vinculante.

No resulta ocioso precisar que no compartimos el diminuto punto de vista de la Academia de la Magistratura (AMAG, en adelante)⁷⁵, pues sólo considera

⁷⁴ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo VI. P-Q. 23 Edición. Revisada actualizada y ampliada. Editorial Heliasta. Pág. 346.

⁷⁵ **Artículo 151° de la Constitución Política del Perú.** *La Academia de la Magistratura, que forma parte del Poder Judicial, se encarga de la formación y capacitación de jueces y fiscales en todos sus niveles, para los efectos de su selección.*

“El texto del artículo 151 de la Constitución no es claro parece sugerir que la Academia se instituye para formar y capacitar a candidatos a jueces y fiscales (es decir, para una capacitación previa a la postulación), y para preparar a los magistrados en ejercicio para el ascenso.

Al respecto, coincidimos con Marcial Rubio cuando interpretando el primer párrafo del artículo 151 sostiene que caben dos interpretaciones posibles: a) La primera es que todo candidato a juez o fiscal debe llevar un Curso en la Academia, señalando que en ese supuesto, la Academia podría verse obligada a dar el mismo curso a miles de personas; b) La segunda “es considerar que dicho curso es una etapa indispensable en el proceso de selección y, así el curso podría darse a candidatos preseleccionados y no a todos los postulantes (...)”, interpretación que parece más acorde con las posibilidades reales y con el fin de preparar a quienes ingresarán al Poder Judicial. No obstante el mismo Rubio señala: “Para nosotros las dos alternativas son interpretaciones razonables y, por razones operativas y de ratio legis la segunda es la más adecuada. (RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 234)” *Vid. LÓPEZ DE ROMANA, Javier de Belaunde. Comentario al artículo 151° de la Constitución Política del Perú. Academia de la Magistratura*. En: Gutiérrez Camacho, Walter. (Director). *La Constitución Comentada. Artículo por artículo*. Tomo III. Gaceta Jurídica. Segunda Edición Enero 2013. Pág. 432.

sólo tres formas de precedentes para nuestro ordenamiento jurídico, veamos sus argumentos:

“El precedente en Perú ha tenido tres grandes ámbitos de desarrollo. Así, tenemos en primer lugar el **precedente constitucional**, (...) Luego, tenemos el precedente judicial, (...) y, finalmente, el precedente administrativo, el cual al ser emitido por entidades diversas es el que goza de menos organicidad. Aun así, son tres manifestaciones que, con sus particularidades, son muestra de la relevancia que ha alcanzado en pocos años la figura del precedente en nuestro ordenamiento jurídico.⁷⁶”

Más adelante en su respectivo ítem ampliaremos nuestros argumentos por lo el momento a guisa de ejemplo podemos colegir que un Precedente Administrativo Vinculante puede ser cuestionado en la vía judicial a través de un Proceso Contencioso Administrativo, o en puridad se podrá recurrir a los procesos constitucionales⁷⁷, o si estamos ante un Precedente Judicial Vinculante (por lo general suelen estar contenidos en el Recurso extraordinario de Casación, o en el Recurso de Nulidad, dependiendo de la materia), sin embargo lo podemos cuestionar a través de un Proceso de Amparo contra resolución judicial⁷⁸, y si estamos ante un Precedente Constitucional Vinculante o

⁷⁶ ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Manual Auto Instructivo del Curso "Control de Convencionalidad y Control de Constitucionalidad: Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional y Estándares de la CIDH"*. II Nivel de la Magistratura (20° Programa de Capacitación para el Ascenso). Elaborado por Dr. Luis Castillo Córdova. Lima-Perú. 2018. Pág. 37.

Consideramos que el error viene repitiéndose en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Material Auto Instructivo del Curso "Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional y estándares de la CIDH" III Nivel de la Magistratura*. Elaborado por Dr. Wilder Tuesta Silva. Lima-Perú. Mayo 2016. Pág. 37.

⁷⁷ Ello implicaría que no exista una vía igualmente satisfactoria, al respecto es paradigmático el FJ. 15 del PV, recaído en la STC. Exp. N° 02383-2013-PA/TC. Caso Elgo Ríos Núñez.

15.- Queda claro, entonces, que la vía ordinaria será “igualmente satisfactoria” a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:

- Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
- Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
- Que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y
- Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

En sentido inverso, la ausencia de cualquiera de estos presupuestos revela que no existe una vía idónea alternativa al amparo, por lo que la vía constitucional quedará habilitada para la emisión de un pronunciamiento de fondo (salvo que se incurra en alguna otra causal de improcedencia).

⁷⁸ El plazo para interponer Proceso de Amparo contra resolución judicial, se encuentra prevista en el artículo 44° del CPConst., al respecto la doctrina expone: “(...) los problemas de aplicación del plazo de extinción en las demandas de amparo en general y en las demandas de amparo contra resolución judicial en particular, se deben en gran medida a la regulación engorrosa contenida en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional. En principio, al hacer el legislador uso de locuciones correspondientes a la figura de la prescripción regulada en el Código Civil (pero que tampoco corresponde a la caducidad), cuando el plazo de interposición de la demanda de amparo constituye simple y llanamente un plazo de extinción propia del Derecho Procesal Constitucional y que tiene naturaleza, contenido y características propias y distintas de las figuras de la prescripción y la caducidad del Código Civil las que no compatibilizan con los fines y principios de la justicia constitucional.” Vid. JUÁREZ JURADO, Eder. *Comentarios al Artículo 44° del Código Procesal Constitucional. Plazo de interposición de la demanda*. En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo I. Primera Edición. Diciembre 2015. Pág. 487.

Supranacional Vinculante, ensayar una respuesta resulta un tanto complicado por lo que recurrimos a la pregunta ¿Cómo cuestionamos la vinculatoriedad de dichos precedentes, los cuales gozan respecto a los demás precedente de un grado mayúsculo de vinculatoriedad? Adelantando la respuesta debemos decir que dichos precedente sí pueden ser cuestionados, por cuanto podemos recurrir a lo que la doctrina denomina excepciones a los precedentes vinculantes.

Con relación a lo que consideramos una incompleta clasificación de las manifestaciones del Precedente Vinculante, falta el Precedente Supranacional Vinculante, en el ordenamiento jurídico peruano la doctrina expone: “(...) Progresivamente se ha incorporado en el ordenamiento jurídico peruano la figura del precedente, ya sea a nivel administrativo, en la labor de la judicatura ordinaria⁷⁹, o en el quehacer de nuestro Tribunal Constitucional, tanto así que en la actual realidad peruana ahora se habla de precedentes administrativos, precedentes judiciales (o de la judicatura ordinaria) y precedentes constitucionales (o del Tribunal Constitucional). En este escenario, justo es destacar como en el Perú este fenómeno de paulatina consagración del precedente ha tenido y tiene un papel central la labor asumida a nivel administrativo (...)”⁸⁰

“Así, los precedentes y doctrina jurisprudencial del TC son vinculantes porque así lo establecen los arts. VI y VII del Código Procesal Constitucional; igualmente, la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema en materia penal es vinculante porque así lo establece el artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales, el artículo 433°.3; asimismo, en materia civil son vinculantes porque así lo establece el artículo 400° del Código Procesal Civil; en materia contencioso-administrativa son vinculantes porque lo estipula el artículo 40° del TUO del Proceso Contencioso-Administrativo, D.S. N° 013-2008-JUS; en materia laboral son vinculantes porque lo estipula la Ley Procesal del Trabajo N° 29497; igualmente, las decisiones de la Sala Constitucional y Laboral de la Corte Suprema son vinculantes cuando absuelve apelaciones o consultas en los casos en que los órganos jurisdiccionales inferiores inaplican una norma infraconstitucional, en virtud a las propias disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial; finalmente, en el ámbito administrativo los Tribunales Administrativos pueden dictar precedentes de obligatorio cumplimiento por las

“Es de aclarar que la llamada inimpugnabilidad de la sentencia casatoria debe entenderse como irrecurribilidad, ya que resulta viable cuestionar la misma a través de medios impugnatorios extra proceso, como la propia acción de revisión a la que menciona el CPP, o a través de acciones de garantía constitucional, según el caso.” Vid. IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando. *Teoría de la impugnación en el Código Procesal Penal de 2004*. En: Alva Monge, Pedro. (Coordinador). *Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso penal*. Gaceta Jurídica. Primera Edición Setiembre 2012. Pág. 85.

⁷⁹ En ese sentido, y solamente por citar algunos ejemplos, lo previsto en normas como los artículos 400 del Código Procesal Civil, 34 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo o el 301-A del Código de Procedimientos Penales, y los pronunciamientos que se han realizado a su amparo. Citado por ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *Notas sobre la configuración, uso y alcances de los precedentes por la administración y el Indecopi en el Perú*. En: Precedentes y Normativa del Indecopi en Propiedad Intelectual. Serie Compendios Normativos N° 1 INDECOPI. Lima. 2014. Pág. 26.

⁸⁰ ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *Notas sobre la configuración, uso y alcances de los precedentes por la administración y el Indecopi en el Perú*. En: Precedentes y Normativa del Indecopi en Propiedad Intelectual. Serie Compendios Normativos N° 1 INDECOPI. Lima. 2014. Págs. 26-27.

demás instancias en virtud a lo dispuesto por la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.”⁸¹

4.1.- Precedente Administrativo Vinculante.

4.1.1.- Antecedentes del Precedente Administrativo Vinculante.

Como ya lo mencionamos anteladamente el precedente vinculante es una institución importada, la cual ha sido creada para uniformizar los lineamientos interpretativos de aquellos que imparten justicia, que para este ámbito se da en el ámbito de la administración, negar ello, implica argumentar de manera implícita que en el ámbito administrativo, existen disposiciones claras, y por lo tanto carentes de problemas interpretativos, lo cual no es un argumento de recibo, pues no es difícil darse cuenta que cuando una persona lee un texto una obra, una novela, como es natural le da su propia interpretación, lo mismo ocurre en la judicatura, en la administración pública, por lo tanto es muy importante que exista uniformidad en la aplicación de las disposiciones, para dotar de seguridad jurídica, más que una aplicación al derecho a la igualdad, por lo tanto en sede administrativa también se requiere de previsibilidad, lo cual se materializa a través del Precedente Administrativo Vinculante, el cual registra antecedentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto la doctrina expone: “Importante es aquí resaltar la labor del Tribunal Fiscal, que desde por lo menos el año 1980, en aplicación del artículo 134 del Código Tributario, modificado por el Decreto Ley 23207, comienza a calificar como “jurisprudencia obligatoria” a algunas de sus resoluciones. Sin embargo, es recién tiempo después, y en épocas similares a las de Indecopi, que comienza a establecer precedentes de observancia obligatoria. Necesario es anotar que en el caso peruano son las pautas fijadas por Indecopi respecto a las que van a ser seguidas por otras entidades administrativas (...)”⁸²

“Si en el Estado Constitucional todos tenemos que actuar de acuerdo con el Derecho y los derechos (sobre todo si se cuenta con capacidad para influir o incluso imponer pautas de conductas a los demás), la Administración no puede estar ajena a estas exigencias. En los Estados Unidos primero (donde el concepto “process” no se limitó al escenario jurisdiccional, sino que abarca a toda actuación de quien tiene autoridad, sobre todo cuando se compone conflictos o resuelve situaciones de incertidumbre con relevancia jurídica) y luego en Europa, progresivamente se entendió aquello. Por ende, el quehacer de la Administración, comprendido en un contexto europeo inicial como consecuencia del ejercicio de prerrogativas sin control, hoy debe entenderse y ejercerse de acuerdo con principios constitucionalmente establecidos (legalidad, debido proceso, etcétera) y respetar los diversos derechos fundamentales. Estos mandatos deben darse dentro de un contexto garantista en el cual la seguridad

⁸¹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial*. (Introducción a la Parte General) Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Edición: Marzo 2017. Págs. 140-141.

⁸² [Pie de página número 12] ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *Notas sobre la configuración, uso y alcances de los precedentes por la administración y el Indecopi en el Perú*. En: Precedentes y Normativa del Indecopi en Propiedad Intelectual. Serie Compendios Normativos N° 1 INDECOPI. Lima. 2014. Págs. 30-31.

jurídica, la transparencia y la objetividad (que tiene aquí como base a la igualdad de trato a situaciones similares) recogidos por la predictibilidad proporcionada por un precedente tienen una relevancia capital.

De allí la importancia de la labor realizada al fijar precedentes, máxime si ello ha sido tomado como pauta a seguir por otras entidades. Este doble mérito, el de la promoción del precedente, y el de la promoción de la relevancia de la institución del precedente en el quehacer de otras entidades, corresponde en el Perú (...) ⁸³

4.1.2.- Concepto de Precedente Administrativo Vinculante.

Al respecto la doctrina expone: “A decir de Luis María Díez-Picazo, el precedente administrativo es aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndole un contenido similar para casos similares.” ⁸⁴

Si queremos definir al precedente administrativo señalaremos que se trata de aquella resolución emitida por un Colegiado calificado de la Administración Pública, que haya adquirido el carácter de firme y que resuelva un caso concreto y cuya interpretación sobre las normas administrativas tiene proyección general, es decir, que hace predecible la justicia administrativa para aquellos que se encuentren en la misma situación jurídica.

En ese sentido siguiendo a Morón Urbina, el precedente administrativo se fundamenta en tres pilares: la protección de la igualdad de los administrados ante la Administración, la protección de la buena fe y la proscripción de la arbitrariedad en el ejercicio de las potestades discrecionales de las autoridades. ⁸⁵

Así siguiendo a Díez Picazo, Juan Carlos Morón Urbina reflexiona respecto a la exigibilidad de los precedentes para las propias administraciones y anota que se fundamenta en:

- Dar seguridad jurídica a los ciudadanos de que sus asuntos van a ser resueltos bajo los mismos razonamientos jurídicos y consideraciones fácticas.
- Garantizar la buena fe que los ciudadanos tienen al acudir a obtener una declaración, una certificación o una concesión de la autoridad, quedando a salvo que esta no va a ir en contra de sus propios actos anteriores.

⁸³ ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *Notas sobre la configuración, uso y alcances de los precedentes por la administración y el Indecopi en el Perú*. En: Precedentes y Normativa del Indecopi en Propiedad Intelectual. Serie Compendios Normativos N° 1 INDECOPI. Lima. 2014. Pág. 34.

⁸⁴ DIEZ-PICAZO, Luis María. “La doctrina del precedente administrativo.” En: *Revista de Administración Pública*. N° 98, Madrid, mayo-agosto de 1982, p.7. Citado por TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica S.A. Primera edición. Diciembre 2011. Pág. 75.

⁸⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Octava Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 105. Citado por TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica S.A. Primera edición. Diciembre 2011. Pág. 75.

- Interdictar la arbitrariedad, esto es, el trato desigual frente a situaciones sustancialmente iguales.

Como vemos, el precedente en general, también el administrativo, sustenta su existencia en la búsqueda de la predictibilidad en la solución de los conflictos llevados a su dirimencia, esto mediante la unificación de criterios, de modo que a partir de su emisión se eviten los fallos contradictorios en aras de reducir la inseguridad jurídica.⁸⁶

Por otro lado el Profesor Morón Urbina expone: “Denominamos precedente administrativo a la calidad que adquieren los actos administrativos resolutivos firmes que concluyen asuntos particulares pero contienen interpretaciones o razonamientos jurídicos de proyección general, sobre el sentido de algunas normas administrativas. La idea la sintetiza bien, DÍEZ-PICAZO, afirmando que precedente es “el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso similar.”⁸⁷

En términos precisos, el precedente administrativo es aquel acto administrativo firme que dictado para un caso concreto, pero que, por su contenido, tiene aptitud para condicionar las resoluciones futuras de las mismas entidades, exigiéndoles seguir un contenido similar para casos similares.

Debe ser un acto firme el que adquiera calidad de precedente, porque de no serlo aún, puede ser variado válidamente, y por ende, no puede obligar técnicamente a la administración a seguirlo.

En segundo término debe recaer sobre situaciones jurídicas no regladas plenamente, o como algunos autores denominan, cuando se presentan indeterminaciones normativas o interpretativas por cuando sino estaríamos hablando de resoluciones administrativa que se limitan a aplicar la norma expresa directamente.⁸⁸

A nuestro turno debemos decir que el Precedente Administrativo Vinculante, es aquella decisión final (regla) expedida por los tribunales administrativos (cortes vértice), que interpretando con carácter general una disposición, vincula a cierto sector de la administración pública y a los administrados, a fin de dotar de predictibilidad y seguridad jurídica y es fuente principal del derecho administrativo.

⁸⁶ TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica S.A. Primera edición. Diciembre 2011. Págs. 75-76.

⁸⁷ DIEZ-PICAZO, Luis M. “La doctrina del precedente administrativo”. RAP, N° 98. Citado por MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica. Séptima Edición Abril 2008. Pág. 94.

⁸⁸ Sobre el particular FIORINI, afirma “El precedente administrativo no se manifiesta ante el ejercicio de potestades regladas, pues éstas no pueden crear ninguna fuente ante existencia da normas que fundamentan la decisión. pues solo hay aplicación de normas positivas”. FIORINI, Bartolomé; *Derecho Administrativo*, Tomo I, p. 73. Citado por MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica. Séptima Edición Abril 2008. Págs. 94-95.

Con relación a las fuentes del derecho administrativo, Cairampoma Arroyo, anota: “(...) podemos definir al precedente administrativo como la fuente de derecho administrativo mediante la cual la Administración Pública define los criterios vinculantes a supuestos de hecho idénticos, en ejercicio de su potestad discrecional; a excepción de los supuestos en los que el interés general sustente el apartamiento del mismo.⁸⁹”

Consideramos que es el valor seguridad jurídica el que le da sustento constitucional y contenido al precedente vinculante (en sede nacional, nos referimos) no compartimos los argumentos de cierta parcela de la doctrina que fundamente el precedente en base al principio-derecho de la igualdad en la aplicación de la ley, al respecto la doctrina expone:

“Dentro de esta línea, parafraseando a Ortiz Díaz⁹⁰, el precedente administrativo encuentra justificación en el principio de igualdad de los administrados o equidad en el trato, quienes deben ser tratados igualmente cuando se encuentren en supuestos semejantes; actuación que se realiza en el marco de la potestad discrecional. Por ello se puede señalar que el precedente administrativo **encuentra fundamento constitucional en el principio de igualdad y no discriminación**, establecido en toda Constitución.” (Resaltados nuestros) creemos que el Precedente está vinculado a la seguridad jurídica, en el mismo sentido la doctrina expone: “El sentido último de recurrir a la técnica del precedente también es una materia en entredicho. Aquí, frente a quienes plantean que ese último sentido es el de la igualdad, debe resaltarse que hoy la postura mayoritariamente asumida entiende que el precedente se encuentra más directamente relacionado con una intención de universalización sustentada más bien en una preocupación por garantizar seguridad jurídica antes que, en el mejor de los casos, una plasmación de la dimensión formal de la igualdad.⁹¹”

4.1.3.- Efecto vinculante del Precedente Administrativo Vinculante.

“Conforme al artículo VI del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, los precedentes son de observancia para la entidad que los emite al resolver un caso en particular, a partir de allí hacia el futuro.

⁸⁹ CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto. *La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano*. En. Derecho PUCP. Revista de la facultad de derecho N° 73. Derecho Internacional: Crisis, temas en debate y solución de controversias. 2014. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2014. Pág. 489. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/11316/11825> (Fecha de consulta 13/09/18).

⁹⁰ Ortiz Díaz, José. “El precedente administrativo”. Revista de Administración Pública, 24 (1957), p. 98. Citado por CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto. *La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano*. Ob. Cit. Pág. 485. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/11316/11825> (Fecha de consulta 13/09/18).

⁹¹ Una muy buena síntesis de esta controversia la encontramos en GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del Precedente y la Argumentación Racional*. Madrid, Tecnos, 1993. Citado por ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *Notas sobre la configuración, uso y alcances de los precedentes por la administración y el Indecopi en el Perú*. En: Precedentes y Normativa del Indecopi en Propiedad Intelectual. Serie Compendios Normativos N° 1 INDECOPI. Lima. 2014. Pág. 26.

Ahora bien, más allá del ámbito temporal precisado en la referida disposición, respecto a los efectos vinculantes del precedente administrativo, resulta ilustrativo lo anotado por Morón Urbina pues señala que este tipo de precedente[s] vinculan a todo el ámbito de su alcance funcional (por ejemplo si es la interpretación de un sector, comprende a este; si fuere es de un órgano rector del sistema, a todo su ámbito; y así sucesivamente)⁹², aunque, como veremos más adelante, es posible que otro Colegiado se fundamente en un precedente administrativo para resolver un caso conocido en su sede.

En principio cuando se emite un precedente administrativo, este vincula a la institución que lo emite, pudiendo ser invocado por un tercero para que se resuelva igual en un caso sustancialmente análogo, es decir, para que le alcancen los mismos efectos.

Ahora bien, no puede señalarse la existencia de un “derecho al precedente” o a que se cumpla el precedente en todos los casos en tanto este siempre podrá ser revocado por el Colegiado que lo emite, sin embargo, si es posible plantear la anulación del acto que se aparta inmotivada o arbitrariamente del precedente administrativo.⁹³

Es decir, en principio la autoridad administrativa deberá aplicar el precedente si está frente a un caso similar, lo contrario nos afectaría como administrados pues estamos frente a un criterio generalizado que vuelve predecible la justicia en esta sede, salvo, claro está, si estamos frente a un caso donde motivadamente puede apartarse. De otro lado, es posible que la entidad cambie de criterio en un nuevo precedente administrativo, pues si podrán ser modificados si adopta un nuevo criterio interpretativo.

Un precedente administrativo es modificado por la misma entidad en un acuerdo posterior si se considera que no es correcta la interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, **salvo que fuere más favorable a los administrados**. (Resaltados nuestros).

En cualquier caso, para variar la regla que trae un precedente de observancia obligatoria, debe hacer de manera expresa. Además de la emisión de un nuevo precedente, también puede modificárseles por vía reglamentaria, por ley o norma modificatoria posterior, e incluso por mandato judicial firme.⁹⁴

A nuestro turno debemos mencionar que el Precedente administrativo vinculante se encuentra regulado en el artículo VI del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444.

⁹² Idem. Citado por TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica S.A. Primera edición. Diciembre 2011. Pág. 76.

⁹³ Ibídem, pp. 107 y 108. Citado por TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica S.A. Primera edición. Diciembre 2011. Pág. 76.

⁹⁴ TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica S.A. Primera edición. Diciembre 2011. Págs. 76-77.

Artículo VI.- Precedentes administrativos.

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.
2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. **LA NUEVA INTERPRETACIÓN NO PODRÁ APLICARSE A SITUACIONES ANTERIORES, SALVO QUE FUERE MÁS FAVORABLE A LOS ADMINISTRADOS.**
3. En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes. (Resaltados nuestros).

Si bien es cierto que el Precedente Administrativo goza de un menor grado de vinculatoriedad, y admite su desvinculación en comparación con el PV, sin embargo debemos resaltar las bondades del Precedente Administrativo, por cuanto la regla prohibitiva sobre que la *nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados*. NO EXISTE, para las demás manifestaciones del Precedente, consideramos que es un gran acierto, por parte del legislador, por cuanto dicha regulación consolida la seguridad jurídica y dota de un elevado grado de predictibilidad a las decisiones de los tribunales administrativos, ante la pregunta si cabe la aplicación retroactiva perjudicial del precedente administrativo debemos decir que esta proscrito por el legislador, dicha regla se encuentra en consonancia con el derecho al procedimiento preestablecido por la ley.

Es la estabilidad y seguridad jurídica lo que se busca cuando se expide un precedente vinculante a fin de ordenar y pacificar la aplicación de las disposiciones y sus correspondientes normas (interpretaciones), con ello si la administración cambia su interpretación, dicho cambio o viraje jurisprudencial no podrá afectar a aquellos administrados que fueron fieles al precedente vinculante anterior, y por lo tanto actuaron de determinada manera, decantarse por la postura contraria a parte de ser ilegal vulneraría el valor seguridad jurídica⁹⁵ y el derecho al Procedimiento Preestablecido por la ley, veamos lo argumentos de la doctrina:

⁹⁵ Definiendo la seguridad jurídica “El Tribunal Constitucional Federal alemán expresó al respecto: La seguridad jurídica es uno de los elementos fundamentales del principio del Estado de Derecho. Los ciudadanos tienen que ser capaces de prever posibles injerencias de la parte del Estado que los pueden afectar y de comportarse de manera adecuada. Los individuos tienen que poder fiarse de que sus acciones que son lícitas bajo el Derecho actual y de las que siguen determinadas consecuencias jurídicas pueden ser consideradas lícitas en el futuro [...] Seguridad jurídica significa para el ciudadano en primer lugar la protección de la confianza legítima. [Citado por Pielow, o. cit. (nota 44), p. 101]” Vid. DURÁN MARTÍNEZ. Agosto. *El precedente administrativo*. Disponible en: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/download/816/818/> (Fecha de consulta 13/09/18). Págs. 64-65.

“La modificación obedece a la regla elemental de irretroactividad dejando a salvo la naturaleza ejecutiva y estable de los actos administrativos, considerando como única excepción la posibilidad de generar un beneficio en el administrado. Este extremo supone, como bien señala Céspedes, que “[...] al modificarse el criterio de interpretación de la ley por un ente administrativo, aquel no debe aplicarse con criterio retroactivo, básicamente por razones de seguridad jurídica. Indudablemente el cambio en la jurisprudencia debe ser debidamente publicitado [...]”. En otras palabras, mantiene la obligatoria necesidad de publicitar tanto el nuevo criterio como las variaciones que pudieran presentarse.⁹⁶”

Con relación al valor seguridad jurídica, consideramos que en puridad es un valor y no un principio, porque el valor es una aspiración del sistema, es un deber ser, es decir sería lo ideal que reinara la seguridad jurídica, pero en la realidad sabemos que no lo hay, sin embargo suscribimos los siguientes argumentos: “Este principio constituye otro de los pilares, junto al de igualdad de la ley, sobre los cuales se fundamenta el carácter vinculante de los precedentes administrativos. En palabras de Diez Picasso, debe entenderse como “[...] la posibilidad de predecir que los poderes públicos, en un caso concreto, actuarán o dejarán de hacerlo y que, si actúan, lo harán de un modo determinado y no de otro [...]”⁹⁷. Comprendemos que el presente principio contribuye al establecimiento de un clima de predictibilidad y garantía que bien define el referido autor, dado que la Administración “[...] con sus actuaciones precedentes crea una apariencia jurídica y suscita una confianza en los administrados que no puede violar impunemente [...]”.⁹⁸

“De lo expuesto se desprende que la fijación de precedentes administrativos por parte de la Administración Pública supone un primer paso irreversible hacia la creación de una institucionalidad sustentada en el aseguramiento de **derechos y reglas claramente preestablecidas que no permitan una variación injustificada**. Por lo tanto, si bien la seguridad jurídica parte también de la garantía que supone una uniformidad en la aplicación de normas, los precedentes administrativos constituyen una uniformidad relevante de criterio. Este proceder podría ser arbitrario y riesgoso si no se encuentra delimitado y fortalecido por prácticas de fijación de lineamientos de observancia obligatoria.⁹⁹” (Resaltados nuestros).

Si cualquier órgano que tenga la capacidad de expedir precedentes vinculantes no brinda las garantías mínimas para los operadores jurídicos, nos habremos encerrado en la jaula de los leones, pues a la pregunta, si un

⁹⁶ CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto. *La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano*. Ob. Cit. Pág. 485. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/11316/11825> (Fecha de consulta 13/09/18). Pág. 496.

⁹⁷ Diez Picasso, Luis. Ob. cit., p. 13. Citado por CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto. *La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano*. Ob. Cit. Pág. 485. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/11316/11825> (Fecha de consulta 13/09/18). Pág. 500.

⁹⁸ Ibídem Pág. 500.

⁹⁹ Ibídem. Pág. 501.

inversionista extranjero me pregunta, ¿señor abogado según la interpretación¹⁰⁰ de la disposición X el tribunal administrativo ha dejado establecido que se interpreta de conformidad con la regla Y, sin embargo mañana el Tribunal puede cambiar de posición y aplicar la nueva regla de manera retroactiva? Si la respuesta es sí, el inversionista extranjero, tal vez no querría invertir en el Perú, por cuanto no se garantiza la seguridad jurídica, si la respuesta es no, estamos seguros que sí se producirá la inversión por cuanto el sistema es estable e inspira confianza y predictibilidad de cómo se van a resolver las controversias.

Al respecto “El principio de confianza legítima, junto con el de buena fe en las relaciones jurídico-administrativas, dimanar del principio de seguridad jurídica, esto es, la certidumbre en las relaciones con los poderes públicos, saber el administrado a qué atenerse con estos, quienes deben evitar las situaciones objetivamente confusas y mantener las situaciones jurídicas aunque no sean absolutamente conformes con el ordenamiento jurídico. Este principio se conecta, entre otros supuestos, con la teoría de la intangibilidad de los actos propios declaratorios de derechos para el administrado, la limitación de los actos de gravamen y la irretroactividad.

Encuentra aplicación, también, cuando una administración pública dicta y realiza una serie de actos y de actuaciones, que aunque jurídicamente incorrectas, generan una serie de expectativas en el administrado creyendo que ostenta una situación jurídica conforme con el ordenamiento jurídico.¹⁰¹”

4.1.4.- El apartamiento del Precedente Administrativo Vinculante.

“En principio, la doctrina favorece la fuerza vinculante de los precedentes para la propia entidad, si concurren cuatro condiciones: cuando se trate de la misma persona jurídica administrativa (identidad subjetiva), exista identidad entre ambas situaciones de hecho (identidad objetiva), que el interés público no justifique el apartamiento y que el precedente invocado no sea manifiestamente ilegal.

La posibilidad de apartarse de los precedentes halla su fundamento en la atendible necesidad de permitir a una dinámica Administración Pública, actualizar sus criterios (según la oportunidad y la experiencia) si considere que la interpretación del precedente no es la correcta, así como adecuar sus decisiones a las fluctuantes necesidades del interés general; pero se le exige, a

¹⁰⁰ La certidumbre jurídica no refiere solo a conocer qué es lo que dicen los textos, sino también cómo se interpretan y cómo se aplican. [A. Durán Martínez, “Seguridad para las inversiones en el Uruguay”, en A. Durán Martínez, *Estudios de Derecho público*, Montevideo, 2008, vol. II, pp. 80 ss.] DURÁN MARTÍNEZ. Agosto. *El precedente administrativo*. Disponible en: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/download/816/818/> (Fecha de consulta 13/09/18). Págs. 68.

¹⁰¹ E. Jinesta Lobo, *Tratado de Derecho administrativo*, San José de Costa Rica: IUS Consultec y Jurídica Continental, t. I, 2.a ed. amp. y corr., 2009, p. 296. Citado por DURÁN MARTÍNEZ. Agosto. *El precedente administrativo*. Disponible en: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/download/816/818/> (Fecha de consulta 13/09/18). Págs. 67.

cambio, un esfuerzo de razonabilidad que debe plasmarse en la motivación del acto.

Cuando la autoridad se encuentre ante casos iguales, semejantes o análogos, el precedente será aplicable, y adoptara decisiones iguales, para respetar y asegura la igualdad ante la ley. Pero como tratar de manera igual a situaciones desiguales es manifestación de injusticia, la autoridad deberá en este caso estar liberada del precedente existente.¹⁰²

4.2.- Precedente Judicial Vinculante.

“Un precedente judicial es una decisión emanada de un órgano jurisdiccional con autoridad suficiente para imponer, en lo sucesivo, la observancia obligatoria de su fallo a cargo del resto de operadores jurisdiccionales para la resolución de casos análogos.”¹⁰³

4.2.1.- Antecedentes del Precedente Judicial Vinculante.

Podemos encontrar el antecedente del precedente judicial vinculante a nivel legislativo, específicamente en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, (LOPJ, en adelante), transcribimos:

Artículo 22°.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “*El Peruano*” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial “*El Peruano*” en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan. (Resaltados nuestros).

Al respecto la Corte Suprema ha expuesto: “El artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenar la

¹⁰² MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Ob. Cit. Pág. 97.

¹⁰³ VILLANUEVA DEL CARPIO, Diego Alonso. *El valor del precedente judicial desde el ámbito de la argumentación jurídica*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 122. Febrero 2018. Pág. 166.

publicación trimestral en el Diario Oficial El Peruano de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. El objeto de esta previsión normativa, como estatuye el segundo párrafo del indicado artículo 22º, es que los principios jurisprudenciales que se acuerden por el Supremo Tribunal deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento.” (Acuerdo Plenario Nº 1-2007/ESV-22. Asunto: Ejecutorias supremas vinculantes. FJ. 5)¹⁰⁴

4.2.2.- Concepto de Precedente Judicial Vinculante.

Al respecto la doctrina expone: “El precedente es una técnica de argumentación que permite evaluar, ponderar y analizar las razones por las cuales una determinada decisión judicial justificada influye en un caso posterior, empleando una clase de argumentos: fácticos y normativos. El precedente es ante todo una técnica de argumentación jurídica que posee un enorme valor persuasivo¹⁰⁵ y una eficacia indiscutible¹⁰⁶. Un precedente puede ser un motivo fundado y aportar una razón valedera para que el juzgador resuelva un caso¹⁰⁷.

Se entiende por precedente el supuesto ya resuelto en un caso similar¹⁰⁸, el cual goza de relevancia jurídica¹⁰⁹. En el precedente no importa el factor tiempo¹¹⁰ o la repetición de casos, como ocurre, por ejemplo, con la jurisprudencia. Basta que haya un precedente para invocar la autoridad del mismo¹¹¹. En este caso en el derecho inglés se habla de *precedente individual obligatorio*¹¹².

¹⁰⁴ Publicado el 25 de marzo de 2008, en el diario oficial *El Peruano*.

¹⁰⁵ Cfr. Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona: Bosch, p. 236. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Estudio Preliminar*. En: Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y ejecución penal. Tomo I. Instituto Pacífico. Primera Edición Octubre 2016. Pág. 42.

¹⁰⁶ Cfr. Pound, Roscoe, *El espíritu del common law*, trad. De José Puig Brutau, Barcelona: Bosch, 1954, p. 176. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Estudio Preliminar*. En: Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y ejecución penal. Ob. Cit. Pág. 42.

¹⁰⁷ Cfr. Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona: Bosch, p. 233. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Estudio Preliminar*. En: Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y ejecución penal. Ob. Cit. Pág. 42.

¹⁰⁸ Cfr. Díez-Picazo, Luis María, “La doctrina del precedente administrativo”, en *Revista de la Administración Pública*, n.º 98, España: mayo-agosto, 1982, p. 7. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Estudio Preliminar*. En: Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y ejecución penal. Ob. Cit. Pág. 42.

¹⁰⁹ Cfr. Sodero, Eduardo, *Sobre el cambio de precedentes*, México: Isonomía, p. 220: “constituye un precedente para los fines de la interpretación jurídica toda decisión judicial anterior que tenga alguna relevancia para el juez que debe resolver el caso”; Sartor, Giovanni, “Il precedente giudiziale”, en *contratto e impresa*, 1996, p. 238. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Estudio Preliminar*. En: Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y ejecución penal. Ob. Cit. Pág. 42.

¹¹⁰ Cfr. Legarre, Santiago y Julio César Rivera, “Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n.º 1, Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 110. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Estudio Preliminar*. En: Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y ejecución penal. Ob. Cit. Pág. 42.

¹¹¹ Cfr. Ortiz Díaz, José, “El precedente administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 24, Andalucía, 1957, p. 78. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Estudio Preliminar*. En: Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y ejecución penal. Ob. Cit. Pág. 43.

¹¹² Cfr. Legarre, Santiago y Julio César Rivera, “Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’”, art. Cit., p. 110 y 111: “Es importante subrayar que en Inglaterra, Estados Unidos y los demás países de la Common Law,

El precedente está compuesto de dos elementos¹¹³: i) *Un caso* que refleja una específica problemática individual. Una circunstancia empírica que encierra una particular controversia; ii) *La solución* del problema que surge del caso en base a las valoraciones jurídicas correspondientes. El caso a su vez posee dos aspectos: a) La circunstancia fáctica de la cual nace la controversia; b) La cuestión o la controversia jurídica que nace de dicha circunstancia. Por su parte, la *solución* de la controversia cuenta con tres distintos aspectos: a) La secuencia del acto procesal que precede a la decisión; b) La disposición (fallo) que se establece en el caso concreto; c) La motivación de la decisión o fallo. Dentro de la motivación puede encontrarse a su vez a la *ratio decidendi* y a la *obiter dicta*.¹¹⁴

Por otro lado Igartua Salaverría expone: “En primer lugar, por “precedente judicial” puede entenderse una sentencia (o conjunto de sentencias) provenientes de un órgano judicial. En segundo lugar, el término “precedente judicial” puede utilizarse para denotar no una sentencia en su conjunto sino una parte de la misma, aquélla en donde se expresa la decisión del caso concreto. En tercer lugar, la expresión “precedente judicial” se utiliza para designar no una sentencia entera sino una parte de la misma, pero, a diferencia del uso anterior, aquélla que contiene la *ratio decidendi* del caso. Es de prevalente (si no de general) aceptación este tercer y último uso de la expresión “precedente judicial” que la identifica con la “*ratio decidendi*”; y es a lo que me voy a atener. Pero, aun así, vuelve a asomar la ambigüedad; pues por la “*ratio decidendi*” de una sentencia judicial se pueden entender, a su vez, tres cosas diferentes.”¹¹⁵

A nuestro turno debemos mencionar que como ya lo habíamos anotado líneas arriba, en grado de vinculatoriedad el Precedente Judicial Vinculante, es aquel conjunto de reglas que emanan de los *pronunciamientos* de la Corte Suprema, la cual vía interpretación establece criterios que deben ser adoptados y seguidos por los órganos jurisdiccionales, lo cuales tienen la potestad de apartarse de dichos criterios previa motivación.

Precedente y jurisprudencia no es lo mismo, por ejemplo la doctrina expone: “Por precedente se entiende el supuesto ya resuelto en un caso similar¹¹⁶, el cual goza de relevancia jurídica y de una referencia vinculante. En

basta que haya una decisión “*in point*” -es decir, aplicable al caso presente- para que un juez se vea obligado, en principio a seguirla”. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Estudio Preliminar*. En: Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y ejecución penal. Ob. Cit. Pág. 43.

¹¹³ Por todos, Sartor, Giovanni, “Il precedente giudiziale”, art. Cit., p. 236. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Estudio Preliminar*. En: Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y ejecución penal. Ob. Cit. Pág. 43.

¹¹⁴ Véase, Sartor, Giovanni, “Il precedente giudiziale”, art. Cit., p. 237. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Estudio Preliminar*. En: Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y ejecución penal. Ob. Cit. Pág. 43.

¹¹⁵ Chiassoni, “Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto”, cit., p. 78. Citado por IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La fuerza vinculante del Precedente Judicial*. En: JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional. Grijley. Enero N° 1. 2008. Pág. 103.

¹¹⁶ Cfr. DIEZ PICASO, Luis María, “La doctrina del precedente administrativo”, en *Revista de la Administración Pública*, N° 98, Madrid, 1982, p.7. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Los*

el precedente no importa el factor tiempo o la repetición de casos, como ocurre, por ejemplo, con la jurisprudencia. Basta que haya un precedente para invocarse la autoridad del mismo¹¹⁷.”

Al referirnos al precedente judicial vinculante, hemos usado el término *pronunciamientos*, y no hemos empleado la palabra jurisprudencia, por cuanto, en sede penal existe una institución denominada Acuerdo Plenario, que si bien es cierto constituyen interpretaciones de la Corte Suprema, Salas y Juzgados, y si bien es cierto no constituyen pronunciamientos que emanan de la jurisprudencia o que en puridad constituyan precedentes vinculantes, en la realidad podemos colegir que dichos lineamientos son tomados en cuenta por los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados, etc.) al momento de resolver casos, más adelante vamos a precisar el uso indebido que se ha dado del mismo. Por el momento debemos agregar que el Precedente Judicial Vinculante, tiene diversas manifestaciones según la especialidad por ejemplo, tenemos precedentes judiciales vinculantes en materia civil, penal, constitucional, contencioso administrativo, laboral, etc.

A guisa de ejemplo citamos la totalidad de precedentes judiciales vinculantes en materia civil, sin embargo antes debemos citar el siguiente argumento: “El Derecho Civil peruano está experimentando en los últimos años un momento de renovación y evolución. Esto se debe en gran medida a la aparición de los plenos casatorios de la Corte Suprema. Criticados o elogiados, no puede negarse que su impronta es notoria, a tal punto que ningún ensayo, investigación o demanda sobre las instituciones jurídicas contempladas en dichos plenos podrá ser reputada de seria si no comenta lo dispuesto por la Corte Suprema en estas sentencias casatorias.

Por ello, hoy un abogado civilista no puede desconocer el contenido de dichos plenos, especialmente si recordamos que el artículo 400 del Código Procesal Civil establece que la decisión que se tome en ellos constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.”¹¹⁸

Primer Pleno Casatorio Civil. Casación N° 1465-2007-Cajamarca.

Materia: Indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual.

Segundo Pleno Casatorio Civil. Casación N° 2229-2008-Lambayeque.

precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia. (Estudio preliminar) En: Castillo Alva, José Luis. (Director). Ríos Guzmán, Carlos. (Coordinador). Comentarios a los Precedentes Vinculantes en Materia Penal de la corte suprema. Editora jurídica Grijley. 2008. Pág. 34.

¹¹⁷ Cfr. ORTÍZ DÍAZ, José, “El precedente administrativo”, en *Revista de la Administración Pública*, N° 24, Madrid, 1957, p.78. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia.* (Estudio preliminar) En: Castillo Alva, José Luis. (Director). Ríos Guzmán, Carlos. (Coordinador). Comentarios a los Precedentes Vinculantes en Materia Penal de la corte suprema. Editora jurídica Grijley. 2008. Pág. 34.

¹¹⁸ TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. *Los plenos civiles vinculantes de la Corte Suprema. Análisis y comentarios críticos de sus reglas.* (Presentación de la obra). Gaceta Jurídica. Primera edición. Mayo 2016. Pág. 5.

Materia: Prescripción adquisitiva de dominio.

Tercer Pleno Casatorio Civil. Casación N° 4664-2010-Puno.

Materia: Divorcio por la causal de separación de hecho - indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado.¹¹⁹

Cuarto Pleno Casatorio Civil. Casación N° 2195-2011-Ucayali.

Materia: Desalojo por ocupación precaria.

Quinto Pleno Casatorio Civil. Casación N° 3189-2012-Lima Norte.

Materia: Nulidad de Acto Jurídico.

Sexto Pleno Casatorio Civil. Casación N° 2402-2012-Lambayeque.

Materia: Ejecución de garantías.

Séptimo Pleno Casatorio Civil. Casación N° 3671-2014-Lima.

Materia: Tercería de propiedad.

Octavo Pleno Casatorio Civil. Casación N° 3006-2015-Junín.

Materia: Nulidad de acto jurídico.

Noveno Pleno Casatorio Civil. Casación N° 4442-2015-Moquegua.

Materia: Otorgamiento de escritura pública.¹²⁰

De los precedentes vinculantes en materia civil que hemos citado llama la atención que las Salas Supremas Civiles¹²¹, a la fecha -octubre 2018- solo hayan expedido nueve plenos casatorios civiles -se entiende tienen la calidad de precedentes vinculantes-, de los cuales se encuentra pendiente de publicación el octavo pleno casatorio, lo cual contrasta con lo que se da en el ámbito penal que según la lista personal del tesista¹²², a fecha se han expedido ciento ochenta

¹¹⁹ Se puede consultar el video denominado de AGUILAR LLANOS, Benjamín. “El TC le ha adicionado un supuesto al Tercer Pleno Casatorio que el PJ había descuidado.” Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MyZktNj08e4> (Fecha de consulta 13/10/18). El Dr. Aguilar no lo menciona pero creemos se refiere a la STC recaída en el **Exp. N° 00782-2013-PA/TC. Caso Juan Américo Isla Villanueva**, en la cual se puede colegir que el TC ha precisado el Tercer Pleno Casatorio Civil, por lo que en la actualidad se deberá tomar en cuenta no solo el tercer pleno casatorio civil, sino también la citada STC del TC.

¹²⁰ Resulta preocupante que en la **Casación N° 2456-2016-Huánuco**. Se haya aplicado retroactivamente el Noveno Pleno Casatorio Civil.

¹²¹ “Siguiendo la línea hoy mundial destinada a asegurar cada vez mayores condiciones de predictibilidad, la normativa peruana comenzó a incluir referencias destinadas a apuntalar el uso de la técnica del precedente. En ese sentido puede destacarse, por ejemplo, lo dispuestos en el Código Procesal Civil de 1992. Es así que en un primer momento se llamó “doctrina jurisprudencial” a la potestad de la Corte Suprema de Justicia del Perú de fijar criterios con carácter de precedente, y con los efectos que ello involucra. El artículo 400 que contenía esta norma fue corregido mediante una reforma en el año 2009 para adoptar la denominación de precedente judicial.” *Vid. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Manual Auto Instructivo del Curso "Control de Convencionalidad y Control de Constitucionalidad: Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional y Estándares de la CIDH". II Nivel de la Magistratura (20° Programa de Capacitación para el Ascenso). Elaborado por Dr. Luis Castillo Córdova. Lima-Perú. 2018. Pág. 37.*

¹²² Se pueden consultar diversas publicaciones entre ellas: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*. Selección de Ejecutoria de la Corte Suprema. Palestra. Lima 2006. *Vid.*

precedentes vinculantes que se encuentran contenidos en diversos recursos como son el Recurso de Nulidad¹²³ (R.N., en adelante) y Recurso de Casación (CAS, en adelante), sin contar los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema. Paradigmáticas son las palabras del juez supremo Neyra Flores *mutatis mutandis* argumenta: “(...) el código procesal civil es del año 1993 y solo se han hecho ocho plenos casatorios civiles eso quiere decir que no hay problemas en materia civil y procesal civil o si hay problemas.”¹²⁴

Veamos un par ejemplos el primero contenido en la **Casación N° 659-2014-Puno**¹²⁵. **Sumilla:** El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en su primer inciso regula el principio *tempus regit actum*; por lo que, no correspondía citar el artículo 285-A del **Código de Procedimientos Penales** mediando reglas específicas en los artículos 374° y 397° del **Código Procesal Penal**, tal como señala la sentencia recurrida. Sin embargo, no justifica la invalidez normativa de la sentencia de primer grado, por fundarse en institutos procesales propios del proceso penal, comunes a ambos Códigos que coexisten en la actividad jurisdiccional nacional, más aún no media discrepancia sustancial

MINISTERIO DE JUSTICIA y DERECHOS HUMANOS. *Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante Emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Primera Parte Materia Penal (II): Sentencias Plenarias y Precedentes Vinculantes*. Primera Edición Oficial: Junio 2014. Vid. GACETA JURÍDICA. Compendio total de jurisprudencia vinculante penal y procesal penal. Precedentes vinculantes, acuerdos plenarios y doctrina jurisprudencial. Tomo II. Primera Edición: Marzo 2017.

¹²³ No resulta ocioso precisar que en el Código de Procedimientos Penales, no existe el Recurso de Casación, pues dicha función lo cumple el Recurso de Nulidad, a contraposición del Código Procesal Penal, que sí contempla el Recurso Extraordinario de Casación. Al respecto la doctrina: “El recurso de casación, previsto en los artículos 427° y ss, del C.P.P., es una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución, para asegurar el respecto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también el mantenimiento del orden jurídico penal por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva.” Vid. BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Las ejecutorias supremas por interposición del recurso de casación penal*. En: Peña Gonzáles, Oscar. (Coordinador). *Los precedentes vinculantes. Sentencias y acuerdos plenarios en materia penal, casatorios penales en aplicación del Nuevo CPP, pleno casatorio civil. Comentarios doctrinarios Jurisprudencia. Índice analítico*. APECC. Abril 2009. Pág. 161.

¹²⁴ NEYRA FLORES, José Antonio. Conferencia: Derecho procesal penal temas actuales del proceso penal 06-07-16. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=iFwrr-teNA8> (minuto 7, fecha de consulta 13/10/18).

La observación queda graficada en las siguientes casaciones:

Casación. Ejecutorias supremas y la doctrina jurisprudencial. (Artículo 400° del Código Procesal Civil).

En la recurrida no se dan los supuestos de interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial, por cuanto debe señalarse de que esta aún no existe de acuerdo a las formalidades exigidas en el artículo 400 del Código Adjetivo. (Cas. N° 2725-2002-Jaén. Data 35,000. G.J.)

Todavía no existe la doctrina jurisprudencial de acuerdo con el artículo cuatrocientos del Código Procesal Civil. Cas. N° 2990-2002-Cono Norte. Data 35,000. G.J.)

Las ejecutorias supremas dictadas a la fecha no constituyen doctrina jurisprudencial, pues no se han expedido conforme a los requisitos establecidos en el artículo 400 del CPC. (Cas. N° 932-97-Cono Norte Lima. El Peruano, 01/01/98, p.325.)

Al citarse la aplicación de determinada jurisprudencia debe citarse la fuente, pues mal puede decirse que la jurisprudencia ha sido interpretada erróneamente si la sentencia recurrida no la ha empleado.

(Cas. N° 353-T-97-La Libertad. El Peruano, 03/02/98, p. 407.). Vid. GACETA JURÍDICA. DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA. *El Proceso Civil en su jurisprudencia*. Primera Edición Junio 2008. Pág. 323.

¹²⁵ Publicada el día miércoles 9 de noviembre de 2016, en el Diario Oficial *El Peruano*.

con el resultado de la desconexión típica. En tal sentido, el **Acuerdo Plenario Número 04-2007/CJ-116**, al desarrollar el mismo instituto procesal contenido en las normas del nuevo Código Procesal Penal de 2004 se debe aplicar en los casos regulados por éste. Veamos el fundamento jurídico 2.1.1.

2.1.1. Se encomienda al Tribunal de Casación, como cabeza del Poder Judicial, dos misiones fundamentales en orden a la **creación de la doctrina legal** en el ámbito de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas:

(a) la depuración y control de la aplicación del Derecho por los Tribunales de instancia, asegurando el indispensable sometimiento de sus decisiones a la Ley (función nomofiláctica); y,

(b) la unificación de la jurisprudencia, garantizando el valor de la seguridad jurídica y la igualdad en la interpretación y aplicación judicial de las normas jurídicas (defensa del *ius constitutionis*); bajo ese tenor, en sede casacional, dichas misiones se estatuyen como fundamento esencial de la misma, en consecuencia, las normas que regulan el procedimiento del recurso de casación deben ser interpretadas bajo dicha dirección. (Subrayado nuestro).

El segundo ejemplo contenido en el **R.N. N° 302-2012-Huancavelica**.¹²⁶ Precedente Vinculante que versa sobre el plazo para fundamentar del recurso de nulidad, el cual corre desde el día siguiente de su interposición.

Mediante el citado recurso, la Corte Suprema dejó sin efecto el R.N. N° 1004-2005-Huancavelica, finalmente el **R.N. N° 302-2012-Huancavelica**, ha sido tomado como base para expedir la **Sentencia Plenaria N° 01-2013/301-A.2-ACPP. Asunto:** Determinación del plazo de fundamentación del recurso impugnatorio. Unificación jurisprudencial sobre el plazo para fundamentar el recurso de nulidad. En el sétimo FJ., del **R.N. N° 302-2012-Huancavelica** expone:

¹²⁶ Publicada el día martes 16 de Julio del 2013, en el diario oficial *El Peruano*. Al respecto es paradigmático el octavo FJ.8 **Octavo.-** [...] La praxis judicial ha demostrado que las resoluciones judiciales leídas en audiencia pública no son entregadas inmediatamente a las partes. Esta entrega es justificada alegando que la resolución ha de ser mejorada. El principal problema que trae consigo esta demora en cumplir el mandato constitucional es que se impide a las partes poder impugnar debidamente la resolución. El objeto de impugnación tiene que ser de conocimiento de las partes que van a recurrirlo con anterioridad al ejercicio de este derecho. De forma fáctica se cumple este mandato al oralizar la sentencia, pues las partes tienen el conocimiento probable del objeto de impugnación; sin embargo, esta acción limita la posibilidad de impugnarla, ya que el objeto de esta no será la motivación expresada en la audiencia, sino la expresada en la resolución escrita. Los artículos doscientos ochenta y nueve y doscientos noventa y cinco del Código de procedimientos penales, establecen el plazo para interponer el recurso de nulidad; sin embargo, estos artículos u otros del mencionado cuerpo adjetivo, no mencionan la existencia de un plazo para que el Tribunal entregue la sentencia escrita a las partes. La omisión señalada no es un hecho casual, sino que tiene un sentido claro: el sistema de medios de impugnación del Código no permite que la sentencia sea presentada con posterioridad al momento en el cual es emitida. Por esta razón es que el plazo para interponer el recurso de nulidad, en caso de sentencias, es en el mismo acto oral o en caso de reserva su derecho dentro de las veinticuatro horas posteriores a su lectura, presumiéndose que la resolución leída en audiencia es la misma que será entregada al final.

Sétimo: Efectos en el tiempo de la presente sentencia.

Que, el precedente judicial tiene como objeto fijar una línea de interpretación que pueda perdurar en el tiempo. El principal efecto del precedente es la generación de seguridad en el operador jurídico como consecuencia de la previsibilidad de la decisión, en tanto, la resolución del problema jurídico implícitamente trae consigo la creación de una regla para casos estructuralmente similares. La regla fijada en el precedente es el equivalente funcional a una norma emitida por el poder legislativo. Por ende, también es posible aplicar las reglas de interpretación de las normas en el tiempo a una regla fijada a través del precedente, siendo la pauta general la aplicación inmediata de la ley procesal. En este caso, estaríamos frente a la aplicación inmediata de una regla que fija efectos procesales. Aparentemente este razonamiento podría atentar contra los fundamentos del precedente judicial, porque desestabilizaría la seguridad generada por el anterior precedente. Ello es parcialmente correcto, pues efectivamente la aplicación inmediata de una regla a casos anteriores a su vigencia puede traer efectos perjudiciales para la seguridad jurídica; sin embargo, la discusión en torno a este punto ya ha sido decidida por nuestro Tribunal Constitucional, al determinar que: "...En el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, cuyo enunciado es que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior"¹²⁷. El efecto generado con la aplicación inmediata de este precedente es la improcedencia de toda fundamentación del recurso de nulidad que no hubiera sido presentada dentro de los diez días de interpuesto el mencionado recurso. Este precedente es de aplicación inmediata, en tanto, la regla creada no se avoca a un análisis de una norma sustantiva, sino se trata de una norma procesal. Por ello, de acuerdo a la señalada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y extrapolando las reglas de aplicación en el tiempo de la norma penal, la regla creada en este precedente será de aplicación inmediata.

En materia penal: "El ordenamiento jurídico peruano regula la facultad de la Corte Suprema de establecer precedentes vinculantes a través de sus decisiones jurisdiccionales como también de emitir pronunciamientos sobre temas que le conciernen.

(...) En materia penal el art. 301-A del Código de Procedimientos Penales¹²⁸ ha incorporado la figura del precedente obligatorio en el caso de las

¹²⁷ STC. N° 2196-2002-HC/TC, caso SALDAÑA SALDAÑA, Fundamento Jurídico N° 8.

¹²⁸ "1. Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12° 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

sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, siempre que así lo expresan las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Dicho artículo regula también el caso de las sentencias plenarias que se convocan cuando se advierten que otra Sala Penal 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.

Por su parte, el art. 433.3 y 433.4 del Código Procesal Penal de 2004¹²⁹ ha regulado la sentencia casatoria al determinar que “la sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema” y el pleno casatorio al disponer, siempre que se advierta: “que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente.”¹³⁰

A nuestro turno cabe precisar que en nuestro país cohabitan, y de una manera no muy pacífica¹³¹, que digamos, dos organismos que imparten justicia al más alto nivel en sede constitucional, tenemos por un lado a las Salas

sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.

2. Si se advierte que otra Sala Penal 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 los ámbitos referidos a su atribución constitucional– se convocará inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta. En este supuesto no se requiere la intervención de las partes, pero se anunciará el asunto que la motiva, con conocimiento del Ministerio Público. La decisión del Pleno no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno de los Vocales de lo Penal. La sentencia plenaria se publicará en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.” Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Estudio Preliminar*. En: Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y ejecución penal. Tomo I. Instituto Pacífico. Primera Edición Octubre 2016. Pág. 41.

¹²⁹ “3. En todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.” Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Estudio Preliminar*. En: Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y ejecución penal. Tomo I. Instituto Pacífico. Primera Edición Octubre 2016. Págs. 41-42.

¹³⁰ CASTILLO ALVA, José Luis. *Estudio Preliminar*. En: Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y ejecución penal. Ob. Cit. Págs. 41-42.

¹³¹ Vid. CAVANI BRAIN, Renzo. *Una propuesta de modificación de las competencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema frente al amparo contra resoluciones judiciales*. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12795/13352> (Fecha de consulta 03/10/18)

Constitucionales y Sociales de la Corte Suprema de la República¹³² y por el otro lado al Tribunal Constitucional, en dicha línea, el connotado profesor italiano Michele Taruffo expone: “La pluralidad cortes de vértice introduce, en efecto, una duplicación o una tendencia a la fragmentación vertical en el sistema del precedente, de tal forma que cada jurisdicción tiende a seguir los precedentes de la propia corte de vértice y no aquellos de las otras cortes. Una variante posterior deriva de la presencia de la cortes constitucionales autónomas respecto de la organización judicial ordinaria.”¹³³

Tomando como base estas reflexiones cabe preguntarse estando con los argumentos del profesor Sáenz Dávalos, *mutatis mutandis* ¿Puede el Poder Judicial crear precedentes vinculantes en materia constitucional?¹³⁴

La doctrina válidamente se plantea la pregunta por cuanto la labor que realiza el TC, quizá ha opacado un poco la labor de las Salas Constitucionales de la corte suprema, y en otros casos ha revocado sus decisiones¹³⁵, y para contestar la pregunta, debemos responder que la Corte Suprema sí puede expedir precedentes judiciales vinculantes en materia constitucional, buena cuenta de ello lo encontramos en su página web del PJ¹³⁶, se entiende bajo el contexto que no contravengan los PV, expedidos por el TC, salvo que la interpretación del PJ, se entiende materializada en sus precedentes, sea más tuitiva, más protectora que las interpretaciones realizadas por el TC, así lo tiene expuesto el TC, en su PV recaído en la STC **Exp. N° 4853-2004-PA/TC Dirección Regional de Pesquería de la Libertad**, en el fundamento décimo sexto expuso:

16. Todo lo anterior no excluye, en todo caso, que los jueces del Poder Judicial, que también son jueces de la Constitución, en la medida en que deben aplicarla como norma suprema del Estado en los casos que conocen, puedan también participar en esta labor de integración e interpretación en aras de dar una mayor y más amplia protección a los derechos fundamentales. En cualquier caso, las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse, en estos casos, por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto. De este modo, las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, si es posible que en un caso

¹³² Hay cuatro salas una permanente y tres transitorias.

¹³³ TARUFFO, Michele. *Dimensiones del Precedente Judicial*. En: JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional. Grijley. Enero N° 1. 2008. Pág. 30.

¹³⁴ SÁENZ DÁVALOS, LUIS. El Precedente Constitucional Vinculante. Publicado el 6 feb. 2014. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=EtAUwZPkGeo> Minuto 15. (Fecha de consulta 03/10/18)

¹³⁵ Vid. La STC. Exp. N° 0728-2008-HC/TC. Caso Giuliana Flor de María Llamoya Hilares.

¹³⁶ https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_ejecutorias_vinculantes/as_Constitucional/ (Fecha de consulta 03/10/18).

concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado. (Resaltados Nuestros).

Finalmente es menester anotar que los precedentes en materia constitucional no son potestad única y exclusiva del TC, sino que el PJ también puede expedirlos, en dicha línea resultan aleccionadoras la siguiente cita: “Debe de tenerse en cuenta que los precedentes constitucionales no sólo pueden ser surgir de los denominados procesos constitucionales, sino también de los 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 (...)

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.”¹³⁷

4.2.3.- Efecto vinculante del Precedente Judicial Vinculante.

Lo que debemos preguntarnos en este ítem es ¿Cómo vincula el Precedente Judicial Vinculante? La respuesta primigenia a esta pregunta es que su grado de vinculatoriedad está configurado para la judicatura, ello quiere decir que no tiene el mismo rango “expansivo” como sí lo tiene el PV, el cual no sólo

¹³⁷ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. En: Carpio Marcos, Edgar. Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1ª Edición Febrero 2007. Pág. 57.

vincula a las partes sino es oponible incluso a los particulares, ello queda graficado además con la salvedad que nos otorga el artículo 22° de la LOPJ.

Como ya lo habíamos mencionado líneas arriba la variante de Precedente Judicial Vinculante en materia penal, hace uso de una institución particular *sui generis* denomina Acuerdos Plenarios, la doctrina se ha encargado de resaltar el inadecuado tratamiento que se le ha dado al mismo, por nuestra cuenta podemos colegir que la **Corte Suprema**¹³⁸, ha establecido de manera inadecuada que los AP, constituyen precedentes vinculantes, o dentro de los AP, ha incluido R.N., a continuación resaltamos algunos AP, que dan cuenta de nuestros argumentos y demuestra la falta de técnica por parte de la Corte Suprema, para establecer Precedentes Vinculantes dentro de los acuerdos plenarios:

Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116¹³⁹ Asunto: Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado.

(...) 13°. ESTABLECER como reglas de valoración de las declaraciones de coimputados y agraviados -testigos víctimas- las que se describen en los párrafos 9° y 10° del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con las prevenciones señaladas en el párrafo 11°, constituyen precedentes vinculantes. (Resaltados nuestros).

Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-116¹⁴⁰ Asunto: combinación de leyes o unidad en la aplicación de las leyes.

(...) 16°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados constituyen precedentes vinculantes para los magistrados de todas las instancias judiciales, y que, en todo caso, las Ejecutorias Supremas dictadas con anterioridad, en cuanto a la doctrina legal que consignaron, quedan modificadas conforme a los términos del presente Acuerdo Plenario. (Resaltados nuestros).

Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116¹⁴¹ Asunto: Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información.

(...) 15°. ESTABLECER como doctrina legal, las reglas de ponderación precisadas en los párrafos 8 al 13 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes. (Resaltados nuestros).

Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116¹⁴² Asunto: Cosa juzgada en relación al delito de asociación ilícita para delinquir.

¹³⁸ Resaltamos que la Corte Suprema incurre en error, por cuanto los Acuerdos Plenarios, no son potestad exclusiva de la Corte Suprema, sino que los jueces del PJ, también pueden expedir AP, a nivel nacional, regional o distrital.

¹³⁹ Publicado el 26 de noviembre de 2005, en el diario oficial *El Peruano*.

¹⁴⁰ Publicado el 29 de diciembre de 2006, en el diario oficial *El Peruano*.

¹⁴¹ Publicado el 29 de Diciembre De 2006, en el diario oficial *El Peruano*.

¹⁴² Publicado el 29 de Diciembre de 2006, en el diario oficial *El Peruano*.

(...) 15°. ESTABLECER como reglas de valoración las que se describen en los párrafos 6 al 13 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con lo sistematizado en el párrafo 13, constituyen precedentes vinculantes. (Resaltados nuestros).

Acuerdo Plenario N° 5-2006/CJ-116¹⁴³ Asunto: Declaración de contumacia en la etapa de enjuiciamiento. Presupuestos materiales.

(...) 13°. ESTABLECER como reglas de valoración, en la etapa de juicio oral, las que se describen en los párrafos 7 al 13 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con lo sistematizado en el párrafo 14, constituyen precedentes vinculantes. (Resaltados nuestros).

Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116¹⁴⁴. Asunto: Reparación civil y delitos de peligro.

(...) 12°. ESTABLECER como reglas de interpretación para la determinación de la responsabilidad civil en los delitos de peligro las que se describen en los párrafos 7 al 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes. (Resaltados nuestros).

Acuerdo Plenario N° 7-2006/CJ-116¹⁴⁵ Asunto: Cuestión previa e identificación del imputado.

(...) 12°. ESTABLECER como reglas de interpretación para la determinación de la responsabilidad civil en los delitos de peligro las que se describen en los párrafos 6 al 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes. (Resaltados nuestros).

Por otro lado del análisis de otros AP., advertimos que de manera errada se incluyen dentro de los AP, Recursos de Nulidad, los cuales resuelven casos concretos, sobre una determinada controversia, por lo que es errado incluirlos dentro de los AP, por cuanto estos últimos constituyen lineamientos, orientaciones, pautas, dadas por la Corte Suprema, por lo que técnicamente al no ser jurisprudencia, no pueden constituir precedentes vinculantes, veamos algunos ejemplos que grafican nuestros argumentos.

Acuerdo Plenario N° 1-2005/ESV-22¹⁴⁶. Determinación de principios jurisprudenciales. *Asunto:* Ejecutorias supremas vinculantes

10°. En consecuencia, constituyen precedentes vinculantes:

1º) Recurso de Nulidad N° 224-2005, tercer fundamento jurídico.

2º) Recurso de Nulidad N° 1091-2004, cuarto fundamento jurídico.

3º) Recurso de Nulidad N° 948-2005, tercer fundamento jurídico.

¹⁴³ Publicado el 29 de Diciembre de 2006, en el diario oficial *El Peruano*.

¹⁴⁴ Publicado el 29 de diciembre de 2006, en el diario oficial *El Peruano*.

¹⁴⁵ Publicado el 29 de diciembre de 2006, en el diario oficial *El Peruano*.

¹⁴⁶ Publicado el 26 de noviembre de 2005

4º) Recurso de Nulidad N° 1538-2005, cuarto fundamento jurídico.

ACORDÓ:

ESTABLECER como reglas de valoración (...) las que se describen en los párrafos (...) del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, (...), **constituyen precedentes vinculantes.**

PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deber ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.- (Resaltados Nuestros).

Al respecto la doctrina expone: “Los acuerdos plenarios, a diferencia de los precedentes vinculantes o las sentencias plenarias, no ejercen y desarrollan fuerza vinculante alguna. En tal sentido, dichos acuerdos no pueden ser utilizados para plantear la aplicación obligatoria de una determinada decisión. En todo caso, por medio de los acuerdos plenarios se puede exhortar, formal o materialmente, a las Salas Penales de la Corte Suprema a adoptar un precedente vinculante o una sentencia plenaria en una determinada línea.

El art. 116 de la LOPJ posee una sustancial diferencia respecto al art. 22 de la LOPJ o la misma regulación del art. 301-A del C de PP. Estas disposiciones últimas sí establecen de manera expresa y categórica la posibilidad de fijar precedentes o principios jurisprudenciales de manera obligatoria y que llama a la obligación de respetar al conjunto de magistrados.

El valor de los acuerdos plenarios es solo persuasivo y representa una recomendación a los magistrados para que puedan resolver las causas según los puntos resolutivos adoptados de manera unánime o por mayoría. No se trata de sentencias judiciales ni de autos porque no resuelven un caso judicial o un asunto sometido a controversia, ni tampoco supone el ejercicio de la jurisdicción.¹⁴⁷”

Con relación a lo que habíamos mencionado antes, que la Corte Suprema, expide precedentes vinculantes en los Acuerdos Plenarios, cabe mencionar que los jueces superiores, especializados y de todas las instancias y especialidades pueden expedir AP, sean nacionales, distritales y locales, al respecto, el art. 116º de la LOPJ:

Plenos jurisdiccionales.

Artículo 116º.- Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales

¹⁴⁷ CASTILLO ALVA, José Luis. *Estudio Preliminar*. En: Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y ejecución penal. Ob. Cit. Págs. 45-46.

a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.

Veamos algunos ejemplos y que por razones de espacio, solo vamos a citar algunos de ellos, por cuanto el tema principal es el Precedente Constitucional Vinculante:¹⁴⁸

Plenos Jurisdiccionales Nacionales en materia Penal.

Pleno Nacional Penal 1997 (Lima).
Pleno Nacional Penal 1998 (Ica).
Pleno Nacional Penal 1999 (Iquitos).
Pleno Nacional Penal 2000 (Chiclayo).
Pleno Nacional Penal 2004 (Trujillo).
Pleno Nacional Penal 2008 (Lima).
Pleno Nacional Penal 2009 (Lima).
Pleno Nacional Penal 2012 (Arequipa) Conclusiones Plenarias.
Pleno Nacional Penal 2013 (Lima) Conclusiones Plenarias.
Pleno Nacional Penal 2013 (Ica) Conclusiones Plenarias.
Pleno Nacional Penal 2014 (Tumbes) Conclusiones Plenarias.
Pleno Nacional Penal 2015 (Chiclayo) Conclusiones Plenarias.
Pleno Nacional Penal 2016 (Cajamarca).
Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal 2017.

Pleno Jurisdiccional Regional.

Pleno Jurisdiccional Regional Penal 2006 (Moquegua).

Plenos Jurisdiccionales Distritales.

Pleno Jurisdiccional Distrital Penal 2005 (Moquegua).
Pleno Jurisdiccional Distrital Penal 2013 (Lambayeque).
Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal 2017 (Ancash).
Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal 2013 (Lima Norte).
Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal y Civil de la Corte de Superior de Justicia de Apurímac 2015.
Primer Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal - Procesal Penal de la Corte Superior de Justicia de Pasco 2017.
Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal - Procesal Penal de la Corte Superior de Justicia de Tumbes 2017.
Pleno Jurisdiccional Penal y Procesal Penal del Distrito Judicial de Junín - 2017.
I Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Penal y Procesal Penal del Distrito Judicial de Huancavelica - 2017.

Finalmente queremos resaltar otra institución particular que es asimilada y tomada como Precedente Vinculante, nos referimos a las Sentencias Plenarias, que a la fecha son las siguientes:

¹⁴⁸ Todos los Plenos Jurisdiccionales Disponibles en la página del Poder Judicial: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_juris_diccionales/ (Fecha de consulta 13/10/18).

Sentencias Plenarias.

Sentencia Plenaria N° 01-2005/CJ-301-A. Asunto: Momento de la Consumación en delito de robo agravado.

Sentencia Plenaria N° 02-2005/DJ-301-A. Asunto: Sustitución de penas por retroactividad benigna. La aplicación de la Ley N.º 28002.

Sentencia Plenaria N° 01-2013/301-A.2-ACPP. Asunto: Determinación del plazo de fundamentación del recurso impugnatorio. Unificación jurisprudencial sobre el plazo para fundamentar el recurso de nulidad.

Sentencia Plenaria N° 01-2015/301-A.2-ACPP. Asunto: Los magistrados que emitieron decisión previa, en apariencia, no se hallan en condición de imparcialidad.

Determinación de la compatibilidad de funciones del juez supremo que ha de conocer de una acción de revisión cuando anteriormente, intervino en el proceso penal declarativo de condena que motiva la impugnación.

Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433. Asunto: Alcances del delito de Lavado de Activos: Artículo 10º del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el decreto legislativo N° 1249; y, estándar de prueba para su persecución procesal y condena.

Las sentencias plenarias tienen sustento legal, las cuales se encuentran reguladas en el artículo 433º inciso 4 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957, CPP, en adelante),

Artículo 433º.- Contenido de la sentencia casatoria y Pleno Casatorio.

(...)

4. Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior.

Al respecto la doctrina expone: “Las sentencias plenarias son una forma cualificada de precedentes vinculantes que tratan de armonizar e imprimir uniformidad a los criterios de los miembros de una Sala o a las diversas salas penales de la Corte Suprema que tienen puntos de vista disímiles y/o

contradictorios sobre un determinado tema o asunto jurídico sometido a su competencia.”¹⁴⁹

“Otra modalidad de sentencia vinculante es la sentencia plenaria. Intervienen en ella el Pleno de los Jueces de lo Penal de la Corte Suprema. Su convocatoria tiene dos vías:

A.- Cuando interviene otra Sala Penal Suprema o cuando cambia la conformación de la Sala originaria, y sus jueces integrantes lo consideren conveniente, ante las discrepancias que guardan con una sentencia vinculante precedente. Su finalidad es modificar la sentencia vinculante y emitir otra en su reemplazo, de ahí el mayor número de jueces necesarios, y, se adopta por mayoría absoluta (...)

B.- Cuando lo solicite la Fiscalía o la Defensoría del Pueblo, ante sentencias casatorias discrepantes. También una de las Sales Penales puede instar la convocatoria al Pleno de los jueces de lo penal. No se requiere una previa sentencia vinculante, tiene una evidente función unificadora (...).”¹⁵⁰

Con relación a la unificación la doctrina expone: “Con la unificación de los criterios respecto a la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto, contenidos en las sentencias casatorias se forma la *doctrina jurisprudencial* que deben observar todos los operadores judiciales, los que si bien excepcionalmente pueden apartarse de su contenido, expresando motivos racionales y convincentes, en general resultan vinculados por esta doctrina, resultando su contenido de aplicación obligatoria. Esta doctrina jurisprudencial, si bien surge de las diversas sentencias casatorias, se consolida en los llamados *Plenos Casatorios* llevados a cabo por los Vocales de las Salas Penales de la Corte Suprema cuando existan pronunciamientos casatorios disímiles de as diversas Salas Penales.”¹⁵¹

“El inciso 3 del artículo 433 del NCPP señala que en todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o esta se integra con otros vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la

¹⁴⁹ CASTILLO ALVA, José Luis. *Precedentes vinculantes, sentencias plenarias y acuerdos plenarios en materia penal de la Corte Suprema de Justicia*. En: Peña Gonzáles, Oscar. (Coordinador). Los precedentes vinculantes. Sentencias y acuerdos plenarios en materia penal, casatorias penales en aplicación del Nuevo CPP, pleno casatorio civil. Comentarios doctrinarios Jurisprudencia. Índice analítico. APECC. Abril 2009. Pág. 33.

¹⁵⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal lecciones. Conforme al Código Procesal Penal de 2004*. Fondo Editorial INPECCP. Fondo Editorial CENALES. Primera Edición: Noviembre 2015. Págs. 754-755.

¹⁵¹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. RABANAL PALACIOS, William. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal*. Comentarios Descriptivos, Explicativos y Críticos. Jurista Editores. E.I.R.L. Edición: Julio 2013. Pág. 811.

decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial. Al margen de las facultades inherentes del recurso de casación por parte de las Salas Penales Supremas, cobra vital importancia la necesidad de sentar jurisprudencia vinculante de lo resuelto en vía de casación.”¹⁵²

4.2.4.- El apartamiento del Precedente Judicial Vinculante.

“(…) Por ello, se advierte que no solo será relevante la actuación del legislador para la correcta delimitación de las disposiciones constitucionales. Será ahora, también, indispensable la colaboración de los magistrados que integran tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional. Como refiere Luis Guilherme Marinoni, “[l]a fuerza del constitucionalismo y la actuación judicial mediante la concretización de las reglas abiertas hizo surgir un modelo de juez completamente distinto al deseado por la tradición del *civil law*.”¹⁵³

En el caso particular de los operadores de justicia, esta participación se refleja con la posibilidad de emitir precedentes vinculantes en la especialidad que les corresponda; en el caso del Tribunal Constitucional peruano, se evidencia con la facultad de emitir precedentes constitucionales de carácter vinculante, aunada a la obligación que tienen los demás poderes públicos de acatar las decisiones que emita el referido tribunal¹⁵⁴. No en vano el Tribunal Constitucional, al diferenciar al “precedente constitucional” del “precedente judicial”, ha señalado que el primero “tiene efectos más generales. La forma como se ha consolidado la tradición de los tribunales constitucionales en el sistema del derecho continental ha establecido, desde muy temprano, el efecto sobre todos los poderes públicos de las sentencias del Colegiado. Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, prima facie, los mismos efectos de una ley.”¹⁵⁵

¹⁵² PÉREZ LÓPEZ, Jorge A. *El recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal peruano*. En: Alva Monge, Pedro. (Coordinador). *Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso penal*. Gaceta Jurídica. Primera Edición Setiembre 2012. Pág. 401.

¹⁵³ GUILHERME, Luiz. *Precedentes obligatorios. Colección Proceso, Derecho y sociedad*. Palestra, Lima, 2013, p. 15. Citado por PAZO PINEDA, Oscar Andrés. *El precedente constitucional vinculante: perspectivas desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 103.

¹⁵⁴ El artículo 113 del Código Procesal Constitucional establece que “[l]a sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo, resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos”. Citado por PAZO PINEDA, Oscar Andrés. *El precedente constitucional vinculante: perspectivas desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 103.

¹⁵⁵ STC Exp. N° 03741-2004-AA/TC. Sentencia de 14 de noviembre de 2005, f. j. 49. Citado por PAZO PINEDA, Oscar Andrés. *El precedente constitucional vinculante: perspectivas desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 103.

4.3.- Precedente Constitucional Vinculante.

Si bien es cierto podemos abordar los PV, emitidos por el TC, denominándolos simplemente como precedentes vinculantes, sin embargo ello, no constituiría una correcta denominación, pues como es de público conocimiento el PJ, también expide precedentes, por ello se le denomina Precedentes Judiciales Vinculantes, y a los precedentes vinculantes que la expida la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República del Perú, son Precedentes Vinculantes en materia constitucional, sin embargo reservamos la denominación de precedente *constitucional* vinculante a los precedentes vinculantes expedidos por el TC.

En consecuencia el término “Constitucional” no es una mera redundancia pues: “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 aquellas, 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.”¹⁵⁶

El magistrado del TC, Espinoza-Saldaña Barrera, recurriendo a una noción, expone: “(...) antes que contar con una definición de lo que es un precedente, más bien a lo que podemos recurrir es a una noción, al cual implicaría referirse a aquel conjunto de reglas, principios y parámetros que una autoridad establece en su pronunciamiento, los cuales le vinculan para la resolución de futuros casos idénticos o similares, y además, pueden generar ese mismo efecto frente a otras entidades o ante aquellos que jerárquicamente se encuentran en una relación de subordinación a dicha autoridad.”¹⁵⁷

4.3.1.- Antecedentes del Precedente Constitucional Vinculante.

“La primera referencia que se tiene respecto a la regla del precedente se encuentra en la sentencia de *Tramways vs. London Country Council* de 1898¹⁵⁸, resuelto por la House of Lords. Esta sentencia establecía que los precedentes

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. Ob. Cit. Pág. 56.

¹⁵⁷ Tomamos aquí como base, aunque introduciéndose algunas en nuestra opinión necesarias modificaciones, la noción esbozada por NEYRA ZEGARRA, Ana Cristina - “*Breves reflexiones sobre los actuales alcances y límites de la actividad judicial y su compatibilidad con el precedente*.” En: ESPINOZA - SALDAÑA BARRERA, Eloy y GUTIERREZ TICSE, Gustavo (Directores) - *Limitación del Poder y estructura del Estado*. Lima, Grijley, 2008, especialmente en la P. 178. Citado por ESPINOZA - SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Comentarios al Artículo VII del Código Procesal Constitucional. Precedente*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhony (Coordinador). *Código Procesal Constitucional Comentado. Homenaje a Domingo García Belaunde*. Segunda Edición. Editorial ADRUS. Segunda Edición. Julio 2011. Pág. 48.

¹⁵⁸ Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria (1995). *El precedente en el common law*. Ed. Civitas .S.A. Madrid, p. 49. Véase también MORETTI, Francisco. Ob. Cit., pp. 31-32. Citado por MARTÍNEZ MORÓN, Alan César. *Las técnicas de distinción del precedente. El caso peruano*. En: Actualidad Jurídica. Tomo 180. Gaceta Jurídica. Noviembre 2008. Pág. 179.

fijados por ellos de era de observancia obligatoria para ellos mismos sin opción a poder apartarse de dichos precedentes.”¹⁵⁹

A nuestro turno y como ya lo habíamos mencionado líneas arriba el PV, es el más reciente de todas las manifestaciones de los precedentes en nuestro ordenamiento jurídico, y como institución foránea ha sido importado de otras familias jurídicas, sea el ordenamiento Inglés o Norteamericano, sin embargo debemos reparar que en dichas latitudes el Precedente Vinculante, no se encuentra regulado por una disposición, como sí se hace en nuestro ámbito, con ello queremos decir que en nuestro país “algo” no existe hasta que no sea regulado en la legislación, nuestro ordenamiento jurídico no se rige, como si se hace en países como Inglaterra o Estados Unidos, por la costumbre, por lo tanto consideramos que el PV, como tal es aquel que se encuentra regulado en el artículo VII del TP del Código Procesal Constitucional (CPConst., en adelante), lo cual no quiere decir que anteriormente no existían líneas jurisprudenciales de alcance general, pero no así como se encuentra regulado en la actualidad con la denominación de Precedente Constitucional Vinculante, valgan estas líneas para mencionar que a pesar de todos los esfuerzos no hemos podido arribar a una Teoría General del Precedente Vinculante, sin perjuicio de ello debemos anotar como antecedente el artículo 9° de la Ley N° 23506. Ley de Hábeas Corpus y Amparo, sin embargo no lo consideramos como antecedente directo del PV:

Artículo 9°

Las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución.

En una línea argumentativa distinta a la nuestra el profesor García Belaunde anota: “El precedente es una técnica muy antigua que viene de una familia jurídica distinta a la nuestra: *el common law*. Pero poco a poco ha ido introduciéndose en los países de tradición romanista como el nuestro con diversas variantes. En el Perú esto sucedió por vez primera a nivel de derecho positivo en el año 1982 con la primera ley de hábeas corpus y amparo, y se fue extendiendo lentamente al resto del ordenamiento jurídico, en especial el penal y el civil en ámbito judicial.”¹⁶⁰

Continúa el mencionado profesor “(...) Tiempo después se aprobó la ley 23506 en 1982, que es la primera que regula en su integridad ambos procesos constitucionales [el autor se refiere a los procesos de Hábeas Corpus y Amparo], y que incluye pioneramente el precedente en su versión clásica y así consta en su artículo 9:

¹⁵⁹ MARTÍNEZ MORÓN, Alan César. *Las técnicas de distinción del precedente. El caso peruano*. Ob. Cit. Pág. 179.

¹⁶⁰ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El precedente constitucional: Extensión y límites*. En: Pensamiento Constitucional. N° 22. 2017. Pág. 83. Disponible también en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/19940/19962> (Fecha de consulta 02/11/18).

Las resoluciones de Hábeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución.

La importancia de este texto de 1982 es que es el primero que incorpora en el derecho positivo peruano el concepto de “precedente”. Y que en cierta forma es tomado de la vertiente norteamericana. Lo que viene después no se entiende sin este primer paso.

En la actualidad la normativa pertinente se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional vigente desde mayo de 2004 y que dice así:

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.

A diferencia del enunciado normativo de 1982 que pasó casi inadvertido, el de 2004 tuvo una gran influencia y fue prontamente imitado en otras aéreas del ordenamiento peruano (el primero en reproducirlo fue la modificatoria introducida en el entonces vigente Código de Procedimientos Penales pocos meses más tarde a través del artículo 301-A, del cual es prácticamente una copia y al que siguieron otros similares).¹⁶¹

Desde el punto de vista jurisprudencial y de manera similar al profesor García Belaunde, los ex magistrados del TC, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, argumentan sobre la existencia del PV, antes de la entrada en vigencia del CPConst, el cual dicho sea de paso entró en vigencia el 01 de diciembre del 2014, para tal efecto citamos el voto singular de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz, recaído en el FJ 19 de la Resolución contenida en el Exp. N° 3173-2008-PHC/TC, Caso Teodorico Bernabé Montoya:¹⁶²

¹⁶¹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El precedente constitucional: Extensión y límites*. En: Pensamiento Constitucional. N° 22. 2017. Pág. 92. Disponible también en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/19940/19962> (Fecha de consulta 02/11/18).

¹⁶² La resolución recaída en el Exp. N° 3173-2008-PHC/TC. Caso Teodorico Bernabé Montoya. Es conocida como el caso El Frontón I. La doctrina conoce como el Caso El Frontón II. La STC. Exp. N° 01969-2011-HC/TC. Caso Humberto Bocanegra. Dicha sentencia ha generado todo un revuelo con la posterior expedición del Auto del TC de fecha 05 de abril de 2016 y con el Auto del TC de fecha 08 de marzo de 2017. Se puede consultar como referencia de la Resolución recaída en el Exp. N° 3173-2008-PHC/TC MENDOZA CÁNEPA, Raúl. TRAJTMAN ROBLES, Lucciola. *Caso el Frontón ¿El TC debió pronunciarse sobre el fondo?* En. RAE Jurisprudencia. Tomo 9. Marzo 2009.

19. En definitiva, el hecho de que sólo a partir de diciembre de 2004 se encuentre en vigencia el artículo VII del TP del CPConst., no significa que con anterioridad el Tribunal Constitucional no haya emitido determinadas reglas vinculantes para todos los poderes públicos y la colectividad en general, derivadas de los fundamentos constitucionales del precedente constitucional vinculante y de su calidad de máximo intérprete de la Norma Fundamental.

4.3.2.- Concepto de Precedente Constitucional Vinculante.

“El Tribunal Constitucional define el precedente constitucional vinculante como “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga”¹⁶³. Se puede advertir de esta definición que el Tribunal Constitucional, además de resolver una controversia constitucional, también fija reglas que deben ser observadas por los justiciables en el desarrollo de otros procesos. En consecuencia, el precedente vinculante otorga seguridad jurídica a los administrados respecto de las reglas de juego que se emplearán en el desarrollo de los procesos. Evidentemente, no cualquier caso ameritará que el Tribunal Constitucional emita un precedente vinculante. Es así que la jurisprudencia constitucional ha establecido en qué supuestos resulta relevante adoptar esta clase de decisiones jurisdiccionales.”¹⁶⁴

En otra definición se anota “(...) son normas jurídicas creadas por el Tribunal Constitucional, a propósito de la resolución de los procesos que son sometidos a su conocimiento y que servirán de pauta obligatoria a ser aplicada por los demás jueces, entidades públicas y particulares, cuando se les presenten casos análogos a los que les dieron origen.”¹⁶⁵

¹⁶³ STC Exp. N° 0024-2003-AI. Sentencia de 10 de octubre de 2005. Citado por PAZO PINEDA, Oscar Andrés. *El precedente constitucional vinculante: perspectivas desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 103.

¹⁶⁴ En la STC 0024-2003-AI/TC, el Tribunal estimó que los precedentes que motivaban la emisión de un precedente vinculante eran los siguientes:

- a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
- d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante. Citado por PAZO PINEDA, Oscar Andrés. *El precedente constitucional vinculante: perspectivas desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 103.

¹⁶⁵ DONAYRE MONTESINOS, Christian. *Precedente constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional*. En: Landa Arroyo, César. (Director). *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año III. N° 5. Enero - Junio. Lima 2007. Pág. 108.

En sentido similar: “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 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.”¹⁶⁶

A nuestro turno concebimos al Precedente Constitucional Vinculante, como aquellas reglas establecidas por el TC, luego de conocer un caso, (puede ser en abstracto o concreto), el cual ha merecido un pronunciamiento sobre el fondo (sentencia), siendo que dichas reglas han sido establecidas con un alcance general con efectos similares a una ley, las cuales en su gran mayoría¹⁶⁷ han sido establecidas como tal en virtud del art. VII del TP del CPConst. Cabe mencionar que dicha clase de precedentes ostentan el mayor grado de vinculatoriedad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en relación a los precedentes administrativos y judiciales vinculantes.

Cabe mencionar adicionalmente que el PV, se sustenta en el valor seguridad jurídica y no estrictamente en el principio-derecho de igualdad en la aplicación de la ley, sin embargo la doctrina expone: “Ahora bien, es importante señalar que una parte de la doctrina sostiene que la fuerza vinculante del precedente no tiene sustento en el principio de igualdad en la aplicación de la ley, ello se debe al hecho de que el concepto de igualdad en la aplicación de la ley ha sido construido sobre la base de términos formales antes que materiales. Autores como Marina Gascón señalan que la fuerza vinculante del precedente (en concreto, el autoprecedente)¹⁶⁸ se relaciona más bien con el principio de universalidad antes que con el de igualdad en la aplicación de la ley.”¹⁶⁹

Retomando la idea sobre los procesos de control abstracto, debemos mencionar que no es usual, pero el TC, ha establecido dos PV, que pertenecen a los denominados procesos constitucionales abstractos¹⁷⁰ (procesos

¹⁶⁶ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. En: Carpio Marcos, Edgar. Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1ª Edición Febrero 2007. Págs. 55 y 56.

¹⁶⁷ Por el momento sólo lo mencionamos, pero cuando realicemos disquisiciones sobre la clasificación del PV, en su variante de PV Implícito, daremos cuenta que de los cincuenta PV, que el TC ha expedido a la fecha, hay algunos que sorprendentemente son implícitos, es decir no cumplen con la exigencia legal prevista en el Artículo VII del CPConst., el cual estipula que: *Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia*. (...)

¹⁶⁸ En España el principio de igualdad en la aplicación de la ley se relaciona con la figura del autoprecedente. Sobre el tema, el Tribunal Constitucional español se circunscribe únicamente a este supuesto, pues el precedente vertical no es una figura propia del ordenamiento español. Citado por TORRES ZUÑIGA, Natalia. *La igualdad en la aplicación de la ley como fundamento del precedente*. En: Actualidad Jurídica. Tomo 175. Gaceta Jurídica. Junio 2008. Pág. 194.

¹⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 194.

¹⁷⁰ *Vid.* HAKANSSON NIETO, Carlos. *Límites a las sentencias manipulativas. Exp. N.º 0030-2005-AI Caso: Ley de la Barrera Electoral*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhonny. (Coordinador). *El precedente constitucional vinculante en el Perú. (Análisis, comentarios y doctrina comparada)*. Editorial Adrus. Primera Edición. Septiembre 2009. Págs. 295 y sgts.

constitucionales a los que pertenecen el Proceso de Inconstitucionalidad y el Proceso de Acción Popular -vale la pena precisar que este último es conocido única y exclusivamente por el PJ,¹⁷¹ lo cual no le quita que su naturaleza sea de la un proceso constitucional abstracto- no consideramos al Proceso de Conflicto Competencial como un proceso constitucional abstracto, porque es en puridad un proceso concreto, pues las reglas que el TC establezca sólo regirá para los organismos que se encuentran en conflicto).

Con relación a los procesos abstractos proponemos dos ejemplos nos referimos al PV recaído en la STC. Exp. N° 0030-2005-AI/TC. Caso ley de la Barrera Electoral, en dicho PV, el TC, a manera de una suerte de *self restraint*, el TC estableció los límites para expedir las denominadas sentencias manipulativas interpretativas y el segundo PV es el recaído en la STC. Exp. N° 00053-2004-P/TC. Caso Defensoría del Pueblo, en la cual el TC, fijó los límites a la potestad tributaria de las Municipalidades, como dato adicional debemos mencionar que el TC, a la fecha ha suprimido de la lista oficial de PV, a la STC. Exp. N° 0002-2010-P/TC. Caso cinco mil ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1057.

En dicha línea no compartimos el siguiente argumento: “Como se sabe, los procesos que conoce el Tribunal Constitucional pueden agruparse en dos. Los de control concreto (procesos constitucionales de la libertad como el hábeas corpus, amparo, hábeas data y también el cumplimiento) y los de control abstracto (proceso de inconstitucionalidad y de conflicto de competencias y atribuciones). A cada uno de ellos les corresponde un determinado alcance de la decisión del Tribunal Constitucional: reducidos a las partes del proceso para los primeros y extendidos o generales para los segundos.”¹⁷² (Resaltados nuestros).

Para apuntalar nuestros argumentos traemos a colación lo expuesto en el quinto FJ del PV recaído en la STC. Exp. N° 00001-2010-CC/TC. Caso Poder Ejecutivo:

5. El proceso competencial no es un proceso abstracto. Su objeto no es determinar la titularidad de una competencia o atribución con prescindencia de la existencia de una conducta (un acto o una omisión) que en concreto sea el elemento desencadenante del conflicto interórganos. Por ello, el artículo 113° del CPCo., establece que la sentencia emitida en el proceso competencial “[d]etermina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o

¹⁷¹ **CPCConst., Artículo 85. Competencia.** La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial. Al respecto la doctrina: “La competencia exclusiva del proceso de acción popular la tiene el Poder Judicial.” PRETELL GARCÍA, Pilar Geraldine. *Comentarios al Artículo 85° del Código Procesal Constitucional. Competencia.* En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo II. Primera Edición. Diciembre 2015. Pág. 176.

¹⁷² VELEZMORO, Fernando. *El precedente constitucional según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el neoconstitucionalismo.* En: Castañeda Otsu, Susana. (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional.* Grijley. Primera Edición. 2010. Pág. 121.

actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos. Cuando se hubiera promovido conflicto negativo de competencias o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas”. (Resaltados nuestros).

No debemos dejar pasar por alto la oportunidad y poner de relieve los alcances generales de las reglas establecidas como precedente vinculante, dentro de los procesos de inconstitucionalidad, ya que citamos dos sentencias de inconstitucionalidad con calidad de PV (STC. Exp. N° 0030-2005-A/TC y STC. Exp. N° 00053-2004-P/TC), nos preguntamos ¿es necesario que dentro de un proceso de inconstitucionalidad el TC, “*necesite*” establecer reglas con calidad de PV? Nos autoplanteamos tal interrogante por cuanto según el artículo 81° del CPConst., estipula:

Artículo 81.- Efectos de la Sentencia fundada.

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. **Tienen alcances generales** y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación. (Resaltados nuestros).¹⁷³

En este extremo las sentencias que hayan sido emitidas dentro de un Proceso de Inconstitucionalidad, gozan de una característica similar en relación a la vocación de generalidad que ostentan los PV, sin embargo cabe la posibilidad que dentro de un Proceso de Inconstitucionalidad se someta a control de constitucionalidad, una ordenanza regional o municipal, en consecuencia sus efectos no serán extendidos a nivel nacional, sino serán a nivel local: regional o distrital¹⁷⁴. Lo cual difiere de una de las características que posee el Precedente Constitucional Vinculante, con su vocación de generalidad, aunado a ello debemos agregar que el TC se pronuncia sobre el fondo cuando expide un PV, sin embargo no necesariamente lo tiene que hacer dentro de un proceso de inconstitucionalidad, ya que en virtud del Art. 82° del CPConst., el TC, puede pronunciarse sobre la forma y posteriormente sobre el fondo:

¹⁷³ “(...) se indica que las sentencias tienen efectos generales y, por lo tanto, deberían ser respetadas y cumplidas por todos, esto es, por todas las entidades públicas (incluido el órgano que emite la sentencia) así como por los particulares (no solo los destinatarios de la norma ni aquellos respecto de los cuales la norma cuestionada produjo efectos)(...)” Vid. NAUPARI WONG, José Rodolfo. *Comentarios al Artículo 81° del Código Procesal Constitucional. Efectos de la sentencia fundada*. En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo II. Primera Edición. Diciembre 2015. Pág. 149.

¹⁷⁴ Vid. STC. Exp. N° 007-2006-PI/TC. Caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari. Vid. STC. Exp. N° 0031-2005-PI/TC. Caso Presidente de la República (demandante) contra el Gobierno Regional de Tacna (demandado).

Artículo 82.- Cosa juzgada

(...) La declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código. (Resaltados nuestros).

4.3.3.- Precedente Constitucional Vinculante y Legislación.

En la jurisprudencia el voto singular de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz, recaído en el FJ 17 de la Resolución contenida en el Exp. Nº 3173-2008-PHC/TC, Caso Teodorico Bernabé Montoya precisa:

17. Así las cosas, son la igualdad, la seguridad jurídica y los principios de coherencia y de universalización en la argumentación racional, los fundamentos constitucionales del instituto del precedente constitucional vinculante, y no alguna disposición legal. Ello, desde luego, no significa que su reconocimiento legislativo sea baladí. Por el contrario, dicha concretización permite una mayor institucionalización de este instrumento, delineando determinados matices dentro del ámbito de la libre configuración legislativa, tales como el hecho de que, a partir de la entrada en vigencia del artículo VII del TP del CPConst., sea el propio Tribunal Constitucional el que deba precisar “el extremo de su efecto normativo”.

A nivel de doctrina el profesor Eto Cruz anota: “En efecto, la institución del precedente vinculante en materia constitucional ha sido incorporada en nuestro ordenamiento jurídico mediante el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y si bien fue utilizado en un inicio por el Tribunal Constitucional sin un delineamiento teórico claro de lo significaba esta institución, posteriormente su desarrollo y empleo ha sido más depurado, aún cuando no hayan faltado algunas críticas a su utilización en ciertos casos.”¹⁷⁵

Efectivamente concordamos que en nuestro ordenamiento jurídico el PV, no tiene sustento constitucional directo, sino a nivel legal tal como lo estipula el art. VII del TP del CPConst., en puridad “En nuestra constitución, como ocurre también en la mayoría de textos constitucionales a nivel mundial, la institución del precedente no se encuentra expresamente regulada. Sin embargo, gran parte de la doctrina y la legislación comparada ha concluido que, en general, las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional o por una Corte Suprema que tenga entre sus funciones la resolución de controversias constitucionales, tienen un poder vinculante, dada la posición que estos órganos constitucionales ostentan en el sistema jurídico y su potestad para interpretar la Norma Fundamental”¹⁷⁶

¹⁷⁵ ETO CRUZ, Gerardo. Presentación de la obra colectiva coordinada por Tupayachi Sotomayor, Jhonny. *El precedente constitucional vinculante en el Perú*. (Análisis, comentarios y doctrina comparada). Editorial Adrus. Primera Edición. Septiembre 2009. Pág. 9.

¹⁷⁶ ETO CRUZ, Gerardo. Presentación de la obra colectiva coordinada por Tupayachi Sotomayor, Jhonny. *El precedente constitucional vinculante en el Perú*. Ob. Cit. Págs. 9-10.

Paradigmático es el caso de República Dominicana, si recurrimos al derecho comparado, la cual tiene prevista en su Constitución vía el artículo 184° el cual prevé, de manera exagerada a nuestro juicio, que todas las decisiones de su Tribunal Constitucional son vinculantes:

Artículo 184.- Tribunal Constitucional. Habrá un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria. (Resaltados nuestros).

Al respecto el profesor García Belaunde con relación a la Constitución de República Dominicana ha precisado: “La nueva Constitución de 2015 -que recoge prácticamente el íntegro de la anterior del 2010- repite el precepto en los mismos términos, que por lo demás fue precedido por legislación anterior, si bien en forma no tan precisa.

Es quizá la versión más radical de lo que es o podría ser el precedente, pues tiene a nivel constitucional una dureza que no se observa ni siquiera en el caso brasileño. Sus características son las siguientes:

- a) Es precedente vinculante todo lo que resuelve el Tribunal Constitucional, sin distinción del tipo de resoluciones (pueden ser sentencias o no serlo).
- b) No se distingue en las resoluciones lo accesorio de lo principal, equiparando ambas.
- c) Se señala que son definitivas e irrevocables, o sea, son intocables. Si bien entendemos que a nivel supranacional podrían ser revisadas en función de los compromisos internacionales que haya asumido el país.”¹⁷⁷

4.3.4.- Efecto vinculante del Precedente Constitucional Vinculante.

“Los precedentes judiciales constituyen la segunda pieza de la argumentación iusfundamental. La frase de Smend: “En la práctica, la Ley Fundamental vale tal como la interpreta el Tribunal Constitucional Federal”¹⁷⁸

¹⁷⁷ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El precedente constitucional: Extensión y límites*. En: Pensamiento Constitucional. N° 22. 2017. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/19940/19962> (Fecha de consulta 30/08/18).

¹⁷⁸ R. Smend, Conferencia con motivo del décimo aniversario de la existencia del Tribunal Constitucional Federal, el 26 de enero de 1962, en *Das Bundesverfassungsgericht*. 2a edición, Karlsruhe 1971, pág. 16. Citado por ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1993. Pág. 535.

expresa esta importancia. Ella responde a la autoapreciación del Tribunal como “interprete decisivo y protector de la Constitución.”¹⁷⁹

“(…) los argumentos de índole formal buscan justificar el seguimiento y apego al precedente constitucional por parte de los jueces y tribunales, con independencia del contenido que éste pueda tener, es decir, sin realizar una valoración de su sentido en términos de bondad, corrección, justicia, o cualquier otro valor de carácter moral. Sobre la base de estas razones, se pretende sostener que los órganos de aplicación, del Derecho pueden justificar la resolución de casos futuros mediante su apego formal al precedente, sin someterlo a deliberación ni crítica alguna.

Desde esta perspectiva, se ha pretendido justificar formalmente el seguimiento al precedente constitucional, (i) en la autoridad del órgano que lo emitió, (ii) en la necesidad de preservar la igualdad en la aplicación de la ley a casos idénticos o sustancialmente similares, (iii) en la necesidad de proscribir la arbitrariedad en el razonamiento judicial, o (iv) en la preservación de la seguridad jurídica como valor dentro del Estado Constitucional de Derecho.”¹⁸⁰

4.3.5.- El apartamiento del Precedente Constitucional Vinculante. ¿Cuál es la sanción de no sujetarse a los Precedentes Constitucionales Vinculantes?

El profesor Castillo Córdova postula que: “La sanción de no sujetarse al precedente vinculante viene a ser la misma que la sanción por no sujetarse a la Constitución: la invalidez jurídica. Aunque, como se dirá inmediatamente después, esto no significa considerar al juez como mero autómatas que actúa como boca muerta que repite el contenido del precedente vinculante.”¹⁸¹

Es menester traer a colación las Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Distrital Constitucional 2010. De la Corte Superior de Justicia de Lima, llevado a cabo los días 15 y 16 de Julio de 2010, en dicho pleno se plantearon tres temas,¹⁸² sin embargo el que nos interesa para nuestro trabajo es el primer tema que transcribimos a continuación:

¹⁷⁹ BVerfGE 40, 88 (93). Citado por ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 535.

¹⁸⁰ INDACOCHEA PREVOST, Úrsula. *¿Por qué es obligatorio el precedente constitucional? Una aproximación a los fundamentos de su vinculatoriedad*. En: Castañeda Otsu, Susana. (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Grijley. Primera Edición. 2010. Pág. 139.

¹⁸¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano*. Ob. Cit. Pág. 71.

¹⁸² **Tema I.** El precedente vinculante frente a la independencia judicial. **Tema II.** La contracautela y la oposición en las medidas cautelares. Oposición sobre medidas cautelares. **Tema III.** Medidas cautelares sobre bienes del estado. Naturaleza de estos bienes. Conclusiones disponibles en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ed77f88046ea4757a1c5e5c468ec4e86/15.PDF?MOD=AJPERE&S&CACHEID=ed77f88046ea4757a1c5e5c468ec4e86> (Fecha de consulta 28/02/19).

Tema I. El precedente vinculante frente a la independencia judicial.

¿Los magistrados de los distintos órganos jurisdiccionales, deben aplicar los precedentes vinculantes en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional o, podrían apartarse de ellos con la debida motivación en atención a la independencia de la que gozan, como lo prevé la Constitución Política del Estado?

Primera Ponencia:

Los jueces deben aplicar los precedentes constitucionales vinculantes, establecidos por el Tribunal Constitucional.

Segunda Ponencia:

Los jueces pueden desvincularse de los precedentes constitucionales vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional, en virtud de la independencia de la [que] gozan -reconocida por mandato constitucional- y siempre que con su decisión se proteja de mejor manera al accionante, en cuanto al derecho fundamental violado.

Conclusión Plenaria: “Los jueces como regla deben aplicar los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional; pero, pueden desvincularse de dichos precedentes, siempre que con su decisión se proteja de mejor manera al accionante, en cuanto al derecho fundamental violado.” (Resaltados nuestros).

A nuestro turno debemos mencionar que el pleno jurisdiccional distrital, utiliza en sus conclusiones la palabra desvincularse, con ello nos dan a entender que sí cabe la posibilidad de no acatar el PV (no estamos haciendo referencia a la inaplicación que en puridad constituye otro supuesto), recurriendo a las denominadas excepciones al PV, más adelante brindaremos un apartado completo a las excepciones al PV.

4.3.6.- Precedente Constitucional Vinculante e independencia de los jueces del Poder Judicial.

“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”¹⁸³ o también del principio de

¹⁸³ 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. Citado por GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *Las “Peculiaridades” del Precedente Constitucional en el Perú*. En: Carpio Marcos, Edgar. Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1Era Edición Febrero 2007. Pág. 88.

“unidad interpretativa”¹⁸⁴ de la Constitución que se 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 Democrático¹⁸⁵ (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 independencia¹⁸⁶, 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.¹⁸⁷

“Que los jueces del Poder Judicial queden vinculados a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya sea a través del precedente vinculante o no, no vulnera la independencia judicial por las siguientes razones. Primera, porque esta vinculación es consecuencia constitucionalmente necesaria de la calidad de controlador y supremo intérprete de la Constitución que tiene atribuida el Tribunal Constitucional en el ordenamiento constitucional peruano. Segunda, porque será el juez quien decida cuando un caso es uno sustancialmente semejante al caso con base en el cual se formula el precedente vinculante, a fin de resolverlo en función de los criterios jurisprudenciales de interpretación de la Constitución¹⁸⁸.

¹⁸⁴ En este sentido, se ha argumentado que, siendo la Constitución una y siendo el propio ordenamiento uno, “no cabe que existan mecanismos dispares de interpretación constitucional independientes” Cfr. PÉREZ TREMPES, Pablo. *Escritos sobre justicia constitucional*. Editorial Porrúa, México, 2005, p. 59. Citado por GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *Las “Peculiaridades” del Precedente Constitucional en el Perú*. Ob. Cit. Págs. 88-89.

¹⁸⁵ Cfr. DÍAZ REVORIO, Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. CEC, Madrid, 1997. Citado por GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *Las “Peculiaridades” del Precedente Constitucional en el Perú*. Ob. Cit. Pág. 89.

¹⁸⁶ 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>). Citado por GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *Las “Peculiaridades” del Precedente Constitucional en el Perú*. Ob. Cit. Pág. 89.

¹⁸⁷ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *Las “Peculiaridades” del Precedente Constitucional en el Perú*. Ob. Cit. Págs. 88-89.

¹⁸⁸ Como bien se ha apuntado “toda vez que es un dato incuestionable que ningún litigio va a ser idéntico a otro en todo respecto, el valor normativo de las decisiones judiciales exige seleccionar los hechos relevantes de los irrelevantes en la sentencia con fuerza de precedente. Esta es una cuestión que le corresponde al juez posterior. El análisis de la opinión del propio tribunal que estableció el precedente es el punto de partida para que el juez posterior elabore el supuesto de hecho (...) Por tanto, es posible que dos jueces mantengan posiciones diferentes acerca de cuál es el supuesto de hecho de la misma sentencia con valor de precedente”. MAGALONI KERPEL, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw Hill, Madrid 2001, ps. 84-85. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *¿Activismo extralimitado*

Tercera, porque será el juez quien defina -de ser el caso- la ratio decidendi en los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional a la cual se ha de vincular indefectiblemente¹⁸⁹. Y cuarta, porque el juez podrá apartarse de los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional contenidos en los obiter dicta, siempre que para ello manifieste una justificación constitucional suficiente.”¹⁹⁰

En el derecho comparado en el ordenamiento jurídico Alemán “La conclusión que arroja el analizado tratamiento jurídico de las decisiones del BVerfG y del BGH es que el Derecho alemán no reconoce una vinculación estricta a los precedentes, salvo en el caso de las decisiones que declaren la (in)constitucionalidad de las normas jurídicas (§ 31 II BVerfGG) a las que se les reconoce fuerza de ley.”¹⁹¹

En un argumento del derecho Alemán, directamente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico: “El artículo 97 I GG es tajante: los jueces son independientes y están sujetos únicamente a la ley. Sin embargo, aplicar la ley no implica sólo el “conocimiento del Derecho sino también su actualización, integración y concretización al caso”. Esto significa que el mandato del artículo 97 I GG debe interpretarse en relación al mandato del artículo 20 III GG según el cual el poder judicial está sometido a la ley y al Derecho.”¹⁹²

Por nuestra parte es menester traer a colación, como lo hicimos líneas arriba, el primer tema del Pleno Jurisdiccional Distrital en Materias Penal, Familia

del Tribunal Constitucional?: A propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del tribunal constitucional. En: Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2. N° 04. Lima. Abril 2007. Pág. 582.

¹⁸⁹ Bien se advierte cuando se afirma que “[s]ólo el juez posterior puede evaluar cuales son las razones que fundamentaron el sentido de los fallos anteriores (...) De este modo, sólo con base en un análisis ulterior de los hechos, pretensiones, disposiciones constitucionales 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, aplicarla al caso actual”. BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, p. 179. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: A propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del tribunal constitucional.* En: Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2. N° 04. Lima. Abril 2007. Pág. 582.

¹⁹⁰ Dos reglas generales de la argumentación jurídica pueden recordarse aquí: “(J.13) Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse. (J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación”. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 265. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: A propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del tribunal constitucional.* En: Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2. N° 04. Lima. Abril 2007. Pág. 582.

¹⁹¹ MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial en el sistema jurídico alemán.* En: Landa Arroyo, César. (Director). *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina.* Año III. N° 5. Enero - Junio. Lima 2007. Págs. 155-156.

¹⁹² Cfr. KOTHE, P. “Vorlage, Richterrecht und Anspruch auf den gesetzlichen Richter”, citado, p. 286. Citado por MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial en el sistema jurídico alemán.* En: Landa Arroyo, César. (Director). *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina.* Año III. N° 5. Enero - Junio. Lima 2007. Pág. 158.

Civil y Laboral de la Corte Superior de Justicia de Cañete, llevado a cabo en la ciudad de Cañete, el día 02 de diciembre del 2008.¹⁹³

Tema N° 01.
El Precedente Vinculante.
¿Es obligatorio el cumplimiento del precedente vinculante?

1.- Posiciones:

Posición número uno; Son de cumplimiento obligatorio los precedentes vinculantes (Tribunal Constitucional) y el precedente judicial (plenos casatorios de la Corte Suprema).

Posición número dos: ¿La inobservancia del Precedente vinculante es una inconducta funcional?

Conclusión Plenaria: El pleno adoptó por UNANIMIDAD la primera posición que enuncia lo siguiente:

Primera Posición: En materia constitucional es de obligatorio cumplimiento el precedente vinculante en las sentencias del Tribunal Constitucional, consecuentemente la tendencia es a sancionar la inobservancia de dichos precedentes con la suspensión temporal de los magistrados infractores. Con relación a los casos de los **precedentes judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República**, por regla general son vinculantes, sin embargo, por excepción el magistrado puede decidir apartarse de dicho criterio, estando previsto en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, están obligados a motivar adecuadamente la resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestima y de los fundamentos que invocan.

4.3.7.- Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante.

Para abordar este ítem, debemos recordar que el TC, ha emitido dos sentencias la STC. Exp. N° 0024-2003-A/TC. Caso Municipalidad de Lurín y la STC. Exp. N° 3741-2004-AA/TC. Caso Ramón Salazar Yarlenque, en la primera sentencia citada, se diseñó la Teoría General del Precedente Vinculante y en la

¹⁹³ Los temas que se trataron fueron: 1. El precedente vinculante, 2. Aplicación del principio de interés superior del niño, 3. Trata de niños, niñas y adolescentes, 4. Cuestionamiento de los peritajes laborales y 5. El plazo de prescripción para los delitos en conducción en estado de ebriedad o drogadicción Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8a883e004b1c4ecaa628a7501dddbb53/DOC.PDF?MOD=AJPE&RES&CACHEID=8a883e004b1c4ecaa628a7501dddbb53> (Fecha de consulta 28/02/19).

segunda, la cual tiene la calidad de PV¹⁹⁴, se añadió un presupuesto adicional, el cual lo vamos a representar en cuadro comparativo:

PRESUPUESTOS DEL PV.	
STC. Exp. N° 0024-2003-AI/TC.	STC. Exp. N° 3741-2004-AA/TC.
<p>a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.</p> <p>b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.</p> <p>c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.</p> <p>d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.</p> <p>e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.</p>	<p>a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.</p> <p>b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.</p> <p>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, <u>sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos</u></p>

¹⁹⁴ Algunos colegas creen que dicho PV, ya no es aplicable, y por lo tanto han cesado sus efectos, pues fue revocado vía overruling mediante la STC. Exp. N° 04293-2012-AA/TC. Caso Consorcio Requena. Sin embargo argumentamos que se “*habría*” dejado sin efecto el control difuso a favor de los tribunales administrativos con alcance nacional. Utilizamos el término *habría*, por cuanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH, en adelante), en el caso Gelman Vs. Uruguay II, ha dejado establecido la doctrina del control difuso de convencionalidad incluida en sede administrativa, valga la ocasión para hacer mención que ha sido la CorteIDH, la que ha dejado sentada esta doctrina, pues la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, en adelante), no posee facultades jurisdiccionales.

	<u>interpretativos que son compatibles con la Constitución.</u> e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.
--	---

Como podemos advertir en la STC. Exp. N° 3741-2004-PA/TC, el TC agrega un nuevo presupuesto a los señalados en la primigenia STC. Exp. N° 0024-2003-AI/TC, el cual rotula de manera errada con la letra “D”, la cual por orden lógico corresponde a la letra “C”, al margen de esta corrección intrascendente, debemos agregar que cuando el TC, constata la inconstitucionalidad de la disposición sometida a control, la cual no sólo afecta al recurrente sino a un número indeterminado de personas, dentro de su sentencia el TC, puede prohibir su aplicación.

4.3.8.- Diferencias entre PV y doctrina jurisprudencial vinculante.

Para comenzar debemos mencionar que el PV, encuentra sustento legal en el Art. VII del TP del CPConst, mientras que la doctrina jurisprudencial vinculante (DJV, en adelante) se encuentra establecida en el Art. VI del TP del CPConst, otra diferencia que podemos anotar es que el PV, está dirigida a todo el ordenamiento jurídico, en cambio la DJV está dirigido a la judicatura, el PV, puede surgir de un solo caso, la DJV, surge de un cúmulo de jurisprudencias.

A su turno la doctrina expone: “¿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 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”.¹⁹⁵

¹⁹⁵ 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

Se trata de una verdadera potestad creadora de normas de nivel constitucional, que tiene además las siguientes consecuencias: a) el precedente no puede ser desacatado 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 Constitucional.¹⁹⁶

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 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

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. Citado por GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *Las "Peculiaridades" del Precedente Constitucional en el Perú*. Ob. Cit. Pág. 96.

¹⁹⁶ 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. Citado por GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *Las "Peculiaridades" del Precedente Constitucional en el Perú*. Ob. Cit. Pág. 96.

los casos citados, del amparo contra normas o el amparo contra resoluciones judiciales.”¹⁹⁷

El profesor español García Amado al respecto anota: *“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”*.

¿Qué interpretación cabe dar a este precepto? Al menos su lectura aislada hace pensar que el Tribunal puede modular el alcance de su decisión como precedente vinculante. Se entiende que ese precedente, así modulado por el propio Tribunal en los contenidos que son vinculantes, desplegara esa vinculatoriedad para los órganos inferiores que resuelvan litigios en sede jurídica, paradigmáticamente los jueces y tribunales ordinarios. Parece obvio que para el propio Tribunal Constitucional el precedente no es vinculante, pues puede apartarse de él, aunque sea con la exigencia formal de explicitar las razones del cambio de rumbo decisorio. ¿Hay algo en este artículo VII que obligue a pensar que está dando al Tribunal Constitucional facultades para, en sus sentencias, dictar normas de características y efectos idénticos a las normas legales? Parece claro que no. Además, aun cuando cupiera esa interpretación, que nos parece tremendamente forzada, seguramente debería ser descartada por incompatible con la Constitución misma, con su reparto de poderes y controles y con su asignación de legitimidad a los distintos poderes del Estado. Un Tribunal Constitucional con facultades no meramente anulatorias de normas por inconstitucionales, sino puramente legislativas, contradice los fundamentos y estructuras más elementales de un Estado que se dice constitucional y democrático de Derecho.

Conviene examinar ese artículo conjuntamente con el anterior, el VI, por si de esa observación conjunta sale con necesidad o razonabilidad esa sorprendente legitimación legislativa del Tribunal Constitucional¹⁹⁸. En su párrafo tercero dice así el artículo VI:

“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”.

¹⁹⁷ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *Las “Peculiaridades” del Precedente Constitucional en el Perú*. Ob. Cit. Págs. 95-97.

¹⁹⁸ En mi opinión, si ese fuera el contenido de alguno de estos artículos, los convertiría en inconstitucionales; y mejor haría el Tribunal en evitar esa interpretación inconstitucional de los mismos que vamos a ver, en lugar de forzarla para aumentar sus propias competencias en detrimento del reparto constitucional de competencias. Citado por GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Controles descontrolados y precedentes sin precedente. A Propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC*. En: JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional. Grijley. Enero N° 1. 2008. Pág. 90.

Debemos entender que aquí se alude al valor de las decisiones del Tribunal como precedente judicial, mientras que el artículo VII constituye un tipo de precedente distinto, consistente en la promulgación de una norma nueva por el Tribunal? Me parece que es muy sencillo salvar la compatibilidad entre esos dos preceptos sin necesidad de abocarlos a esa interpretación inconstitucional que tanto agrada al guardián de la Constitución¹⁹⁹. El artículo VI se refiere al efecto vinculante que tiene la interpretación que, en sus sentencias, haga el Tribunal Constitucional de los preceptos y principios constitucionales. Esto significa que el Tribunal Constitucional fija con sus interpretaciones el sentido de las normas constitucionales, concretando o determinando así ese sentido, de modo tal que al aplicar esas normas constitucionales los jueces no pueden contrariar esa interpretación, han de atenerse a ella y no pueden guiarse por interpretaciones alternativas de las normas constitucionales.

Por su parte, el artículo VII podemos entender sin mucho esfuerzo que se refiere a otra cosa: a la vinculatoriedad, como precedente, de las decisiones en sí del Tribunal y en lo que este quiera que de esa manera vinculen. Aquí no se trata de la vinculatoriedad de sus interpretaciones de las normas de la Constitución, sino de sus valoraciones e interpretaciones de otras normas o de actos, situaciones o estados de cosas. Un ejemplo lo podemos ver en el mismo asunto que se trata en esta Sentencia. Con base en la Constitución, como no podría ser de otra manera, entiende el Tribunal que la norma que obliga al que reclama contra una multa a pagar una cantidad de dinero en concepto de tasa de impugnación es inconstitucional, y lo es por atentar contra varias normas de la Constitución. Lo que a tenor del artículo VII, interpretado de modo deferente con la propia Constitución, el Tribunal puede hacer es declarar que esa decisión tiene valor de precedente y, en su caso, decir con que alcance o para que supuestos. Con ello se estaría sentando el valor obligatorio para el futuro, para todo juez, de la regla contenida en la *ratio decidendi* y que vendría a decir que no puede considerarse constitucional ni, por tanto, aplicarse una norma que exija algún tipo de pago como condición para la reclamación frente a una multa administrativa. Insistimos en el diferente objeto del artículo VI y del VII. El primero hace vinculantes siempre las interpretaciones de las normas constitucionales que realice el Tribunal Constitucional. El segundo hace vinculantes, en tanto que precedentes, las pautas decisorias de los casos en lo que el Tribunal quiera, y siempre teniendo en cuenta que entre las que llamamos pautas decisorias no figura la interpretación de las normas constitucionales, que en virtud del artículo VI obliga siempre.”²⁰⁰

¹⁹⁹ El derecho y la jurisprudencia comparados nos muestran la siguiente constante, que podríamos llamar la tercera ley del activismo judicial neoconstitucionalista: Cuanto más un tribunal constitucional invoca la necesidad de salvaguardar las esencias y contenidos valorativos de la Constitución como base de la extensión de sus propias competencias, tanto menos se hace la siguiente pregunta: ¿quién protege la Constitución si el propio Tribunal Constitucional se extralimita y, so pretexto de defenderla, la altera por completo y la hace decir lo que el Tribunal quiera o a sus magistrados -o a quien los nombra- más les convenga? Citado por GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Controles descontrolados y precedentes sin precedente. A Propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC*. Ob. Cit. Pág. 91.

²⁰⁰ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Controles descontrolados y precedentes sin precedente. A Propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC*. Ob. Cit. Págs. 90-91.

“(…) 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.”²⁰¹

En una crítica frontal al artículo VI del TP del CPConst., el profesor García Amado expone: “(…) semejante distinción es un elemento más de los que contribuyen a situar al Tribunal Constitucional por encima del legislador y más allá de su función de control negativo de constitucionalidad. En efecto, las únicas normas legales que adquirirían plena vigencia y eficacia y que obligarían al juez terminantemente son aquellas que han sido expresamente ratificadas por el Tribunal Constitucional, que han recibido su visto bueno, su pláacet.”²⁰²

Entre nosotros la doctrina peruana, el profesor Rodríguez Santander expone: “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 de configuración²⁰³. Por ello se ha dicho con plena razón que “el requisito

²⁰¹ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. En: Carpio Marcos, Edgar. Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1ª Edición Febrero 2007. Pág. 57.

²⁰² GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Controles descontrolados y precedentes sin precedente. A Propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N.º 3741-2004-AA/TC*. En: JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional. Grijley. Enero N.º 1. 2008. Pág. 78.

²⁰³ Sin embargo, en algunos ordenamientos (en un adato, por decir los menos, curioso) dicho punto ha sido legislativamente identificado con un número específico de resoluciones. Así por ejemplo en Colombia, el

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.”²⁰⁴

Continúa el profesor Rodríguez Santander: “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 jurídico.”²⁰⁵

Continúa el profesor Rodríguez Santander: “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 significativos y merecen un trato jurídico distinto.”²⁰⁶

“Habiéndose desarrollado el concepto de jurisprudencia constitucional vinculante, queda clara su diferencia con el precedente constitucional vinculante. Mientras aquella 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

artículo 4 de la Ley 169 de 1986, 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”. Citado por RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. Ob. Cit. Pág. 60.

²⁰⁴ Cfr. AGUILÓ, J. Op. cit., p. 117. Citado por RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. Ob. Cit. Pág. 60.

²⁰⁵ 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. 5° 2 CPConst) merezca también una interpretación en clave objetivo-sustancial. (Cfr. “Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjética y objetiva) del artículo 5° 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. Citado por RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. Ob. Cit. Págs. 59-60.

²⁰⁶ Cfr. Magaloni, A. Op. cit., p. 84. Citado por RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. Ob. Cit. Pág. 61.

que la sitúa entre las denominadas fuentes-hecho, al 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 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 vigente.²⁰⁷

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”²⁰⁸, agregando que “si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la características 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”²⁰⁹. 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 *stricto sensu* emanada de una específica sentencia.”²¹⁰

4.3.9.- Diferencia entre precedente vinculante Inglés y el precedente vinculante Norteamericano.

Al respecto la doctrina: “En esencia, el precedente inglés se diferencia fuertemente del estadounidense porque el primero es más rígido y vinculante, mientras el segundo rechaza vínculos formales y cultiva una concepción elástica y con una pizca de persuasión del precedente. En el caso nacional, en el caso específico del precedente vinculante, (...), el TC tiene la capacidad de variarlo, siempre y cuando lo sustente debidamente (CPCo, VII-TP), lo cual hace notar

²⁰⁷ 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* (...) Citado por RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. Ob. Cit. Pág. 62.

²⁰⁸ 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. Citado por RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. Ob. Cit. Pág. 62.

²⁰⁹ Cfr. STC Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, f.j. 43. Citado por RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. Ob. Cit. Pág. 62.

²¹⁰ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. Ob. Cit. Pág. 61-62.

que si bien hay una cierta rigidez en su mutación, ésta está permitida legislativamente.”²¹¹

4.3.10.- Diferencias entre el Precedente Constitucional Vinculante y el precedente vinculante del *Common Law*.

Al respecto la doctrina: “(...) quizá las principales diferencias entre el precedente constitucional previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional peruano y el precedente propio del *common law* sean: en primer lugar, que está regulado en una norma jurídica escrita, es decir, en la ley (Código Procesal Constitucional), y, en segundo término, que mientras en el precedente del *common law*, es al juez posterior a quien corresponde determinar la *ratio decidendi* que servirá de norma aplicable para los futuros casos análogos, en nuestro país, la regla es precisada por el propio Tribunal Constitucional.”²¹²

4.4.- Precedente Supranacional Vinculante.

Como ya los mencionamos líneas arriba, dejamos sentada nuestra posición consistente en que no compartíamos el diminuto punto de vista, que propugna que en nuestro ordenamiento jurídico sólo existen tres manifestaciones del Precedente Vinculante: El Administrativo, Judicial y Constitucional Vinculante, y se deja de lado y ni siquiera se lo menciona, al Precedente Supranacional Vinculante, al respecto nos preguntamos ¿si los pronunciamientos de la CortelDH, que han sido expedidos para países distintos al Perú, no nos vinculan?

Nos explicamos el caso *Almonacid Arellano versus (vs., en adelante) Chile, Caso Tibi vs. Ecuador, Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. En estos casos, en que la CortelDH, ha diseñado el control de convencionalidad, podemos argumentar que como son controversias que involucran a otros países, y por el principio de soberanía nacional, no nos vinculan y no es exigible por ningún operador jurídico las directrices esbozadas por la CortelDH, creemos que estos argumentos no son de recibo, primero porque por mandato constitucional los tratados internacionales, suscritos por nuestro país, forman parte de nuestro derecho interno, en virtud del artículo 55° de la Constitución Política del Perú (Consti., en adelante), segundo no se puede alegar el Principio de Soberanía como en antaño se hacía, pues la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así lo propugna y es doctrina consolidada.

En sentido opuesto al ejemplo planteado, los países miembros que han suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, en

²¹¹ MONTROYA CHÁVEZ, Víctorhugo. *El stare decisis constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales*. Ob. Cit. Pág. 77.

²¹² DONAYRE MONTESINOS, Christian. *Precedente constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 113.

adelante)²¹³ y han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, sin reserva alguna, no podrían alegar que el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, que también forma parte de la doctrina del Control de Convencionalidad, no los vincula, pues es una controversia propia de Perú, si ocurre un caso similar en otros países se puede decir que sus operadores jurídicos no están vinculados.

Al respecto es menester citar el siguiente caso, que apuntalan nuestros argumentos: Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 20 de Marzo de 2013. **Caso Gelman Vs. Uruguay.**²¹⁴ Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

“69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas²¹⁵, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles,

²¹³ [76] Adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. En la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, de acuerdo a su Artículo 74.2 de la Convención.

[77] Suscrita por Perú el 27 de julio de 1977 y aprobada mediante Decreto Ley N° 22231, publicado el 12 de julio de 1978. El instrumento de ratificación del 12 de julio de 1978, se depositó el 28 de julio de 1978. Vigente desde el 28 de julio de 1978. Ratificada por la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979. Vid. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es parte*. Banco de Crédito BCP. Primera Edición Oficial: Octubre 2012. Pág. 457.

²¹⁴ Al respecto es menester citar el pie de página número 13, de un trabajo del magistrado del TC, Espinoza-Saldaña Barrera: “[13] Esto es más evidente cuando hoy en nuestros países la Corte Interamericana viene impulsando el control de convencionalidad, en mérito al cual las autoridades con atribuciones jurisdiccionales (desde Arellano Almonacid vs. Chile, caso del año 2006), e incluso las autoridades con funciones ejecutivas o legislativas (en ese sentido la resolución emitida en el contexto de la supervisión del cumplimiento de la sentencia Gelman vs. Uruguay, resolución emitida este año 2013) deben respetar lo previsto en la Convención Americana y en la interpretación vinculante de la misma, prefiriendo ello incluso a lo previsto en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado que en su momento firmó este tratado en particular.” Vid. ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Algunas notas sobre el perfil del juez(a) constitucional en un contexto como el actual*. Ob. Cit. Pág. 191.

²¹⁵ [48] Al respecto, la corte señaló en el caso Gelman: “La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que ‘el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley’. Otros tribunales nacionales se han ido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales”. Caso Gelman Vs. Uruguay, párr.239. [Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.]

están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, **los precedentes** o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.²¹⁶ (Resaltados nuestros).

En la misma línea el TC, en la STC. Exp. N° 2730-2006-PA/TC. Caso Arturo Castillo Chirinos, ha precisado:

Los efectos vinculantes de las sentencias de la CIDH²¹⁷.

12. La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, **incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso.** En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal. (Resaltados nuestros).

En la misma línea la doctrina: “La Corte regional siguiendo lo dispuesto por los arts. 62.3 y 68.1 del Pacto de Costa Rica ha dicho que sus fallos son -en el caso concreto-, **de cumplimiento obligatorio para los Estados.** Los países -salvo algunas excepciones como en Perú que finalmente luego aceptó una

²¹⁶ [49] La eficacia interpretativa del tratado internacional se observa también en la práctica de autoridades y tribunales nacionales en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Al respecto, véase Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000 “Execution of judgments of the European Court of Human Rights”: “[...] 3. El principio de solidaridad implica que la jurisprudencia de la Corte [Europea de Derechos Humanos] forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención erga omnes (a todas las otras Partes). Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales. (“3. The principle of solidarity implies that the case-law of the Court forms part of the Convention, thus extending the legally binding force of the Convention erga omnes (to all the other parties). This means that the states parties not only have to execute the judgments of the Court pronounced in cases to which they are party, but also have to take into consideration the possible implications which judgments pronounced in other cases may have for their own legal system and legal practice”). <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=16834&Language=EN> [Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.]

²¹⁷ En la citada sentencia el TC utiliza las siglas CIDH, se refiere a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo en el presente trabajo nosotros vamos a utilizar las siglas CorteIDH, que son las mismas siglas que utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su página web.

condena-;²¹⁸ han sido casi siempre respetuosos de los fallos de la Corte IDH no sólo en cuanto a la reparación económica, sino también cuando ordenan al poder público llevar a cabo ciertas conductas reparatorias²¹⁹ tanto de hacer como de no hacer.²²⁰” (Resaltados nuestros).

Para fundamentar nuestra posición queremos comenzar por el sustento constitucional de los tratados internacionales, ya que ello se encuentra directa consonancia como el Precedente Supranacional Vinculante.

Constitución Política del Perú.

Artículo 55.- Tratados.

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Al respecto la doctrina expone: “El artículo 55 de la Constitución requiere que para que los tratados formen parte del derecho nacional hayan sido celebrados por el Estado y estén en vigor.

La celebración por el Estado supone necesariamente una aprobación legislativa interna. De otro modo no existe manifestación de voluntad para suscribirlo.”²²¹

Artículo 205.- Jurisdicción Supranacional.

Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.

Al respecto la doctrina expone: “A través de dicha jurisdicción se fortalece el sistema de garantías para la protección de los derechos fundamentales de la

²¹⁸ [62] Véase, HITTERS, Juan Carlos, “Imposibilidad de retirarse de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el caso de Perú)”, *La Ley*, Buenos Aires, 1999-F, p. 893. Citado por HITTERS, Juan Carlos *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)* En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (Director). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 10 (Julio-Diciembre 2008). Primera Edición: 2008. Pág. 145. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf> (Fecha de consulta 03/03/19).

²¹⁹ [63] Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua (cit.); Corte IDH, Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162; Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154. Véase, HITTERS, Juan Carlos, “Los Tribunales supranacionales”, *La Ley*, Buenos Aires, 2006-E, p. 818. Citado por HITTERS, Juan Carlos *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)* Ob. Cit. Pág. 145.

²²⁰ [64] Corte IDH, Casos: Barrios Altos vs. Perú (Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75); La Cantuta vs. Perú (cit.) y Tribunal Constitucional vs. Perú (Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71). Véase Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104. Citado por HITTERS, Juan Carlos *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)*. Ob. Cit. Pág. 145.

²²¹ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo III*. Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial 1999. Primera Edición. Febrero de 1999. Págs. 153-154.

persona. Añádase a ello la aparición de una competencia supranacional para declarar la responsabilidad internacional del Estado por violación de los referidos derechos.

La jurisdicción supranacional implica la transnacionalización de las prerrogativas humanas, esto es, la facultad del justiciable -no atendido adecuadamente a nivel intraestatal en sus reclamos de defensa de sus derechos básicos- de poder alcanzar tutela a través de la acción ante organismos internacionales.

Como refiere Néstor Pedro Sagüés²²², estos organismos se convierten en “sujetos de control (último) del derecho o garantía constitucional”. En esa misma idea, Francisco Fernández Segado²²³ refiere que dicha jurisdicción “viene a operar como una suerte de segunda instancia correctora del deficiente funcionamiento del régimen de garantías de los derechos a nivel estatal y en supuestos individualizados [...]”.²²⁴

Como ya lo hemos podido notar en virtud del Artículo 55° de la Consti., *los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*, con ello podemos concluir que los tratados internacionales suscritos por el Estado Peruano, constituyen disposiciones directamente aplicables por nuestros operadores jurídicos, sólo cabe preguntarnos si las interpretaciones que realizan los organismos internacionales de los tratados son vinculantes, por una cuestión lógica la interpretación también vincula, piénsese por ejemplo las interpretaciones que realiza la CortelDH, de la CADH, también nos vincula.

Debemos agregar que en virtud del artículo 205° de la Const., *agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte*. En puridad el TC, es un órgano de cierre con su pronunciamiento sobre el fondo queda agotada la vía interna, y la persona que se considera afectada puede recurrir a la jurisdiccional regional o universal.

Continuando con el sustento legal, es menester traer a colación determinados artículos del CPConst.

Código Procesal Constitucional.

Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales.

²²² [3] SAGÜÉS, Néstor Pedro. Derecho Procesal Constitucional Recurso extraordinario. Astrea, Buenos Aires, 1992. Citado por GARCÍA TOMA, Víctor. *Jurisdicción supranacional*. (Comentarios al Artículo 205° de la Constitución). En: Gutiérrez, Walter. (Director). La constitución comentada. Tomo III. Gaceta Jurídica S.A. Segunda Edición. Enero 2013. Pág. 1126.

²²³ [4] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dogmática de los derechos humanos. Ediciones jurídicas, Lima, 1994. Citado por GARCÍA TOMA, Víctor. *Jurisdicción supranacional*. (Comentarios al Artículo 205° de la Constitución). Ob. Cit. Pág. 1126.

²²⁴ GARCÍA TOMA, Víctor. *Jurisdicción supranacional*. (Comentarios al Artículo 205° de la Constitución). Ob. Cit. Págs. 1125-1126.

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

“Esta es una disposición que recoge un importantísimo criterio de interpretación al momento en que se quiera definir -en cada caso concreto- el contenido constitucional de los derechos objeto de protección y garantía de los procesos constitucionales. En primer lugar, se debe reconocer el acierto del legislador en el empleo de una nomenclatura adecuada. Se habla del *contenido y alcances de los derechos constitucionales*. No se habla de “contenido esencial” de los derechos constitucionales, evitándose así el equívoco que supone esta expresión. Efectivamente, emplear la expresión “contenido esencial” puede llevar a concluir que existe un “contenido no esencial” y predicar la normatividad y consecuente exigibilidad sólo de la parte esencial, lo cual sería un gravísimo error y no favorecería la vigencia plena y efectiva de los derechos constitucionales.”²²⁵

Artículo 114.- Organismos internacionales competentes.

Para los efectos de lo establecido en el artículo 205 de la Constitución, los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución, o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, son: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú.

“La jurisdicción internacional o supranacional, constituye una garantía más de protección de los derechos de las personas consagrados en la Constitución vigente, y es consecuencia de haber aceptado los Estados de buena fe, suscribir y ratificar tratados de derechos humanos. En estos instrumentos de carácter internacional se ha establecido órganos cuasijurisdiccionales y jurisdiccionales, competentes para decidir si en los ordenamientos internos se ha producido la violación de algún derecho o derechos en ellos consagrados.”²²⁶

“Las normas internacionales sobre derechos humanos vinculantes para el Perú conforman también nuestro sistema jurídico y lo hacen en el nivel normativo constitucional. Tales normas provienen no solo del concreto tratado

²²⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional. Tomo I. Título Preliminar y Disposiciones Generales*. Palestra Editores. Lima 2006. Segunda Edición Julio 2006. Pág. 75.

²²⁶ CASTAÑEDA OTSU, Susana Otsu. *Organismos internacionales competentes. (Comentarios al artículo 114° del Código Procesal Constitucional)*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhony (Coordinador). *Código Procesal Constitucional Comentado. Homenaje a Domingo García Belaunde*. Segunda Edición. Editorial ADRUS. Segunda Edición. Julio 2011. Pág. 779.

internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos; sino también -y hasta principalmente- de los órganos internacionales creados para vigilar su cumplimiento, como es el caso de la Corte IDH. Si las normas convencionales conforman el sistema jurídico peruano, todos los operadores jurídicos están en la obligación de conocerlas y de saber el rol jurídico que desempeñan para procurar una aplicación formalmente correcta y materialmente justa.”²²⁷

4.4.1- Concepto de Precedente Supranacional Vinculante.

Al respecto la doctrina expone: “(...), en principio, se consideran “precedentes internacionales” aquellas determinaciones (razonamientos y decisiones) emitidas por órganos judiciales supranacionales o internacionales, tanto en el ámbito universal como regional, ya sea que tengan competencia general, como la Corte Internacional de Justicia, o competencia especializada, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar; los tribunales regionales en materia de derechos humanos (por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos); la Corte Penal Internacional y otros tribunales penales (en específico los establecidos para Ruanda y la ex Yugoslavia); los diferentes tribunales establecidos en el ámbito regional del derecho comunitario, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o la Corte Centroamericana de Justicia; entre otros.

Tales precedentes se distinguen, en general y en su aspecto formal, de la doctrina internacional que generan los órganos de naturaleza no jurisdiccional (recomendaciones derivadas del sistema no convencional de Naciones Unidas, como son el sistema de relatores, grupos de trabajo, expertos independientes, las recomendaciones del Consejo de Derechos Humanos, etcétera), a los que se reconoce generalmente un “efecto orientador”, o aquella doctrina de los órganos de naturaleza cuasijurisdiccional, la cual, no obstante, suele equipararse en sus efectos interpretativos a las resoluciones de las instancias judiciales, dado su carácter de instancia resolutoria y orientadora (tal es el caso de los informes y recomendaciones de los diferentes comités de Naciones Unidas o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). No obstante las diferencias formales, en la práctica judicial nacional suelen tener también el mismo uso argumentativo, como parámetros de justificación de una decisión.”²²⁸

²²⁷ ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Manual Auto Instructivo del Curso “Control de Convencionalidad y Control de Constitucionalidad: Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional y Estándares de la CIDH”*. II Nivel de la Magistratura (20° Programa de Capacitación para el Ascenso). Elaborado por Dr. Luis Castillo Córdova. Lima-Perú. 2018. Pág. 50.

²²⁸ DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. *Anatomía del precedente internacional. (Esbozo para la discusión)*. En: Carbonell, Miguel. Fix-Fierro, Héctor. González Pérez, Luis Raúl. Valadés, Diego. (Coordinadores). *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Justicia. Tomo III. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición: 6 de enero de 2015. Págs. 79-80. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3824/7.pdf> (Fecha de consulta 02/03/19).

4.4.2- Aplicación del Precedente Supranacional Vinculante.

“Sobre la aplicación del precedente, se debe distinguir entre aquella que realizan los órganos emisores (autoprecedente); la realizada por órganos jerárquicamente subordinados, orgánica o funcionalmente, pertenecientes al mismo ámbito internacional (precedente vertical), como podría ser en el ámbito interamericano la Comisión respecto a la Corte Interamericana, y la que realizan instancias judiciales internacionales pertenecientes a otro ámbito de jurisdicción (precedente horizontal). Asimismo, se debe distinguir entre aquella aplicación del precedente internacional que realizan los operadores internos, en particular los jueces nacionales, que se encuentran en una situación que va de sujetos regulados (en tanto órganos del Estado) a agentes del derecho internacional (en tanto órganos de garantía), y el uso de la jurisprudencia internacional por órganos nacionales que no pertenecen al sistema de origen del precedente internacional (uso como referencia al derecho comparado regional). En cualquiera de estos supuestos adquieren relevancia las obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, en tanto que la aplicación del precedente internacional puede operar como factor de cumplimiento de un deber de respeto y garantía, o como mecanismos de prevención y promoción de un derecho en un contexto de consenso regional o global.”²²⁹

En definitiva, la fuerza y la eficacia del precedente internacional dependerán del sistema del precedente, del contexto y del órgano que lo aplica.”²³⁰

4.4.3.- Funciones del precedente supranacional vinculante.

Al respecto la doctrina expone: “Generalmente se reconoce que la jurisprudencia contribuye a la seguridad jurídica en un triple aspecto de cognoscibilidad (al permitir a los particulares conocer la interpretación dada por los tribunales, en especial de los supremos o límite), uniformidad (al depurar interpretaciones erróneas o contradictorias), y previsibilidad (contribuye a la seguridad jurídica sobre el comportamiento judicial).”²³¹

²²⁹ [15] Sobre el uso del derecho comparado en general, véanse Häberle, Peter, “Derecho constitucional nacional, “uniones de Estados” regionales y el derecho internacional como derecho universal de la humanidad: convergencias y divergencias”, y Pegoraro, Lucio, “Derecho constitucional y método comparado”, ambos en Serna de la Garza, José María (coord.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 3-22 y 69-102, respectivamente; Vergottini, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, Civitas. Citado por DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. *Anatomía del precedente internacional. (Esbozo para la discusión)*. Ob. Cit. Pág. 83.

²³⁰ DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. *Anatomía del precedente internacional. (Esbozo para la discusión)*. Ob. Cit. Pág. 83.

²³¹ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 508. Citado por DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. *Anatomía del precedente internacional. (Esbozo para la discusión)*. Ob. Cit. Pág. 92.

En línea similar: “(...) Innegablemente existen ventajas intangibles al no tener que hacer algo por primera vez. Por un lado, los precedentes pueden ahorrar tiempo y trabajo. Especialmente si el juez está trabajando en una lengua extranjera, como la mayoría de los jueces en las cortes internacionales lo hacen, una frase bien hecha puede ser bienvenida a la hora de crear su propia sentencia. Por otra parte, generalmente es más fácil convencer a un colega de la posición propia cuando se está invocando un caso previamente decidido. Además, se siente como una tranquilidad psicológica cuando se recurre a decisiones del pasado, ya que ello significa que cualquier reproche que se pueda hacer finalmente debería recaer en otro peldaño. Especialmente estos dos últimos puntos hacen alusión a la corriente aparentemente ineludible en cualquier discusión sobre precedentes, pero con un giro interesante: el uso de casos pasados da la impresión de que el juez está aplicando, más que creando derecho.”²³²

A nuestro turno argumentamos que el precedente vinculante sirve para dotar de predictibilidad, uniformidad, seguridad jurídica, igualdad en la aplicación del derecho, no importa de qué variante de precedente estemos hablando (Administrativo, Judicial, Constitucional, Supranacional), son esas funciones insitas que acompaña a todo precedente, pues de nada serviría que el Juez de Chiclayo sobre la disposición X interprete A, el Juez de Lima, interpreta Y, el Juez de Cusco, interpreta Z, sería un caos, para evitar tales efectos perniciosos nace el precedente para dotar de uniformidad y seguridad jurídica²³³. A continuación seguimos el excelente trabajo del profesor Del Toro Huerta, ya citado.

4.4.3.1.- Función epistémica o cognitiva.

“Normalmente, y con mayor razón ante la inflación normativa y jurisprudencial, es necesario precisar el contenido y alcance de los términos empleados en los tratados a partir de las determinaciones de los órganos autorizados para su interpretación. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia internacional se proyecta en un doble plano de definición: respecto de los criterios de interpretación y respecto de los contenidos normativos.”²³⁴

²³² JACOB, Marc. *La función sistémica del precedente: Perspectivas del derecho internacional*. En: Von Bogdandy, Armin. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Morales Antoniazzi, Mariela. (Coordinadores). *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?* Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Primera Edición: 19 de noviembre de 2010. Pág. 687. Disponible también en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2895/21.pdf> (Fecha de consulta 03/03/19).

²³³ “Así pues, nadie niega las bondades del uso del precedente (predictibilidad, igualdad, transparencia, seguridad jurídica), pero todas estas ventajas se pierden si el precedente no es utilizado para generar o consagrar consensos interpretativos, sino más bien para imponer criterios o lograr un posicionamiento institucional de los jueces(zas) constitucionales en detrimento de las competencias propias y legítimamente ejercidas por, por ejemplo, otras instancias estatales.” *Vid.* ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Algunas notas sobre el perfil del juez(a) constitucional en un contexto como el actual*. En: *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*. Tomo N° 77. Mayo 2014. Pág. 190.

²³⁴ [34] Saiz Arnaiz, Alejandro, “La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos”, en Saiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo

Lo anterior se manifiesta también en otros dos aspectos del precedente: su contribución en la identificación de normas de carácter consuetudinario, de normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) y de obligaciones *erga omnes*, así como en la relevancia práctica de la máxima *iura novit curiae*.²³⁵

4.4.3.2.- Función normativa, prescriptiva o de control.

“La función normativa o prescriptiva del precedente se basa en el principio de universalidad y supone la confirmación de una regla general.²³⁶ Al respecto, resulta relevante la distinción entre “cosa juzgada” inter partes y “cosa interpretada” con efectos *erga omnes*. La discusión en este punto implica los efectos declarativos de las sentencias respecto de situaciones jurídicas incompatibles con el derecho internacional que trascienden al caso concreto (ya sea respecto de un Estado en particular, o respecto a situaciones equiparables en otros Estados), dado que si bien las instancias internacionales constituyen un recurso para las personas, su función también se proyecta al conjunto del sistema, a fin de salvaguardar el orden público internacional.”²³⁷

4.4.3.3.- Función sistemática (instrumento de garantía colectiva).

“Esta función alude tanto a la eficacia del sistema en su conjunto, como mecanismo de atribución de responsabilidades y reparaciones de violaciones de derechos humanos en casos individuales, como también al sistema basado en el control preventivo indirecto (pro futuro) a través del establecimiento de un sistema de garantía multinivel, que debe leerse en clave de subsidiariedad y complementariedad, a fin de que no solo se garantice la efectividad de los derechos humanos reconocidos internacionalmente en el ámbito interno (cumplimiento de las obligaciones y compromisos internacionales), sino también contribuir a la efectividad y a la armonización del sistema mismo, dada su naturaleza subsidiaria.”²³⁸

4.4.3.4.- Función jurisprudencial de desarrollo y armonización.

“El precedente, en tanto expresa un razonamiento derivado del ejercicio de una función jurisdiccional, contribuye al desarrollo del ordenamiento jurídico internacional y a la armonización de este con los ordenamientos nacionales. Esta

(coords.), *Control de convencionalidad...*, cit., p. 494. Citado por DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. *Anatomía del precedente internacional. (Esbozo para la discusión)*. Ob. Cit. Pág. 93.

²³⁵ DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. *Anatomía del precedente internacional. (Esbozo para la discusión)*. Ob. Cit. Pág. 93.

²³⁶ [35] Taruffo, Michele, “Precedente...”, cit., p. 218. Citado por DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. *Anatomía del precedente internacional. (Esbozo para la discusión)*. Ob. Cit. Pág. 93.

²³⁷ DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. *Anatomía del precedente internacional. (Esbozo para la discusión)*. Ob. Cit. Pág. 93.

²³⁸ Entre otros, véase Queralt Jiménez, Argelia, “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, en García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo A., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 233 y ss. Citado por DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. *Anatomía del precedente internacional. (Esbozo para la discusión)*. Ob. Cit. Págs. 96-97.

dualidad funcional, estrechamente relacionada con las anteriores, supone reconocer la objetividad de las obligaciones establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos, en tanto que no depende su interpretación de las posiciones subjetivas de los Estados, ni están sujetas a condiciones de reciprocidad, así como también supone asumir el criterio del efecto útil de los tratados internacionales como guía de significado y de su evolución como instrumentos vivos. De ahí que se afirme que la “actualización convencional supone, en definitiva, favorecer la efectividad del sistema a lo largo de los años.”²³⁹

4.4.3.5.- Función histórica.

“La función histórica supone reconocer el papel relevante que juega la jurisprudencia internacional en el proceso de disolución-reconstrucción-reapropiación de la “verdad histórica” de las violaciones a los derechos humanos en los Estados y en las diferentes regiones (no solo como parte del derecho a la verdad de las víctimas, sino también como parte de derecho de la sociedad a saber), a través del cruce de narrativas a lo largo del procedimiento (donde participan y aportan documentos y pareceres no solo las partes, esto es, el Estado y las víctimas o sus representantes, y en el sistema interamericano, la Comisión Interamericana, sino también peritos, *amici curiae* [amigos de la corte], testigos, documentos de comisiones de verdad, etcétera) y en la sentencia respecto de los hechos del caso y de su contexto, particularmente en aquellos procesos de transición democrática, en situaciones de conflicto armado, o de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos.”²⁴⁰

4.4.3.6.- Función política.

“La función política se vincula a la perspectiva argumentativa y al uso estratégico del precedente internacional, al trasladar ciertas cargas o consecuencias de política interna a los operadores del sistema internacional, lo cual repercute no solo en la legitimidad de los operadores nacionales y del sistema interamericano, sino también a reducir posibles tensiones; esto es, cuando en el ámbito interno las condiciones políticas no permiten tratar un tema en particular, por incidir en intereses de actores jurídicos, políticos, sociales, económicos u otros, y resulta imposible legislar en determinada materia o modificar prácticas contrarias a los derechos humanos, el litigio estratégico puede resultar de utilidad, a fin de que, una vez agotados los recursos internos, sean las instancias regionales las que emitan un pronunciamiento que facilite o motive la modificación de normas o prácticas incompatibles con el derecho internacional. Este recurso político suele generar en algunos de los actores nacionales sentimientos nacionalistas o parroquiales, al considerar los

²³⁹ Queralt Jiménez, Argelia, “El alcance del efecto de cosa interpretada...”, *cit.*, p. 242. Citado por DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. *Anatomía del precedente internacional. (Esbozo para la discusión)*. Ob. Cit. Págs. 97-98.

²⁴⁰ DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. *Anatomía del precedente internacional. (Esbozo para la discusión)*. Ob. Cit. Pág. 99.

pronunciamientos internacionales como un atentado a la soberanía y una intervención indebida o ilegítima en el orden interno.”²⁴¹

4.4.3.6.- Función didáctica o pedagógica.

“La función didáctica del precedente internacional está asociada al método de estudio del caso (*case method*)²⁴² y alude al uso de este en los procesos de enseñanza y aprendizaje significativo, tanto en el contexto de estudios universitarios (estudios de caso, derecho comparado y simulacros de litigios internacionales [*moot courts*]) como en la capacitación, formación y actualización constante del operadores jurídicos nacionales, como fiscales, ministerios públicos, personal judicial, etcétera. Para ello resultan de gran utilidad los estudios, los manuales y los textos compilatorios de criterios internacionales y de estudios comparados de jurisprudencia internacional.”²⁴³

Esta función es muy relevante para la consolidación de una cultura de los derechos y de una adecuada formación y educación en derechos humanos, así como para afrontar los retos que el nuevo modelo de control de convencionalidad implica para los operadores nacionales; igualmente, sirve para afrontar, en general, la complejidad que supone la convivencia humana en un mundo global, desigual y plural.”²⁴⁴

4.4.4.- Negando la posibilidad de los Precedentes Vinculantes de la CorteIDH.

Al respecto Alfredo M. Vítolo, anota la doctrina anota: “En todo sistema normativo es condición necesaria determinar cuáles son sus fuentes, a fin de permitir separar aquellas normas que integran el sistema de aquellas que se encuentran fuera de él. Es por ello que, dentro de sistema interamericano, resulta necesario pues, más allá de gustos o deseos, encontrar cuál es la norma que

²⁴¹ Ibídem. Pág. 100.

²⁴² [52] En general, véanse Grote, Rainer, “Comparative Law and Law Teaching Through the Case Method in the Civil Law Tradition-A German Perspective”; Flores, Imer, “Protágoras *vis-à-vis* Sócrates: los métodos de enseñanza-aprendizaje del derecho”, y Serna de la Garza, José María, “El método de casos: reflexiones sobre el cambio en la metodología de la enseñanza del derecho en México”, todos en Serna de la Garza, José María (coord.), *Metodología del derecho comparado...*, cit., pp. 103-124, 125-151 y 152-169, respectivamente; Pérez Lledó, Juan Antonio, *La enseñanza del derecho. Dos métodos y una propuesta*, Perú, Palestra, 2006. Citado por DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. *Anatomía del precedente internacional. (Esbozo para la discusión)*. Ob. Cit. Pág. 100.

²⁴³ [53] Por citar solo algunos de ellos: Steiner, Henry *et al.*, *International Human Rights in Context. Law, politics, morals. Text and Materials*, 3a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2008; López Bassols, Hermilo, *Los nuevos desarrollos del derecho internacional público y casos prácticos de derecho internacional*, 3a. ed., México, Porrúa, 2008; García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, vol. VII (1a. ed. en 2001); García Roca, Javier *et al.* (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid, Civitas, 2012, y Salvioli, Fabián y Zanghi, Claudio (coords.), *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, México, Tirant lo Blanch, 2013. Citado por DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. *Anatomía del precedente internacional. (Esbozo para la discusión)*. Ob. Cit. Pág. 101.

²⁴⁴ DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. *Anatomía del precedente internacional. (Esbozo para la discusión)*. Ob. Cit. Págs. 100-101.

desde el propio sistema otorga valor obligatorio a la jurisprudencia de la Corte. (...) dicha norma no existe.”²⁴⁵

Continúa el citado autor: “En sus fallos más recientes, la Corte ha intentado otros argumentos, sosteniendo que las decisiones del tribunal “integran” el texto de la Convención, deviniendo en *res interpretata*²⁴⁶, con valor *erga omnes* fijando el piso mínimo del estándar de protección.

(...), esta interpretación de la Corte importa afectar seriamente el principio de legitimidad democrática, reconocido por la propia Convención en su artículo 23. Si bien la Corte ha señalado acertadamente que: “La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial...”²⁴⁷, ello no significa que los derechos humanos en América sean (parafraseando al juez Hughes de la Corte Suprema de los Estados Unidos) “lo que la Corte Interamericana dice

²⁴⁵ VÍTOLO, Alfredo M. *Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”*. En: Pensamiento Constitucional N° 18. 2013. Pág. 366. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8961/9369> (Fecha de consulta 03/03/19).

²⁴⁶ [74] Corte IDH, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220, voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, §§ 51, 52 y § 63; “La proyección de la eficacia interpretativa de la sentencia hacia todos los Estados Parte que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y particularmente en aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, consiste en la obligación por todas las autoridades nacionales de aplicar no sólo la norma convencional sino la «norma convencional interpretada» (res interpretata); es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José y, en general al corpus juris interamericano, materia de su competencia, para resolver la controversia. Y así asegurar la efectividad (mínima) de la norma convencional. Lo anterior, al constituir precisamente el objeto del mandato y competencia del Tribunal Interamericano “la interpretación y aplicación» de la Convención Americana», y “de otros tratados que le otorguen competencia” (Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, voto concurrente razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, § 43). Ver también, Alfonso Santiago, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos...* cit. en nota 8, supra. Citado por VÍTOLO, Alfredo M. *Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”*. Ob. Cit. Págs. 373-374.

²⁴⁷ [75] 75 Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221, § 239. En forma similar, Carlos Ayala Corao, *Del diálogo...*, cit. en nota 9, supra. Citado por VÍTOLO, Alfredo M. *Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”*. Ob. Cit. Pág. 374.

que es”²⁴⁸, máxime cuando los integrantes de dicho tribunal, a diferencia de lo que ocurre con los jueces nacionales (incluso los jueces constitucionales), carecen de la legitimación con la que cuentan los poderes constitucionales de los estados, no son elegidos (ni directa ni indirectamente) por el pueblo, ni están sujetos -y esto es lo más trascendente a nuestro criterio- a contralor alguno²⁴⁹.”

²⁴⁸ [76] Como expresa Sagüés, “la interpretación formulada por la Corte Interamericana va a tener de hecho el mismo valor que la letra del Pacto, e incluso será superior a la redacción de este, porque como intérprete final del mismo, fija la superficie y el alcance de sus cláusulas escritas» (Néstor Pedro Sagüés, El control de convencionalidad..., cit. en nota 14, supra). 77 Ver Mónica Pinto, National and International Courts - Deference or disdain?, 30 Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev. 247, pág. 251. Citado por VÍTOLO, Alfredo M. *Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”*. Ob. Cit. Pág. 374.

²⁴⁹ [77] Ver Mónica Pinto, National and International Courts - Deference or disdain?, 30 Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev. 247, pág. 251. Citado por VÍTOLO, Alfredo M. *Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”*. Ob. Cit. Pág. 374.

SUB-CAPÍTULO II.

PROBLEMAS DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE.

Sub capítulo II. Problemas del Precedente Constitucional Vinculante.

1.- Preliminares.

Como ya lo habíamos dejado establecido anteriormente, es menester recordar que el PV, es el más reciente de todas las manifestaciones de los precedentes en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo es el que más problemas nos ha causado.

En nuestra investigación sólo vamos a estudiar uno de los múltiples problemas que ha presentado el PV, *aplicación retroactiva del PV*, sin embargo para resaltar la magnitud del problema planteado, debemos estudiar otros problemas secundarios, que están vinculados y por ello no menos importantes, de por si la institución del precedente en sus inicios se ha visto cuestionada, por el alcance que se le ha dado -nos referimos a su radio normativo-, pues pasamos a la consolidación de la jurisprudencia como una de las fuentes principales del derecho, por ello se han visto trastocadas quizás un sinnúmero de instituciones “clásicas”, si cabe el término, pues la formación que recibimos en antaño, era que sólo la ley y su interpretación era lo que formaba derecho, era impensable que los lineamientos jurisprudenciales se tomaran en cuenta para resolver un controversia jurídica²⁵⁰, y que en la actualidad se enseñe derecho recurriendo al método de casos, en el presente sub capítulo vamos a desarrollar los problemas que nos propusimos en el proyecto de tesis, para afrontar dicho cometido, está por descontado que recurriremos a la legislación, la jurisprudencia²⁵¹ y la doctrina.

Sin embargo no queremos dar a entender ni siquiera de manera implícita que el PV, es una institución problemática, no postulamos ello, lo que queremos dar a entender es que hay ciertos problemas que han complicado la correcta aplicación del PV, en el Perú, sin embargo creemos con la doctrina más autorizada sobre el tema, que el PV ha traído múltiples ventajas, sin embargo no por ello el PV, está libre de problemas.

²⁵⁰ “[13] En ese sentido, Galgano observa que la lógica de uso del precedente que domina en la tradición del *Civil Law* se explica en cómo se concibe el Derecho, en donde se argumenta en función de enunciados generales y abstractos, y no en función de casos. Señala así que “Educados como estamos a argumentar con la legislación, hemos pretendido que los precedentes de jurisprudencia fueran confeccionados a imagen y semejanza de las leyes. De las sentencias se extraen para nosotros las *máxime* (doctrina legal), un género desconocido para el mundo anglosajón, que son proposiciones formuladas en términos generales y abstractos, a la par de otras tantas normas de ley”. GALGANO, Francesco. “El juez en el lugar del legislador”. En: *La globalización en el espejo del Derecho*. Traducción de Horacio Roitman y María de la Colina. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 153.” [Pie de página]. Citado por LOSTAUNAU BARBIERI, Andrea. *Identificando la ratio decidendi. La determinación del contenido normativo del precedente*. En: TC Gaceta Constitucional. Gaceta Jurídica. Tomo 24. Diciembre 2009. Pág. 427.

²⁵¹ Con relación a la jurisprudencia vinculante es aleccionadora la siguiente frase: “Conocer el pensamiento de nuestros jueces en su objetividad, esto es, en sus resoluciones y en sus decisiones, deviene en una ventaja que no debe ser desaprovechada, dado que quien puede acceder al conocimiento y lo deja de lado, luego nada puede exigir.” Vid. URQUIZO OLAECHEA, José. *La importancia de la doctrina jurisprudencial emitida por la Corte Suprema a través del recurso de casación*. (Estudio Introductorio). En: Compendio total de jurisprudencia vinculante penal y procesal penal. Precedentes vinculantes, acuerdos plenarios y doctrina jurisprudencial. Tomo II. Gaceta Jurídica. S.A. Primera Edición: Marzo 2017. Pág. 6.

Con relación a las ventajas del PV, la doctrina expone: “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.”²⁵²

De manera similar el profesor Brasileño Guilherme Marinoni, expone: “Es relevante que el precedente obligatorio orienta a los ciudadanos, pues les dice el modo cómo deben comportarse y les da previsibilidad acerca del resultado de los reclamos jurisdiccionales, teniendo, en esta dimensión, la característica de norma general que, además de eso, es capaz de ofrecer mayor seguridad que la propia norma legislativa.”²⁵³

2.- En nuestro ordenamiento jurídico, se ha efectuado un trasplante jurídico, que ha acarreado problemas debido a la importación de la técnica del Precedente Constitucional Vinculante, y se le ha dotado del mayor grado de vinculatoriedad con relación a las demás manifestaciones de los precedentes vinculantes en sede nacional.

Para abordar el tema debemos echar mano a lo que se entiende por trasplante jurídico: “Los trasplantes jurídicos han sido fundamentales para la construcción y transformación del derecho en el mundo. El comercio, los procesos de colonización y emancipación, los proyectos evangelizadores del Cristianismo, los esfuerzos de integración regional y la globalización, por ejemplo, han sido factores poderosos para el encuentro de los diversos sistemas y tradiciones jurídicas que han existido en la historia de la humanidad. El aislamiento de los ordenamientos jurídicos ha sido la excepción. La regla ha sido el diálogo, choque, imposición, resistencia y cambio de las normas, instituciones y conceptos que estructuran los sistemas jurídicos que han existido a lo largo y ancho del globo (...)”

²⁵² CARPIO MARCOS, Edgar. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al Precedente Constitucional*. (Presentación). Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1ª Edición Febrero 2007. Págs. 5-6.

²⁵³ GUILHERME MARINONI, Luiz. *Precedentes Obligatorios*. Palestra Editores. Primera Edición. Lima Junio 2013. Pág. 107.

Latinoamérica no ha sido la excepción en estos procesos de importación y exportación de derecho. Los países de la región se han caracterizado por ser tierra fértil para los trasplantes jurídicos que se originan en los Estados del norte global y, contemporáneamente, en organizaciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo.”²⁵⁴

En otra línea argumentativa: “Cabe observar que aquellos países latinoamericanos que han seguido al modelo norteamericano han debido adaptar dicho modelo no sólo al trasfondo jurídico continental romanista, sino también a sus peculiaridades políticas., sociales, económicas y culturales. Dentro de las numerosas diferencias que cabe computar en este trasplante del *judicial review* al suelo latinoamericano, destaco la forma de Estado federal y la tradición jurídica del Common Law como elementos importantes en el sistema implantado desde *Marbury vs. Madison*”²⁵⁵. (Resaltados nuestros).

Por un lado, el modelo norteamericano de revisión judicial fue diseñado principalmente para conformar las funciones gubernamentales estatales con la Constitución federal²⁵⁶. Sin embargo, dicho modelo fue adoptado por países latinoamericanos con regímenes centralizados de gobierno y en países con una forma de Estado federal muy atenuada en comparación con la norteamericana, como es el caso de Argentina, Brasil y México. Por otro lado, la tradición jurídica del Common Law otorgó fuerza vinculante erga omnes a las decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos a través de la regla del precedente obligatorio (*stare decisis*), mientras que en los países de América Latina la tradición jurídico-cultural continental romanista se opone a conceder categoría de fuente del derecho autónoma al precedente judicial.”²⁵⁷

²⁵⁴ BONILLA MALDONADO, Daniel. *Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate*. En: Bonilla Maldonado, Daniel. (Editor académico). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana. Primera Edición 2009. Págs. 11-13.

²⁵⁵ [7] 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60, 1803. En el momento en que JOHN MARSHALL, el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1803, hizo la primera declaración de inconstitucionalidad por un tribunal judicial, él no contaba con el beneficio de antecedentes de un texto constitucional claro. Sin embargo, aunque el control judicial de constitucionalidad no fue tema de amplio debate en la Convención constituyente de Filadelfia, existían antecedentes históricos sobre el tema. Los redactores principales de la Constitución norteamericana, ALEXANDER HAMILTON, JOHN JAY y JAMES MADISON, habían escrito una serie de ensayos periodísticos con el fin de promover la aprobación de la Constitución federal por parte de los estados. Estos ensayos, publicados con el título de *El Federalista*, elaboran y defienden la tesis del control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial. Citado por GARRO, ALEJANDRO M. *Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado*. Pág. 498. Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjQ5MDcmaWRIPTEwMzcmdXJsPTYmbmFtZTISRURDXzAyNF8wOTUucGRmJmZpbGU9UkVEQ18wMjRfMDk1LnBkZiZ0YWJsYTlBcnRpY3VsbyZjb250ZW50PWFWcGxpY2F0aW9uL3BkZg==> (Fecha de consulta 03/03/19).

²⁵⁶ [8] Los derechos individuales fundamentales incorporados a las diversas enmiendas no fueron de observancia obligatoria para los estados sino después de la guerra civil y a través de una discutida interpretación de la enmienda catorce. Citado por GARRO, ALEJANDRO M. *Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado*. Pág. 99.

²⁵⁷ GARRO, ALEJANDRO M. *Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado*. Págs. 98-99.

Entre nosotros: “Mientras tanto, en los países de la *Commonwealth* adscritos a la tradición del *common law*, vemos que las *supreme courts* tienen una función no tan subjetiva o privatista de su función²⁵⁸. Por el contrario, la función de tales cortes pasa por la orientación del sentido del Derecho y la evolución del ordenamiento jurídico a través de la interpretación vinculante que den estas cortes (a través de la técnica del precedente). Sin ánimos de realizar un injerto de un instituto de otra tradición jurídica, esta función ejercida a través del precedente vinculante **creemos que supone un trasplante responsable** del mismo a la tradición del *civil law*.”²⁵⁹ (Resaltados nuestros).

En nuestra concepción un trasplante jurídico implica la importación de una institución jurídica, en la mayoría de los casos foránea,²⁶⁰ y su correspondiente implantación en el ordenamiento jurídico nacional, nosotros hemos hecho alusión al PV, originario de la familia jurídica del *Common Law*, como referentes máximos Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU., en adelante) e Inglaterra sin embargo no se debe creer que el PV, funciona en ambos países de la misma forma, para poner un ejemplo no es lo mismo el control difuso y concentrado en Perú o Colombia, o en los estados federados latinoamericanos (México, Argentina y Brasil) dichos países tienen regulados mecanismos de control constitucional, pero no necesariamente operan de forma similar.

Al respecto la doctrina sobre las diferencias existentes entre el precedente Inglés y el precedente Norteamericano, expone: “Se sabe, en efecto, que el precedente inglés se diferencia fuertemente del americano, porque ser más rígido y vinculante, mientras que los tribunales americanos rechazan los vínculos formales y cultivan una concepción elástica y sustancialmente persuasiva del precedente.”²⁶¹

Finalmente cabe precisar que cierto sector de la doctrina ha mencionado de una manera ciertamente desinformada, que el legislador peruano, es un mero repetidor y un “copión” si se nos permite el término, pues se ha alegado que no hemos podido ser capaces de crear alguna institución jurídica, sin embargo a ello debemos hacer una observación por cuanto nuestro país es el pionero en tener el Primer Código Procesal Constitucional de Iberoamérica, he ahí el gran aporte de los profesores universitarios que se reunieron para crear y sistematizar

²⁵⁸ *Ibidem*. [TARUFFO, Michele. “Le funzioni delle corti supreme – cenni generale”. En: *Annuario di diritto comparato e studi legislativi* 1. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane. 2011. p. 15.] Citado por DELGADO SUÁREZ, Christian. *Sobre los modelos de cortes supremas y la revocación de precedentes*. En: Themis. Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Núm. 69. 2016. Pág. 281. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/16747/17071>

²⁵⁹ DELGADO SUÁREZ, Christian. *Sobre los modelos de cortes supremas y la revocación de precedentes*. Ob. Cit. Pág. 281.

²⁶⁰ Lo cual implica que no se puedan extrapolar instituciones a otras ramas del derecho, extraídas de nuestro propio derecho interno.

²⁶¹ Cfr. CROSS y HARRIS, 1991: 19; MATTEI, 1988: 209 y ss., 248 y ss., MANDELLI, 1979: 668 y ss., KAUPER, 1971: 258 y ss., DELL’AQUILA, 1985: 335 y ss. Citado por TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. (Traducción de Maximiliano Aramburo Calle). Madrid. Marcial Pons 2009. Pág. 543.

el Primer Código Procesal Constitucional²⁶², una vez dicho esto nos avocamos a responder las preguntas planteadas.

2.1.- Problemas del PV, con relación a las fuentes del Derecho.

¿Dentro de qué categoría se ubica el PV en las fuentes del Derecho?

Para dar respuesta a esta interrogante debemos comenzar con lo que se entiende por fuente de Derecho, a la que concebimos como aquellas instituciones de las que emanan preceptos, disposiciones, son aquellos institutos que sirven para la producción de derecho.

Al respecto la doctrina: “(...) *las fuentes del Derecho son los hechos jurídicos por los cuales, en virtud del ordenamiento jurídico, se crean, modifican, o extinguen normas jurídicas válidas.*”²⁶³

Clásicamente, recordando nuestro pregrado, se han dividido en dos las fuentes del derecho entre las que encontramos a las principales y secundarias, perteneciendo a las primeras la legislación, la jurisprudencia y como fuentes secundarias la doctrina, la costumbre y la manifestación de la voluntad. Sin embargo hubo un poco de resistencia en adoptar dentro de las fuentes principales a la jurisprudencia, lo cual es lógico, porque debemos recordar que nosotros pertenecemos a la familia jurídica del *Civil Law*, donde la fuente principal era lo que ‘dice’ el legislador a través de la legislación o a través de la legislación delegada, lo que ‘vincula’ es lo que está escrito en un cuerpo normativo, lo dicho anteriormente sería correcto, siempre y cuando no hayamos adoptado elementos de la familia jurídica del *Common Law*, como es el precedente vinculante por ejemplo, donde la fuente principal no es lo que está contenido en la legislación si no lo que dicen los jueces a través de la jurisprudencia, clásicamente se conoce con la frase *judge made law*, le ha costado un poco a cierto sector de la doctrina constitucional asimilar dichas ideas, que se tradujeron en lo que se ha denominado el *imperio de los jueces*, no vamos a negar algunos excesos por parte de nuestros tribunales, con ello los pronunciamientos del TC a través de las denominadas sentencias manipulativas -interpretativas²⁶⁴, pero podemos decir que ni en la cuna del constitucionalismo

²⁶² Al respecto se puede consultar ETO CRUZ, Gerardo. PALOMINO MANCHEGO, José F. *En tres análisis: El primer código procesal constitucional del mundo. Su iter legislativo y sus principios procesales*. En: Palomino Manchego, José F. (Coordinador). *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*. Tomo I. Editora Jurídica Grijley 2005.

²⁶³ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*. Tercera Edición. Editorial Idemsa Lima - Perú. Abril 2006. Pág. 444.

²⁶⁴ Es menester traer a colación la tesis que advierte que este tipo de sentencias estaría convirtiendo al TC, en un legislador positivo (como sabemos es el clásico papel que desempeña el Poder Legislativo, en puridad un acto de creación de dispositivos), al respecto la doctrina: “Se dará entonces una completa derrota del denominado legislador negativo, si es que alguna vez esta postura rigió en la práctica, y no fue más bien una precaución kelseniana para preservar la subsistencia del Tribunal Constitucional, organismo cuya conformación Kelsen promovía en un contexto en el cual el discurso y la historia apuntaron siempre a una supremacía del Parlamento. En cualquier caso, el juez(a) constitucional actualmente no es tanto un controlador(a), sino un calificado intérprete del ordenamiento jurídico conforme a los principios y valores recogidos en la Constitución, o que se desprenden de ella. Aquello le permite sustentar incluso la emisión de sentencias interpretativas, convirtiéndose para muchos en un legislador positivo, y para otros, entre los

como lo es Inglaterra²⁶⁵, se mantienen incólumes sus doctrinas clásicas, por ejemplo un principio hoy resquebrajado es el Principio de Soberanía Interna, de la gran mayoría de países que han suscrito convenios internacionales de derechos humanos, no pueden alegar su soberanía interna para desconocer las disposiciones de un tratado internacional.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.²⁶⁶

Observancia de los tratados.

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Nulidad de los tratados.

46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si

cuales me inscribo, en un legislador complementario llamado a actuar en situaciones excepcionales.” Vid. ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Algunas notas sobre el perfil del juez(a) constitucional en un contexto como el actual*. En: Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Tomo N° 77. Mayo 2014. Pág. 189.

²⁶⁵ Si tomamos en cuenta el derecho que se ha dado en toda la isla, nos referimos al Reino Unido, que dicho sea de paso no tiene una Constitución escrita al respecto la doctrina: “Si tomamos en cuenta esto, entonces parece que el caso del Reino Unido ilustra claramente la tesis de que la constitución formal no es necesaria para la vigencia de los ideales del liberalismo democrático, es decir, que es posible “vivir en constitución” sin “tener una constitución” [En los últimos tiempos Jeremy Waldron se ha erigido en uno de los principales críticos del constitucionalismo. Su planteamiento consiste en realizar una crítica general al constitucionalismo (entendiendo por tal un movimiento filosófico-político que propugna la forma constitucional) y a la *judicial review* en particular. Básicamente sostiene que la cuestión política central es la de quién toma las decisiones; y la filosofía política debe construir teorías de la autoridad, más que teorías de la justicia. Conforme a ello sostendrá que la democracia es la teoría de la autoridad más justificada y, en consecuencia, afirmará que no tiene sentido instaurar mecanismos institucionales que le pongan límites; y eso precisamente es lo que hace el constitucionalismo. En este sentido, se opone incluso al “gambito” procedimentalista, es decir, a la constitucionalización del procedimiento. Cfr. Waldron, Jeremy: “A Rights - Based Critique of Constitutional Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol 13, n°1, págs. 18-51.]” Vid. AGUILÓ, Josep. “Sobre la Constitución Constitucional”, en DOXA, N.º 24, 2001. Pág. 445. Disponible en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Material Auto Instructivo. Curso “Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y estándares de la CIDH” II nivel de la magistratura*. Elaborado por el Dr. Luis Castillo Córdova. 2016. Pág. 282.

²⁶⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y reserva peruana. Fue suscrita por el Perú en la ciudad de Viena, el 23 de mayo de 1969. Vigente para el Perú desde el 14 de octubre de 2000. Ratificada mediante Decreto Supremo N° 029-2000-RE. Publicada el día jueves 21 de setiembre de 2000. En el diario oficial el Peruano. Vid. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES-DGT. *Compendio de normas relativas a los tratados en el Perú*. Págs. 15-25. Disponible en: http://www.rree.gob.pe/Documents/Compendio_de_normas_relativas_a_los_tratados_en_el_Per%C3%B3.pdf (Fecha de consulta 10/03/19).

resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Cabe mencionar que “son numerosas las clasificaciones que se hacen sobre las fuentes de Derecho.”²⁶⁷ Tomando una de ellas las que nos interesa para nuestra investigación tenemos:

“Fuentes Vinculantes y no vinculantes: *Hay fuentes con fuerza vinculante*, como la Constitución, la legislación, las costumbres elevadas a la categoría de Derecho positivo, la jurisprudencia obligatoria, los principios generales del Derecho incorporados al ordenamiento jurídico como fuente subsidiaria a falta de ley o costumbre; *y fuentes con fuerza no vinculante*, como la legislación no vigente, la doctrina, la legislación extranjera.”²⁶⁸ (Resaltado nuestro).

Respondiendo la pregunta planteada ¿Dentro de qué categoría se ubica el PV en las fuentes del Derecho? Como ya lo mencionamos líneas arriba la jurisprudencia también es fuente principal del Derecho porque de ellas también emanan normas (interpretaciones) que se adscriben o se adhieren a las disposiciones (textos normativos), por lo tanto el PV, estaría integrada dentro de esta categoría, hoy por hoy es impensable que un operador jurídico resuelva un caso al margen de lo que se ha expuesto en la jurisprudencia, es decir no solo basta con saber el contenido de la disposición, también es imprescindible conocer que han dicho los tribunales sobre las disposiciones que se pretenden emplear, por ejemplo podemos leer en el Art. 5° Inciso 6 del CPConst, que: *No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 6. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional.* Sin embargo podemos advertir que si cabe plantear un amparo contra amparo, o leemos en la constitución que según el Art.142° *No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral*, sin embargo cabe la posibilidad de plantear un amparo electoral, en virtud del PV recaído en la STC. Exp. N° 5854-2005-PA/TC. Caso Pedro Lizana Puelles, por mencionar algunos ejemplos.

Siguiendo la línea jurisprudencial del TC, podemos reparar que sus fallos trascienden fronteras van más allá de lo resuelto para las partes al respecto la doctrina: “(...) Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha ido más allá y ha complementado su definición sosteniendo que los fallos en materia constitucional rebasan con largueza la satisfacción de un interés particular o de beneficio de un grupo, ya que teleológicamente resguardan los principios y valores contenidos en la Constitución que, por tales, alcanzan a la totalidad de los miembros de la colectividad política.”²⁶⁹ Y en otras ocasiones ha tratado de penalizar el desacato a sus sentencias: “Por ejemplo, en la STC 03149-2004-AC/TC en el FJ 21 el TC ha establecido que entre las consecuencias de la

²⁶⁷ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*. Ob. Cit. Pág. 444.

²⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 445.

²⁶⁹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. ETO CRUZ, Gerardo. *Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Perú*. En: Eto Cruz, Gerardo (Coordinador) *La sentencia Constitucional en el Perú*. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial ADRUS. Primera Edición. Lima Septiembre 2010. Pág. 26.

renuencia a acatar sentencias sobre el estado de cosas inconstitucionales está entre otras disponer que se abra proceso penal por desacato de una sentencia del Tribunal Constitucional.”²⁷⁰

Los fallos del TC, tienen efectos personales y generales: “En cuanto a los efectos personales, estos pueden ser directos o indirectos. Los *efectos directos* de la sentencia se producen para las partes vinculadas al proceso constitucional, frente al cual la sentencia expedida pone fin a la litis. Por lo general se trata de las típicas sentencias que cubren los procesos constitucionales de la libertad. Los *efectos indirectos* se producen para la ciudadanía en general y los poderes públicos. En ese contexto, tanto las personas como las autoridades o funcionarios quedan vinculados, en su comportamiento personal o funcional, a las reglas y decisiones que una sentencia constitucional declare como precedente vinculante²⁷¹; incluso bajo la modalidad de que la sentencia del TC declare un estado de cosas inconstitucionales, generando efectos indirectos como consecuencia de la sentencia con efecto más allá de las partes.

En tal perspectiva, el carácter de la fuerza vinculante de las sentencias constitucionales expedidas por el TC va a tener efectos en dos modalidades:

- a) *El efecto general o erga omnes*: Que son en torno a los fallos del control abstracto de las normas sometidas a un proceso de inconstitucionalidad; o proceso competencial; esto es, se trata de aquellas sentencias que giran en torno a lo que, por razones explicativas hemos utilizado la calificación de sentencias que defienden la *parte orgánica de la Constitución*; aquí caben, aunque de suyo excepcionales, ubicar a las sentencias que contienen precedentes vinculantes y las sentencias que declaran el estado de cosas inconstitucionales.
- b) *El carácter concreto o inter partes*: Se trata aquí de las sentencias que defienden la *parte dogmática de la Constitución*; esto es, aquellos fallos que se pronuncian sobre los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, cuyos efectos por lo general giran, como veremos luego, tanto contra autoridades, funcionarios o personas, pero que su decisión sólo vincula a dichas partes sometidas en el proceso constitución.”²⁷²

Para terminar con este ítem es menester traer a colación la jurisprudencia del TC: FJ, 32 y 34 de la STC Exp. N° 047-2004-AI/TC. Caso José Claver Nina-Quispe Hernández, mediante el cual el TC hace un tratamiento de las fuentes del Derecho, por razones de espacio citamos los considerandos pertinentes:

²⁷⁰ Ibídem. Pág. 59. [Pie de página].

²⁷¹ STC 0024-2003-AI/TC. Citado por GARCÍA BELAUNDE, Domingo. ETO CRUZ, Gerardo. *Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Perú*. En: Eto Cruz, Gerardo (Coordinador) La sentencia Constitucional en el Perú. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial ADRUS. Primera Edición. Lima Septiembre 2010. Pág. 73.

²⁷² GARCÍA BELAUNDE, Domingo. ETO CRUZ, Gerardo. *Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Perú*. Ob. Cit. Págs. 73-74.

2.1.3.2. La jurisprudencia.

32. La Constitución configura dos órganos jurisdiccionales, que si bien tienen competencias y ámbitos propios de actuación por mandato de la propia norma suprema, cumplen un rol decisivo en un Estado democrático, que consiste básicamente en solucionar por la vía pacífica los conflictos jurídicos que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado. En efecto, en nuestra época es pacífico sostener que un sistema jurídico que no cuente con las garantías jurisdiccionales necesarias para restablecer su vigencia cuando haya sido vulnerado, sencillamente carece de eficacia.

(...)

34. 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. Por ejemplo, para el caso de la jurisprudencia constitucional, este colegiado ha establecido que:

La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

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

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

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia. [53. Caso Municipalidad Distrital de Lurín, Exp. N.º 0024-2003-A/TC, consideraciones previas.]

En ese sentido, debe enfatizarse que del artículo 103.º de la Constitución se deriva que las sentencias de inconstitucionalidad expedidas por el Tribunal Constitucional tienen rango de ley.

La doctrina comentando la citada sentencia expone: “La jurisprudencia como fuente del Derecho A partir de la superación del clásico *concepto político* de Constitución a su *concepto normativo*, hoy la Constitución se presenta como el centro copernicano donde gira y dimana las fuentes del Derecho, en tanto la Constitución guarda conexión con el sistema de fuentes del Derecho²⁷³, esto es a aquello a lo que el ordenamiento confiere la virtualidad de crear una norma; así, muy recientemente el TC a partir del pronunciamiento de la STC 047-2004-A/TC ha señalado que la Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas , por tanto, la producción misma del ordenamiento estatal; y en tal sentido la Constitución se presenta como la fuente de las fuentes del Derecho y la que regula la producción normativa. A partir de esta situación, la ubicación de las sentencias dentro de las fuentes del Derecho peruano constituye un rol importante, en donde ya el TC la ha ubicado dentro de una manifestación de los modos de producción jurídica, como es la jurisprudencia. Así, el TC ha establecido que 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.”

2.2.- Problemas del PV, con relación a la jerarquía normativa.

2.2.1.- ¿Qué ubicación o rango ostenta el PV dentro de la pirámide normativa?

Es un clásico entre nosotros, y quizás fue nuestra primera lección en pregrado, la cual consistía en aprender cómo estaba conformada y estructurada la pirámide normativa de nuestro ordenamiento jurídico, en un diseño elaborado con vocación de universalidad por el profesor Hans Kelsen, se nos dijo que en el primer nivel en la cúspide estaba ubicada la constitución, luego en el segundo nivel estaban ubicadas las leyes y las demás disposiciones con rango de ley, luego en el tercer nivel los decretos y resoluciones administrativas y en el cuarto nivel los contratos, etc.

Como podemos apreciar tal como lo diseñó el mentor del TC, el profesor Hans Kelsen, la pirámide normativa ha sido pensada para disposiciones no para la jurisprudencia, sin embargo la gran pregunta que surge es ¿Dónde ubicamos a la jurisprudencia y con ello a los PV? en qué nivel se encuentran, el mentor del TC, no dijo nada al respecto, sin embargo valga la ocasión para transcribir algunas observaciones en relación a la creación del TC, por parte de Hans

²⁷³ [76] 76 DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. 2º ed. Ariel, Barcelona, 1999. Citado por GARCÍA BELAUNDE, Domingo. ETO CRUZ, Gerardo. *Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Perú*. Ob. Cit. Pág. 74.

Kelsen, al respecto el profesor Domingo García Belaunde anota: “Se ha querido ver durante décadas que Kelsen fue el padre de la Constitución Austriaca, y también el padre del modelo concentrado de control constitucional, tal como se reflejó en el Tribunal Constitucional Austriaco, pergeñado entre 1918 y 1919 y copiado con rapidez por la clase política checoslovaca, que lo llevó prontamente y con anterioridad a nivel constitucional, pero que no tuvo ni la influencia ni la fuerza del austriaco. Todo esto, es decir, esta paternidad exclusiva atribuida a Kelsen, es sin lugar a dudas una exageración de Escuela, ya que todo lo que a Kelsen se atribuye es en realidad obra de un equipo que lideraba el canciller Karl Renner, en donde las ideas y los proyectos de Kelsen fueron tomados muy en cuenta, pero que no fueron las únicas. Es decir, Kelsen prestó su indudable concurso y se encontraba en el justo lugar y en el momento preciso, pero no fue el único, aun cuando su presencia fue importante, y en cierto sentido decisivo.”²⁷⁴

Retomando la pregunta sobre la ubicación o rango que ostenta el PV dentro de la pirámide normativa. Al respecto la doctrina expone:

“Aun cuando la consideración de estos precedentes y jurisprudencia como fuentes del derecho, no corresponde a nuestro sistema jurídico, el mismo que se enmarca en el sistema del derecho continental o *civil law*, la propia evolución del Estado de Derecho y la Jurisdiccionalización del ordenamiento jurídico ha llevado a legitimar a estas fuentes jurisdiccionales, concediéndoles en muchos casos, jerarquía superior a la de la propia ley (en nuestro medio, particularmente, esto sucede con los llamados precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional). Claro que a falta de tradición jurídica (propia de los sistema del *common law*), en nuestro sistema jurídico se ha tenido que legitimar estos precedente a través de la promulgación de normas específicas que establecen la vinculatoriedad de la jurisprudencia y precedentes para la resolución de casos futuros; tal como puede verse de los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; del artículo 300°-A del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo N° 959; del artículo 433°.3 del Código Procesal Penal, entre otras normas de nuestro ordenamiento jurídico. Por ello en aplicación de dichas normas, estos precedentes o doctrina jurisprudencial se han convertido actualmente en fuentes vinculantes obligadas en la interpretación y aplicación del derecho en nuestro medio.”²⁷⁵

“La posición del precedente vinculante dentro del sistema de fuentes: Reconocido que el precedente constitucional tiene efectos similares a una ley, ocurre que ella -la sentencia constitucional como precedente- se encuentra incluso en una posición de mayor jerarquía a) primero, frente a los demás fallos o jurisprudencia constitucional del propio TC; y b) segundo, frente a la ley; las razones se atienden en función a que para que exista un precedente

²⁷⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Kelsen en París: Una ronda en torno al “Modelo Concentrado”*. En: Häberle, Peter; García Belaunde, Domingo. (Coordinadores) - El control del poder. Homenaje a Diego Valadés - Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2011. Primera Edición: 15 de Abril de 2011. Págs. 93-94.

²⁷⁵ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia Penal, Constitucional Penal y Procesal Penal*. Jurista Editores. Edición Mayo 2013. Págs. 43-44.

constitucional ha sido preciso que las disposiciones constitucionales hayan coadyuvado en términos exclusivos en la creación jurisdiccional de la norma; es decir, estamos ante la creación del derecho a golpe de sentencia; pero no cualquiera, agregamos más, no cualquier sentencia constitucional, aunque genere jurisprudencia constitucional resulta ser precedente constitucional, sólo y tan sólo el precedente revestirá dentro del sistema de las fuentes una jerarquía mayor a una norma legal ordinaria. En buena cuenta, el precedente constitucional convierte su fallo, así como la *ratio decidendi* que lo fundamenta en disposición o norma, iniciando un periplo en paralelo con los demás textos normativos que se supeditan a ésta; es decir, la decisión del Tribunal constituye fuente de fuentes de Derecho en el nivel incluso superior al de la ley, pues se trata de “creaciones” en el marco de una reflexión de nivel constitucional; es decir, el precedente constitucional que surge como consecuencia de interpretaciones de la Norma Superior, genera “normas paraconstitucionales”²⁷⁶ que llegan a tener un nivel jerárquico superior al de la propia ley.

No obstante, a la fecha estas apreciaciones pueden resultar relativas, dado que la jurisdicción constitucional en el Perú, pese a su creación desde el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales con la Carta de 1979 y el actual Tribunal Constitucional, a partir de la Constitución de 1993, aún tiene apenas dos décadas y media, por lo que su desarrollo aún se encuentra en pleno proceso de sedimentación. Esto es, la doctrina jurisprudencial deberá irse consolidando, con un desarrollo progresivo y prudente; evitando en lo posible un hiperactivismo judicial que torne nocivo su influjo en el sistema jurídico; y, cuando sea necesario, impulsar sentencias atípicas cuando la realidad lo imponga y de suyo en forma excepcional. Con todo, en estos años, viene imponiéndose la aceptación social de sus fallos; sin embargo, el tema de los efectos de las sentencias constitucionales, aun sigue siendo un complejo terreno comanche lleno de muchas aristas que la ciencia procesal constitucional no debe ser indigente; y muy por el contrario, requiere de una extraordinaria imaginación no exenta de audacia para afirmar la plenitud de sus decisiones, aún cuando exista una natural y obvia resistencia de los emplazados a cumplir la justicia constitucional.”²⁷⁷

A su turno el profesor Castillo Córdova se pregunta: ¿Qué rango tienen los precedentes vinculantes? La respuesta a esta pregunta ha de tomar en consideración que las reglas en las que consisten los precedentes vinculantes son concreciones de la Constitución que se formulan en el ejercicio del encargo o comisión que tiene el TC²⁷⁸ de controlar la Constitucionalidad de la Constitución

²⁷⁶ Vid. al respecto a RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. “El precedente constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”. Op. cit., p. 70 Citado por GARCÍA BELAUNDE, Domingo. ETO CRUZ, Gerardo. *Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Perú*. En: Eto Cruz, Gerardo (Coordinador) La sentencia Constitucional en el Perú. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial ADRUS. Primera Edición. Lima Septiembre 2010. Pág. 73.

²⁷⁷ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. ETO CRUZ, Gerardo. *Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Perú*. Págs. 77-78.

²⁷⁸ [13] Sobre el TC como comisionado véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, p. 197. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Análisis de los precedentes vinculantes en torno al arbitraje*. Perú, noviembre de 2012. Pág. 09.

y del derecho infraconstitucional²⁷⁹. Consecuentemente, las reglas en las que consisten los precedentes vinculantes son normas que se adscriben a la Constitución, y por ello tienen rango constitucional. Son pues, normas constitucionales adscritas.²⁸⁰

En un argumento que no compartimos el profesor Grández Castro, expone: “El Tribunal Constitucional a través de sus sentencias interpretativas no solamente crea normas con rango legislativo tal como ya lo hemos dejado dicho, sino que además, “crea, nos guste o no, normas constitucionales (o si se prefiere, como ya se ha mencionado, extrapola estas últimas al conjunto de disposiciones constitucionales vigentes)”²⁸¹. En tal sentido las sentencias del Tribunal Constitucional no son sólo actos retóricos o argumentativos en torno a la Constitución o a la Ley, sino también constituyen en buena parte, actos de auténtico poder jurisdiccional. Las sentencias constitucionales son de este modo, piezas del derecho y de los derechos, que a partir de los casos concretos permite el desarrollo de los derechos frente a situaciones muchas veces no previstas en el propio ordenamiento Constitucional.

En este sentido, refiriéndose a la importancia de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales y su efecto “constitutivo”, Alexy ha escrito para el caso alemán lo siguiente: “Hoy en día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, sino sólo a partir de los 94 volúmenes de Sentencias del Tribunal Constitucional Federal que hasta la fecha ha registrado en total su benéfica actividad desde el siete de septiembre de 1951. Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación”²⁸². La interpretación es pues actividad no de “descubrimiento” de algo preexistente, sino “atribución de significados”, lecturas actuales de textos que en muchos casos pueden ser bastante antiguos.

De modo que, establecer que las sentencias constitucionales son siempre sentencias de condena y por consiguiente ejecutables sólo por tal motivo

https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2098/Analisis_precedentes_vinculantes_tomo_arbitraje.pdf?sequence=1 (Fecha de consulta 07/03/19).

²⁷⁹ [14] CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La Constitución como objeto de control constitucional”, Gaceta Constitucional, Tomo 55, julio 2012, ps. 273-283. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Análisis de los precedentes vinculantes en torno al arbitraje*. Ob. Cit. Pág. 09.

²⁸⁰ [15] Según Alexy, “una norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta”. ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, ob. cit. p. 71. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Análisis de los precedentes vinculantes en torno al arbitraje*. Ob. Cit. Pág. 09.

²⁸¹ Spadaro, A. “Las motivaciones de las sentencias de la Corte como “técnica” de creación de normas constitucionales”, En *Nomos*, N° 3/1993, trad. De Federico Valle, México, 2005 (cito de la separata). Citado por GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *La Ejecución de la Sentencia Constitucional*. En: Eto Cruz, Gerardo (Coordinador) La sentencia Constitucional en el Perú. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2010. Lima 2010. Pág. 94.

²⁸² Alexy, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Traducción de Alfonso García Figueroa, Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, 2003. Citado por GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *La Ejecución de la Sentencia Constitucional*. En: Eto Cruz, Gerardo (Coordinador) La sentencia Constitucional en el Perú. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2010. Lima 2010. Pág. 95.

“forzosamente”, no sólo deja al margen una buena cantidad de decisiones del Tribunal y, sobre todo, pretende desconocer la labor creativa hermenéutica del máximo intérprete de la Constitución; sino que además, no aporta elementos para un estudio de la ejecución de la sentencia constitucional y la problemática que encierra su tratamiento. La ejecutabilidad de la sentencia constitucional no se desprende de la “naturaleza” de condena o no que ella represente, sino de la posición que le otorga el sistema constitucional a las decisiones del máximo tribunal jurisdiccional del país.”²⁸³

Recurriendo a una definición jurisprudencial del PV, el TC anota en el Exp. N° 0024-2003-A/TC. Caso Municipalidad Distrital de Lurín.

La jurisprudencia constitucional: el precedente constitucional vinculante.

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

Con relación a lo que hemos resaltado creemos que se enmarca la siguiente pregunta realizada por el profesor Fernando Velezmoro [FV] al profesor italiano Michele Taruffo [MT], entrevista realizada el 26 de setiembre del 2009:

“FV: El Tribunal Constitucional peruano, interpretando las disposiciones del Código Procesal Constitucional que reconocen la posibilidad de establecer precedentes vinculantes y la sujeción del Poder Judicial a estos, ha considerado que los precedentes pueden emitirse bajo la forma de unas reglas generales y abstractas. Esta característica de enunciar los precedentes por una alta corte ¿constituye una novedad del ordenamiento peruano o es algo que se pueda encontrar en otros sistemas?

MT: No creo que sea una cosa demasiado particular. ¿Por qué? De un lado, es claro que el precedente se dirige a la decisión de los casos siguientes, pero también, de otro lado, es el juez del segundo caso el que establece si hay o no un precedente aplicable.

Esta idea, nueva para mí, de una corte constitucional, pero una corte al fin y al cabo, que emana **reglas generales me causa bastante extrañeza**. En la tradición judicial de los últimos dos siglos, normalmente se excluye que un órgano, una corte jurisdiccional, pueda ir más allá de la decisión del caso concreto. La única analogía que se me ocurre es con el sistema que existía en la Unión de

²⁸³ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *La Ejecución de la Sentencia Constitucional*. En: Eto Cruz, Gerardo (Coordinador) *La sentencia Constitucional en el Perú*. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial ADRUS. Primera Edición. Setiembre 2010. Lima 2010. Págs. 94-95.

Repúblicas Socialistas Soviéticas, donde la Corte Suprema tenía el poder de pronunciar sentencias con eficacia general. Sin embargo, normalmente, las cortes no tienen ese poder; deciden el caso singular sí, pero no emanan normas porque ello significa el ejercicio de un poder sustancialmente legislativo, no de un poder jurisdiccional.”²⁸⁴

A nuestro turno anotamos que nos queda claro que el PV, no es una ley²⁸⁵, lo mismo dijimos en otro apartado: “¿El Precedente Vinculante es una Ley? Al respecto cumplo con el no muy penoso deber de decir que **NO**, el PV no es una ley, no confundamos, el PV tiene efectos similares a una ley ósea tiene fuerza de ley (pues es oponible a todos, tiene alcances generales), más no tiene rango de ley.”²⁸⁶ Dicho esto entonces podemos argumentar que el PV, no se encuentra en el segundo escalón de la pirámide normativa, consideramos asumiendo la posición mayoritaria que el PV, ostenta rango constitucional, por cuanto el TC, como supremo intérprete de la Constitución, al interpretarla es lógico, que el producto interpretativo (nos referimos a las normas) ostentan rango constitucional, lo que la doctrina conoce como normas adscritas.

Al respecto: “La interpretación de la Constitución que contienen prácticamente todas las sentencias de la Corte tiene el mismo rango que esta. Dicho de otro modo, una vez que la Corte en sus funciones de intérprete de la Constitución realiza la interpretación de algún precepto de la Constitución, éste ya no sólo consiste en las palabras del texto constitucional, sino que hay que agregar a ese texto la interpretación que realiza el intérprete de la Constitución.”²⁸⁷

Enlazamos lo dicho con lo expuesto por el profesor Castillo Córdova: “Afirmada la naturaleza jurídica de los precedentes vinculantes, corresponde preguntarse por su rango normativo. Las interpretaciones y concreciones que significan los precedentes vinculantes de una disposición o norma constitucional, siempre son directas y no sucesivas. La razón es que los asuntos que conoce el TC siempre son de relevancia constitucional, no conoce asuntos de mera relevancia infraconstitucional, de hecho, si conoce algún problema formulado por una ley o un reglamento, solo le interesará el significado constitucional de un tal problema. Si el problema es uno de esta naturaleza, solo podrá ser resuelto a

²⁸⁴ VELEZMORO PINTO, Fernando. *Cinco preguntas a Michele Taruffo sobre el carácter vinculante del precedente, con especial referencia al caso peruano*. En: TC Gaceta Constitucional. Gaceta Jurídica. Tomo 24. Diciembre 2009. Págs. 418-419.

²⁸⁵ “Los precedentes tienen efectos generales: obligan a los poderes públicos y a los particulares. Es casi como una ley.” Vid. ABAD YUPANQUI, Samuel B. *¿Cuándo podemos acceder al TC?* En: TC Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica. Tomo 81. Septiembre 2014. Pág. 26.

²⁸⁶ Vid. CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *¿Prevarica el juez o fiscal que resuelva en contravención, apartándose o inobservando, las reglas establecidas como precedente vinculante por parte del Tribunal Constitucional Peruano?* En: Ipso Jure. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Edición Día del Juez. Año 7 N° 27 Noviembre 2014. Pág. 49. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2a72ed8046ae8bb38b73fbac1e03f85e/IPSOTRIBUNAL%20JURISPRUDENCIA%20Y%20SU%20APLICACION%20RETROACTIVA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2a72ed8046ae8bb38b73fbac1e03f85e> (Fecha de consulta 10/03/19).

²⁸⁷ SÁNCHEZ CORDERO, Olga. *La jurisprudencia y su aplicación retroactiva*. Pág. 19. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/modulo-v-y%20vi/03olga-sanchez-cordero-la-jurisprudencia-y-su-aplicacion-retroactiva.pdf> (Fecha de consulta 24/04/19).

través de una norma de rango constitucional. De esta manera, si el precedente vinculante es una norma que resuelve el problema que tiene entre manos el TC, significa necesariamente que esa norma tiene rango constitucional.

De esta manera puede ser concluido que los precedentes vinculantes son normas constitucionales creadas por el TC. En los precedentes vinculantes se aprecia muy claramente cómo el TC es creador de derecho constitucional²⁸⁸. De hecho, el TC ha definido a los precedentes vinculantes como reglas jurídicas²⁸⁹, las cuales son un tipo de normas jurídicas.”²⁹⁰

Habíamos mencionado que el PV ostenta rango constitucional, lo que la doctrina conoce como normas adscritas. “Por eso, a las normas constitucionales que representan los precedentes vinculantes bien pueden ser tenidas como normas constitucionales adheridas o adscriptas a las normas constitucionales que han sido directamente dispuestas por el Constituyente y, por esta razón, pueden ser llamadas normas directamente estatuidas. Así, el precedente vinculante **es siempre una norma constitucional adherida a una norma constitucional directamente prescripta por el Constituyente.**”²⁹¹ (Resaltados nuestros).

“Los precedentes vinculantes son normas jurídicas que tienen rango constitucional y que al nacer se adscriben a las normas constitucionales directamente estatuidas por el constituyente. Como toda norma emitida por el órgano competente y siguiendo el procedimiento previsto, cuenta a su favor con la presunción de validez y eficacia. Sin embargo, esta presunción no es absoluta sino relativa, está en relación a que la norma constitucional creada a través del precedente vinculante no sea contraria a ninguna norma constitucional directamente estatuida. Si un precedente vinculante contraviene a la Constitución será una norma constitucional adscrita materialmente inconstitucional. Tanto los jueces como el propio TC podrán inaplicar un precedente vinculante materialmente inconstitucional y atacar así su eficacia. Pero solo el TC podrá **derogar** o dejar sin efecto un precedente vinculante inconstitucional, y atacar de esta manera su validez. La oportuna y responsable labor de los controladores de la constitucionalidad ante precedentes vinculantes

²⁸⁸ [1] El TC ha tenido oportunidad de manifestar que “Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado”. Exp. N° 03741-2004-PA/TC, f. j. 42. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Validez y eficacia de los Precedentes Vinculantes*. En: Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Tomo 97. Enero 2016. Pág. 16.

²⁸⁹ [2] 2 Según el TC, el precedente vinculante es “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. [Es decir] la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”. Exp. N° 00024-2003-AI/TC, consideraciones previas. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Validez y eficacia de los Precedentes Vinculantes*. Ob. Cit. Pág. 16.

²⁹⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Validez y eficacia de los Precedentes Vinculantes*. Ob. Cit. Pág. 16.

²⁹¹ Ibídem. Pág. 16.

inconstitucionales, favorecerá la construcción de un sistema jurídico formal y materialmente justo en la realidad.”²⁹² (Resaltados nuestros).

A nuestro turno no compartimos la frase ‘*Derogar*’ consideramos que es una categoría propia de las leyes, lo cual es fácil darnos cuenta al recurrir al art. 103° de la Constitución, estipula: (...) *La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.* Pues en puridad lo que el TC, hace cuando deja sin efecto un PV, es revocarlo no derogarlo, lo mismo fluye para la ley cuando declara su inconstitucionalidad lo que el TC hace es declarar su ineficacia.

2.2.1.1.- Doctrina a favor del rango del PV con calidad de rango constitucional.

Según el Profesor Castillo Córdova el PV tiene rango constitucional, al respecto expone: “De esta manera, si interpretar la Constitución significa dar contenido normativo a sus distintas disposiciones, y el Tribunal Constitucional es el Supremo intérprete de la Constitución, entonces, lo que éste formule como interpretación pasará a formar parte de la Constitución misma²⁹³. En este sentido, las sentencias constitucionales expedidas por el mencionado Tribunal son fuente de Derecho Constitucional, es decir “dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado”.²⁹⁴

Llegados a este punto puede darse ya respuesta a la cuestión arriba planteada. Si los precedentes constitucionales explicitan el contenido y significado de los preceptos de la Constitución, y lo explicitan con carácter vinculante, entonces, toda actuación pública o privada que contravenga los precedentes constitucionales está viciada de inconstitucionalidad y, consecuentemente, será jurídicamente inválida. Dicho con otras palabras, los precedentes vinculantes “constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales”²⁹⁵. Esto significa que si, por ejemplo, el Legislativo emitiese una Ley, o el Ejecutivo ejecutase un acto administrativo o, en fin, el Judicial emitiese una sentencia contraviniendo el contenido de un precedente constitucional, tal ley, tal acto administrativo y tal sentencia estarían viciadas de inconstitucionalidad.”²⁹⁶

²⁹² Ibídem. Págs. 25-26.

²⁹³ Conocida es la afirmación de Smend por la que, “Das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt” (“En la práctica actual, La Ley Fundamental vale tal como la interpreta el Tribunal Constitucional”. SMEND, Rudolf, Das Bundesverfassungsgericht, 2ª auf., Karlsruhe, 1971, p. 16. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano*. En: JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional. Enero N° 1. 2008. Grijley. Pág. 70.

²⁹⁴ EXP. N.º 1333–2006–PA/TC, de 8 de enero de 2006, F. J. 11. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano*. Ob. Cit. Pág. 70.

²⁹⁵ EXP. N.º 0006-2006-PC/TC, citado, F. J. 69. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano*. Ob. Cit. Pág. 70.

²⁹⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano*. Ob. Cit. Pág. 70.

Según la AMAG, “Uno de los canales, no el único, a través del cual el Tribunal constitucional crea derecho constitucional es a través de los llamados precedentes vinculantes. Los precedentes vinculantes son verdaderas normas constitucionales no creadas por el Poder Constituyente y que existen adheridas a las normas creadas por el Constituyente. Este producto normativo singular y propio del Estado constitucional de derecho no puede ser ignorado, sino que debe ser conocido para evitar su existencia y aplicación inconstitucionales.”²⁹⁷

Según Rodríguez Santander: “De esta forma, siendo el TC el supremo intérprete constitucional²⁹⁸, 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 la 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.”²⁹⁹

“Así, existe cierto consenso de la doctrina respecto del modelo kelseniano de justicia constitucional que suele afirmar que éste no juzga casos o hechos, en la medida que no le corresponde “aplicar” la Constitución a casos concretos; sino más bien, en la medida que tiene el “monopolio” de la interpretación constitucional, sus decisiones tienen, por ese solo hecho, valor y supremacía constitucional que afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos

²⁹⁷ ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Manual Auto Instructivo del Curso "Control de Convencionalidad y Control de Constitucionalidad: Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional y Estándares de la CIDH"*. Ob. Cit. Pág. 44.

²⁹⁸ 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(...) Citado por RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. En: Carpio Marcos, Edgar. Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1ª Edición Febrero 2007.

²⁹⁹ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. En: Carpio Marcos, Edgar. Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1ª Edición Febrero 2007. Pág. 58.

y que, por tanto, necesariamente es aplicable en mayor o menor medida, pero efectivamente, por todos los jueces y Tribunales.”³⁰⁰

En la misma línea Quiroga Periche: “Junto con otros prestigiosos juristas, a nivel de nuestro ordenamiento peruano, el profesor Luis Castillo Córdova³⁰¹ viene sosteniendo, con razón, que el Tribunal Constitucional es creador de normas constitucionales.

Se sustenta en el hecho de que el poder constituyente ha comisionado al Tribunal Constitucional el aseguramiento efectivo de la vigencia del contenido esencial de los derechos humanos.”³⁰²

“(…) Ahora bien, ya se ha manifestado que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional es vinculante, en tanto el ente que la efectuado es quien el constituyente ha determinado; sin embargo, esa no es una razón suficiente. Razonar así configuraría solamente una razón formal, misma que resulta insuficiente, dado que ese esquema podrían efectuarse interpretaciones incorrectas (apartadas de la exigencia de justicia y por ende atentatorias contra la dignidad de la persona) y por tanto inconstitucionales. De tal modo, que las interpretaciones no solo deben ser formalmente constitucionales, sino sobre todo materialmente constitucionales. Es así -con este doble contenido formal y material- que se crea la norma constitucionalmente adscripta³⁰³.

Al ser normas constitucionales, las sentencias del Tribunal Constitucional se erigen como normas constitucionales son pasibles, como toda norma jurídica, de la aplicación de los métodos de interpretación y argumentación jurídica.

Ahora bien, la STC Exp. N° 00978-2012-PA/TC, se constituye -toda ella- en una norma constitucional adscripta.”³⁰⁴

³⁰⁰ [9] Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cuarta edición, Civitas, 2006 p. 63. Citado por GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. *Tribunales kelsenianos y Precedente. Una tipología de las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional*. En: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. Págs. 5-6. Disponible en: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/download/1132/694> (Fecha de consulta 03/03/19).

³⁰¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos.” En: ÁLVAREZ LEDESMA, Mario y CAPPITANI, Roberto (coordinadores). *Derechos individuales e integración regional (Antología)*. ISEG-Instituto Tecnológico de Monterrey-Università degli studi di Perugia, Roma-Perugia-Ciudad de México, 2013, pp. 293-342. Citado por QUIROGA PERICHE, Carlos Enrique. *Criterios para la procedencia de medidas cautelares en los procesos constitucionales. ¿Un caso de inconstitucionalidad de las sentencias del Tribunal Constitucional?* En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Tomo 106. Octubre 2016. Pág. 32.

³⁰² QUIROGA PERICHE, Carlos Enrique. *Criterios para la procedencia de medidas cautelares en los procesos constitucionales. ¿Un caso de inconstitucionalidad de las sentencias del Tribunal Constitucional?* Ob. Cit. Págs. 32-33.

³⁰³ Para mayor desarrollo sobre este tema, véase: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 66. Citado por QUIROGA PERICHE, Carlos Enrique. *Criterios para la procedencia de medidas cautelares en los procesos constitucionales. ¿Un caso de inconstitucionalidad de las sentencias del Tribunal Constitucional?* Ob. Cit. Pág. 33.

³⁰⁴ QUIROGA PERICHE, Carlos Enrique. *Criterios para la procedencia de medidas cautelares en los procesos constitucionales. ¿Un caso de inconstitucionalidad de las sentencias del Tribunal Constitucional?* Ob. Cit. Pág. 33.

En la misma línea Pichón De La Cruz, expone: “En primer lugar, debemos partir manifestando la importancia de las fuentes del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico; al respecto, según lo señala Norberto Bobbio³⁰⁵, cuando se habla de fuente de Derecho, se alude a aquellos hechos o actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas, en esta definición se parece identificar el concepto de fuente con el órgano productor de la disposición.

Por otro lado, Rafael de Asís³⁰⁶ señala que cabría en la producción normativa diferenciar tres sentidos de fuentes: uno relacionado con centros capaces de producir normas, otro con la expresión o resultado de la actividad de dichos centros, y por último con la actividad tendente a realizar el significado del resultado. Es entonces, que podríamos decir que dos últimos sentidos de fuentes encontrarían un punto de fusión que son atribuibles a los precedentes vinculantes, puesto que aquel no solo es resultado de atribuir determinado significado a las disposiciones involucradas en la resolución de la causa, sino que además actúa como disposición para casos futuros, pudiendo ser objeto de interpretación por parte del juez que conocerá la causa futura.

En tal sentido, es posible colegir que la magistratura constitucional podría sentar dichas disposiciones para casos futuros, en virtud de los reiterativos criterios que puede tener con base en causas de similar controversia, es así que tenemos la noción de doctrina jurisprudencial.”³⁰⁷

En la misma línea la opinión autorizada del profesor Brasileño Guilherme Marinoni, señala: “Sería posible decir en ese caso que el precedente y no la ley puede ser revocado por el Poder Judicial. Mientras eso ocurre, la circunstancia de la norma judicial de tener que ser fundamentada deriva de la necesidad de tener que darse legitimidad a la decisión, dado el déficit de legitimidad originaria que caracteriza al poder jurisdiccional. Así, la fundamentación no diferencia la norma judicial de la legislativa en lo que respecta a sus esencias -ambas constituyen manifestación positiva del Derecho-, pero si en lo que toca a los aspectos que le son necesarios para su legitimidad. De otro lado, si el precedente puede ser revocado por el Poder Judicial, la ley puede ser revocada por el legislativo.”³⁰⁸

³⁰⁵ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. “El Precedente Constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derecho”. En: CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra Editores, Lima, 2007, p. 21. Citado por PICHÓN DE LA CRUZ, Junior. *Actuación de los procuradores públicos frente al tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*. En: Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Tomo 106. Octubre 2016. Pág. 66.

³⁰⁶ Ídem. Citado por PICHÓN DE LA CRUZ, Junior. *Actuación de los procuradores públicos frente al tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*. Ob. Cit. Pág. 66.

³⁰⁷ PICHÓN DE LA CRUZ, Junior. *Actuación de los procuradores públicos frente al tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*. Ob. Cit. Pág. 66.

³⁰⁸ GUILHERME MARINONI, Luiz. *Precedentes Obligatorios*. Palestra Editores. Primera Edición. Lima Junio 2013. Págs. 106-107.

El profesor español García Amado, refiriéndose al PV, se pregunta “¿Realmente las normas así “legisladas” por el Tribunal Constitucional son equiparables a la ley? Creemos que no, que están por encima de la ley y, como mínimo, suponen la creación de un nuevo peldaño de la pirámide, entre la Constitución y la ley. Están por encima de la ley porque una ley puede ser derogada por otra, pero un “precedente” de estos no puede ser derogado por una ley, puesto que se dice que tales normas que el Tribunal crea vinculan a todos los poderes públicos y, por tanto, también al legislador. Solo el Tribunal puede “derogarlas”, cambiándolas. Para el legislador son, a todos los efectos, normas constitucionales. Por esta razón también podemos decir que el Tribunal no se arroga meramente competencias del legislador, sino que, en la práctica, se convierte en legislador constitucional, en puro poder constituyente.”³⁰⁹

2.2.1.2.- Doctrina en contra del rango del PV con calidad de rango constitucional.

“Algunos verían en estas singularidades añadidas un haz de índices del rol normador más o menos general de un órgano que cumple una función cuya única forma de ejercicio sería finalmente jurisdiccional, o más bien procesal. Desde tal punto de vista, la jurisprudencia constitucional adoptaría entonces un valor normativo importante, en realidad de rango sino constitucional al menos supralegislativo porque se imponen incluso al legislador³¹⁰, que es el nivel en el cual la sitúan implícitamente o explícitamente aquellos que aceptan conferirle un lugar eminente, considerando incluso una clase de modelización³¹¹. Sin embargo, con respecto a las observaciones que preceden, parece difícil aceptar un análisis semejante.

Ante todo, es precisamente sobre el terreno del rango normativo de las decisiones del juez constitucional que la idea de una “jurisprudencia normativa” se encuentra descartada. Con la rara excepción de sistemas en los que ha sido

³⁰⁹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Controles descontrolados y precedentes sin precedente. A Propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC*. En: *JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional*. Grijley. Enero N° 1. 2008. Pág. 98.

³¹⁰ Sobre este *status* infraconstitucional / supralegislativo (no modifica formalmente la Constitución y permanece sumisa al legislador constitucional aunque se impone al legislador ordinario) de la jurisprudencia constitucional extraída del célebre análisis del Profesor Chapus relacionado con los principios generales del derecho, consultar a VEDEL (Georges), “Reflexiones finales”, en *Les règles et principes non écrits en droit public (Las reglas y principios no escritos en derecho público)*, Edición Panthéon-Assas, París, 2000, página 254, retomado por AVRIL (Pierre), “¿La jurisprudencia institucional del Consejo Constitucional es creadora de derecho?”, en *Archivos de filosofía del derecho*, t. 50 (2006), pp. 33-39. Citado por PINI, Joseph. *Reflexiones (simples) sobre el estatus normativo de la jurisprudencia constitucional*. En: Landa Arroyo, César. (Director). *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año III. N° 5. Enero - Junio. Lima 2007. Pág. 145.

³¹¹ Consultar por ejemplo a COUTU (Michel), “Legitimidad y Constitución: los tres tipos puros de la jurisprudencia constitucional”, en *Derecho y sociedad*, N.º 56-57 (2004), pp. 233-257 (jurisprudencia “formal”, “instrumental” o “axiológica”, enfrentada a la pregunta del estado de excepción y a aquella de las relaciones entre sistemas integrados leídos dentro de una perspectiva teórica incierta). Citado por PINI, Joseph. *Reflexiones (simples) sobre el estatus normativo de la jurisprudencia constitucional*. Ob. Cit. Pág. 145.

determinada en forma expresa por una norma, y de manera no general³¹²; sin embargo, la pregunta sigue siendo a menudo abierta en el debate que ello condiciona. Dictada en aplicación de la norma constitucional formal que materializa, no puede ser considerada en forma lógica como si tuviera ella misma, y salvo una disposición contraria, valor constitucional, por su razón de ser como norma de materialización que fluye de lo que no puede recoger de la norma general que es la norma constitucional.”³¹³

2.3.- Problemas del PV, con relación a la interpretación.

2.3.1.- ¿Si el TC a través del PV interpreta disposiciones, entonces, estas tienen el mismo rango de la disposición que ha interpretado?

Se entiende que el TC, es el máximo intérprete de la Constitución así lo ha establecido el Art. 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC, en adelante). *“El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad.”* En sentido similar el art. 1º del Reglamento Normativo Del Tribunal Constitucional. (RNTC, en adelante). *El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la Constitución. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Sólo está sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica.*

La crítica que se ha proferido contra esta autoproclamada atribución de “Supremo Intérprete de la Constitución”, pues la constitución no lo estipula así, sin embargo tal observación podrá ser matizada luego de confrontar el citado art. 1º de la LOTIC y del RNTC, con el art. 202º Inciso 2 de la Const. *“Corresponde al Tribunal Constitucional:...Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.”* De esta interpretación sistemática podemos colegir que el TC es supremo intérprete aunque no el único, podemos reparar que tiene preeminencia sobre la interpretación realizada por el PJ, pero única y exclusivamente en las leyes de rango constitucional, pues la interpretación de las leyes ordinarias son de competencia exclusiva del PJ, se nos ha dicho que nos encontramos en una sociedad abierta de intérpretes según el profesor alemán Peter Häberle, al respecto expone:

“La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución: Esta relevancia del concepto de sí mismos de los individuos y los grupos, así como de su correspondiente actuación, pero también el de los órganos estatales, es una destacada y fructífera forma de la vinculación de la interpretación constitucional en sentido amplio y en sentido estricto. La concepción de sí mismo

³¹² Ejemplo: artículo 138 (2) de la Constitución Federal Austriaca y artículo 56, Sección 4 de la ley sobre la Corte Constitucional, de los cuales se deriva que la decisión (*Rechtssatz*) tomada por la Corte sobre la repartición de competencias legislativas entre *Bund* y *Länder* y dentro del silencio de la norma constitucional tiene ella misma un rango constitucional; sección 31 (2) de la ley sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán, anterior, que confiere valor legislativo federal a las decisiones de la jurisdicción en algunos campos de competencia. Citado por PINI, Joseph. *Reflexiones (simples) sobre el estatus normativo de la jurisprudencia constitucional*. Ob. Cit. Pág. 145.

³¹³ PINI, Joseph. *Reflexiones (simples) sobre el estatus normativo de la jurisprudencia constitucional*. Ob. Cit. Pág. 145.

(*Selbstverständnis*) se convierte así en un “elemento material iusfundamental”.³¹⁴ Aquí pertenece también la función *realiter* cointerpretadora del experto y del perito en los procedimientos legislativo y judicial.

Esta colaboración de los intérpretes en sentido amplio y en sentido estricto no sólo se realiza donde ésta ya se encuentra institucionalizada, como en la inclusión de los representantes de trabajadores y empresarios en los tribunales laborales del Estado. “Expertos” e “interesados” provenientes de la sociedad pluralista se convierten en intérpretes del derecho estatal. Esto se pone de evidencia no sólo en el proceso de creación, modernamente también en el ulterior desarrollo en forma pluralista: la teoría de la ciencia, de la democracia y de la interpretación (constitucional) conducen aquí a una mediación específica entre Estado y sociedad.”³¹⁵

Sobre la respuesta a la pregunta sobre si el TC a través del PV interpreta disposiciones, entonces, estas tienen el mismo rango de la disposición que ha interpretado. La respuesta preliminar es que el TC, sólo deberá interpretar única y exclusivamente aquellas disposiciones que tengan rango constitucional (La constitución, los tratados internacionales de Derechos Humanos, el Bloque de Convencionalidad y el Bloque de Constitucionalidad³¹⁶, Nomas de Reforma

³¹⁴ [281] Sobre el concepto de concepción de sí mismo o de sí propio véase BVerfGE 83, 341 (356). Citado por HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas. Segunda edición. México 8 de diciembre de 2016. Pág. 143.

³¹⁵ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Ob. Cit. Págs. 143-144.

³¹⁶ “**Bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad:** Paralelamente al concepto de Constitución, varios países utilizan el de bloque de constitucionalidad, el cual designa y engloba distintas realidades según el país de que se trate. Pero en todos los casos la nota común es que hay normas fuera de la Constitución que comparten con ella el primer escalón en la pirámide jurídica de ese país y que se utilizan en conjunto para evaluar la constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía. El concepto fue creado en 1970 en Francia (Emeri, Claude, comentario a la decisión del Consejo Constitucional referida a la reforma del Reglamento de la Asamblea Nacional, *Revue de Droit Public*), donde la doctrina lo utilizó para explicar las decisiones del Consejo Constitucional en las que éste hacía uso de la remisión que formula la Constitución vigente a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Vedel, Georges, “La Place de la Déclaration de 1789 dans le Bloc de Constitutionnalité”); al preámbulo de la Constitución de 1946; a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y a los “objetivos de valor constitucional” (Favoreu, Louis, “Le principe de constitutionnalité: Essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, en la obra colectiva *Mélanges Eisenman I*). En ese país, todas las normas que lo integran son de derecho interno y gozan de la misma jerarquía; es decir, que no existen gradaciones intrajerárquicas en su seno.

(...) A modo de síntesis comparativa, diremos: (i) Las normas que se incorporan a cada uno de los bloques difiere de país en país: en Francia, España y Panamá solo ingresan al bloque normas de derecho interno; mientras que en Argentina, Colombia, Bolivia y Dominicana ingresan a él ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos. (ii) El objetivo de la conformación del bloque en Francia, Colombia, Argentina, Bolivia y República Dominicana es el de completar el sistema de derechos, mientras que en España apunta al sistema de repartición de competencias estatales, y en Panamá se refiere el sistema constitucional en su totalidad. (iii) Salvo en el caso español, en los demás todas las normas que integran el bloque ostentan la misma jerarquía normativa. (iv) En el caso de Argentina, Colombia, Bolivia y República Dominicana, se puede hablar también de bloque de convencionalidad, dado que se integran a él algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, que deberán ser aplicados por los jueces en forma directa e inmediata y en armonía con la Constitución nacional, en ejercicio de lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha denominado el “control de convencionalidad” (podemos distinguir una línea jurisprudencial de ese tribunal que arranca con el caso *Almonacid Arellano* del 26-9-2006). Pablo Luis Manili” Vid. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Martínez Ramírez, Fabiola. Figueroa Mejía, Giovanni A. (Coordinadores). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Tomo I. Poder Judicial

Constitucional³¹⁷), pues la interpretación de las disposiciones que ostentan rango legal son de competencia exclusiva del PJ, sin embargo ese es el deber ser pues en muchos casos el TC, ha invadido las competencias y atribuciones del PJ, y ha interpretado disposiciones con rango legal y ha tomado decisiones sobre casos que son de competencia exclusiva del PJ.

Veamos algunos ejemplos en la STC. Exp. N° 03509-2009-PHC/TC. Caso Walter Gaspar Chacón Málaga. FJ 40.³¹⁸ Dicha persona fue excluida de un proceso judicial por violación al derecho a ser juzgado de un plazo razonable, se decretó el archivo del proceso penal seguido en su contra, sin embargo decidir la culpabilidad o inocencia de una persona es facultad exclusiva de la judicatura ordinaria, advertimos una seria intromisión del TC, en las labores propias de la justicia ordinaria.

40. En tal sentido en el caso de autos en el que se ha mantenido al recurrente en un estado de sospecha permanente y sin que como se ha visto a lo largo de la presente sentencia- las circunstancias del caso justifiquen dicha excesiva dilación el acto restitutorio de la violación del derecho al plazo razonable del proceso consistirá en **la exclusión del recurrente del proceso penal.** (Resaltados nuestros).

Posteriormente dicho exceso fue corregido mediante la Doctrina Jurisprudencial Vinculante recaída en la STC. Exp. N° 00295-2012-HC/TC. Caso Aristóteles Román Arce Paucar. Veamos los FJ vinculantes recaídos en la 11 y 12:

11.- Así las cosas, este Tribunal considera que, en el caso de un proceso penal, no puede establecerse por ejemplo, la exclusión del procesado, el sobreseimiento del proceso o el archivo definitivo del

de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal. Universidad nacional autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera edición: 24 de abril de 2014. Págs. 122-124. Disponible también: <https://legis.pe/descarga-pdf-dos-tomos-diccionario-derecho-procesal-constitucional-convencional/>

³¹⁷ Vid. STC. Exp. N° 0050-2004-AI 0051-2004-AI 0004-2005-AI 0007-2005-AI 0009-2005-AI (Acumulados) Caso Colegio de Abogados del Cusco. Y recientemente la STC Exp. N° 0008-2018-PI/TC. Caso Ley de Reforma Constitucional sobre la no Reelección de alcaldes. En ambas sentencias el TC ha establecido que sí puede controlar leyes de reforma constitucional. Vid. Recientemente el FJ 28 de la STC Exp. N° 0008-2018-PI/TC: “El control aquí reseñado también se proyecta a las reformas de la Constitución. Si, como aquí mismo se ha anotado, el poder de reforma constitucional admite límites, con mayor razón corresponde a jueces y juezas como las de este Tribunal Constitucional realizar labores de interpretación conforme y control sobre reformas constitucionales. Así ya lo ha hecho una Alta Corte latinoamericana como la Suprema Corte de Justicia de la Nación argentina en el caso “Fayt”, e incluso nuestro Tribunal Constitucional en los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AFTC, 0004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC.

³¹⁸ Dicha sentencia conjuntamente con otras ha recibido una dura crítica de la doctrina: “**V.- Sentencias que favorecieron la impunidad en materia de lucha contra la corrupción 5.1.-** Caso Walter Chacón. STC. N° 3509-2009-PHC/TC **5.2.-** Caso pago de devengados a Javier Ríos Castillo. STC N° 04197-2008-PA/TC **5.3.-** Caso de postulación al TC de Javier Ríos Castillo. STC N° 04907-2008-PA/TC **5.4.-** Caso Alfredo Jalilie Awapara. STC N° 04053-2007-HC/TC **5.5.-** Caso Ernesto Schütz. STC N° 03681-2012-PHC.” Vid. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. ROEL ALVA, Luis Andrés. *Balance de las Sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012*. Instituto de Defensa Legal Justicia Viva. Documento de Trabajo N° 65. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf (Fecha de consulta el día 03/04/19). Pág. 2.

proceso penal como si fuera equivalente a una decisión de absolución emitida por el juez ordinario; sino que, actuando dentro del marco constitucional y democrático del proceso penal, el órgano jurisdiccional debe emitir el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto en el plazo más breve posible, declarando la inocencia o responsabilidad del procesado, y la consiguiente conclusión del proceso penal. En cualquier caso, como es obvio, tal circunstancia no exime de las responsabilidades a que hubiere lugar para quienes incurrieron en ella, y que deben ser dilucidados por los órganos competentes (Cfr. STC 3689-2008-PHC, P.J. 10).

12. Por último, el referido plazo más breve posible para la emisión del pronunciamiento que resuelva de manera definitiva la situación jurídica del procesado debe ser fijado o establecido según las circunstancias concretas de cada caso. Y es que el plazo para el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto no debe ser fijado una vez y para siempre, de modo que sea aplicable en todos los casos, sino que éste debe ser fijado de manera objetiva y razonable por el juez constitucional en atención a las circunstancias concretas de cada caso, sobre todo teniendo en cuenta el estado actual del proceso, por cuanto la fijación del mismo puede resultar un imposible en algunos casos y/o puede constituir un exceso en otros.

En la citada sentencia el TC resolvió: *Declarar que, a partir de la fecha, los fundamentos 6, 7, 9, 10, 11 y 12 de la presente sentencia constituyen doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional debiendo aplicarse inclusive a los procesos judiciales en trámite.*

Al respecto cabe preguntarse ¿Se ha desnaturalizado la doctrina jurisprudencial, prevista en el Art. VI del TP del CPConst., con la declaratoria expresa de doctrina jurisprudencial vinculante de conformidad con el Art. VI del TP del CPConst.? Pues esta es una característica propia del PV:

“(…) se identifica con claridad que la doctrina jurisprudencial se va forjando como vinculante con la reiterancia de los pronunciamientos uniformes, pero en el caso peruano, esto no necesariamente sucede así, pues el TC indica expresamente en sus propias sentencias si alguno de sus fundamentos constituye doctrina jurisprudencial vinculante, haciéndolo similar al precedente vinculante.”³¹⁹

“Para determinar el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional, tenemos que formular y responder la siguiente interrogante: si solamente el precedente vinculante y la doctrina jurisprudencial vinculante son de observancia obligatoria, ¿entonces las demás sentencias del TC (jurisprudencia constitucional) no lo son?

³¹⁹ PAULETT SILVA, Kori. *Precisando el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 122. Febrero 2018. Pág. 69.

Dando respuesta a la pregunta, debemos manifestar que en la fórmula normativa del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se aprecia que se contempla en general a la jurisprudencia del TC (vinculante o no), y *al señalarse que los jueces debemos* (obligación) aplicar la ley y normas infralegales *conforme a lo ya interpretado por el TC, se nos constriñe a acatar y aplicar lo ya interpretado por el TC, es decir, se nos vincula a lo expresado por el TC*; artículo que constituye la fuente normativa para señalar el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional, *para los jueces*.³²⁰

2.4.- Con relación a los requisitos para la expedición del PV.

2.4.1.- ¿Qué sucede con los PV que formalmente se denominan como tal, sin embargo no cumplen con los requisitos y presupuestos para ser considerados PV, en consecuencia siguen siendo obligatorios?

Si recurrimos a la definición del PV, lo vamos a encontrar en el art. VII del TP del CPConst., sin embargo, dicho dispositivo contiene los presupuestos formales del PV, (que tenga la autoridad de cosa juzgada, que el TC lo exprese como precedente vinculante, y que el TC precise el extremo de su efecto normativo), sin embargo los presupuestos materiales han sido establecidos en la jurisprudencia del TC en los Exps. Ns° 0024-2003-A/TC y 3741-2004-AA/TC. Empero cabe preguntarse si dichos presupuestos materiales, constituyen *obiter dictum* o *ratio decidendi*, la respuesta a esta interrogante no es baladí, por cuanto si es *obiter dictum*, su seguimiento puede ser prescindible, en cambio si constituyen *ratio decidendi*, su seguimiento es obligatorio.

Veamos las diferencias: “**¿Qué es la *ratio decidendi*?** La *ratio decidendi* es la parte vinculante de un precedente. Al respecto, debemos hacer algunas anotaciones relevantes para distinguirla de su tratamiento en el caso peruano.

Si bien es cierto que la *ratio decidendi* es el “núcleo normativo de la sentencia”, en el ámbito inglés, tanto el legislador como los propios tribunales -a diferencia de lo que ha ocurrido en el Perú-, han sido reacios a formalizar la doctrina del precedente, lo que ha sido el origen de la elasticidad al momento de interpretar.

En efecto, no hay un texto o un grupo de palabras exactas que sean identificadas como la *ratio decidendi* de una decisión, sino que se trata de un principio implícito dentro de esta, a pesar de que al propio tiempo estemos hablando del “elemento determinante” de la sentencia, el cual será seguido en los casos sustancialmente similares que se le siguen (*case law*). La tarea de determinar la *ratio decidendi* será para los jueces posteriores o el mismo juez de un ulterior caso.

Como vemos, esta es una diferencia radical con nuestro precedente peruano, contemplado en el artículo VII del Código Procesal Constitucional, puesto que allí se indica que “las sentencias del Tribunal Constitucional que

³²⁰ Ibídem. Pág. 71.

adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo". Es decir, en nuestro país es imprescindible, para formar un precedente, que se indique cuál es el "núcleo normativo de la sentencia" del que habláramos hace un momento, en cambio, en el *Common Law*, el precedente es elástico, procurando que la interpretación provenga de los jueces que citen luego el precedente, siendo, sin duda, con ello de alguna manera mutable en el tiempo."³²¹

Con relación a los *obiter dicta*: "**¿Qué son los *obiter dicta*?** Al lado de la *ratio decidendi* a lo largo de la sentencia aparecen los *obiter dicta*, que no son otra cosa que las afirmaciones o acotaciones distintas al objeto de la discusión, sino que resultan colaterales a este. Ahora bien, en el caso del Derecho Inglés, el problema para identificarlos es igual que el caso de la *ratio decidendi*.

Esta elasticidad en su identificación formal permite incluso que un juez tenga por *obiter dicta* los fundamentos que conforman la *ratio decidendi* y viceversa. Es precisamente esto lo que se ha querido evitar en la formación del precedente en nuestro país."³²²

Respondiendo la pregunta: ¿Qué sucede con los PV que formalmente se denominan como tal, sin embargo no cumplen con los requisitos y presupuestos para ser considerados PV, en consecuencia siguen siendo obligatorios? Nuestra respuesta es que los PV, siguen siendo obligatorios pues si procedemos a hacer un riguroso examen de los 52 PV. Expedidos por el TC, podemos darnos cuenta que son pocos los PV, que han sido coherentes con la observancia de los presupuestos materiales y procesales para su creación, lo cual no quiere decir que no vamos a observar los PV, caso contrario se generaría un caos en nuestro ordenamiento jurídico al reparar que son pocos los PV que cumplen con estos presupuestos.

Nuestro argumento ha quedado graficado en el voto singular de los ex magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos recaído en el PV de la STC. Exp. N° 03908-2007-PA/TC. Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS Nacional).

(...)

2. Consideramos que lo primero que debe determinarse es si estos "presupuestos", en realidad, se constituyen como tales. Al respecto, es lugar común distinguir, en una sentencia constitucional, los argumentos que tienen la calidad de *obiter dicta*, de aquellos que en estricto son *ratio decidendi*, además del *decisum*. En la jurisprudencia de este Colegiado, además, reiteradamente se ha sostenido que lo que vincula es tanto la *ratio decidendi* como el *decisum*. Ahora bien, a nuestro juicio, los presupuestos, antes mencionados, de la STC 0024-2003-A/TC no constituyen *ratio decidendi*, sino *obiter dicta*.

³²¹ TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 30

³²² Ibídem. Págs. 30-31.

3. Un criterio válido para distinguir entre los argumentos que constituyen *obiter dicta* y *ratio decidendi* es verificar si, al omitirse determinados argumentos, se altera la coherencia interna de la sentencia y, por ende, inclusive el sentido del *decisum*. Si ello sucede, los argumentos omitidos constituyen *ratio decidendi*. Por el contrario, si la omisión no afecta a la sentencia en su fortaleza argumentativa y, pese a la omisión de algunos argumentos, el fallo permanece inalterable, estaremos ante argumentos de carácter *obiter dicta*. Aplicando este criterio, debe determinarse el carácter de los argumentos de la STC 0024-2003-A/TC (referido a un tema de demarcación territorial), en los cuales supuestamente se recogen los presupuestos vinculantes para el establecimiento de un precedente vinculante.
4. Si se analiza detenidamente esta sentencia es fácil apreciar que todos los considerandos expresados antes del fundamento 1 constituyen indudablemente *obiter dicta*. Ello por cuanto si se prescinde de todos las consideraciones anteriores y se analiza estrictamente la resolución de dicho proceso, únicamente con los argumentos esgrimidos en los fundamentos 1 a 7, la coherencia interna de la sentencia y el sentido del fallo no se alteran en absoluto. Más aún, si se aprecia que la cuestión de fondo resuelta a través de la STC 0024-2003-A/TC no guarda, para nada, relación con las reglas a seguir para establecer un precedente vinculante, sino más bien con un proceso de inconstitucionalidad relacionado con la determinación de si el Poder Ejecutivo tenía la atribución o no de proponer la demarcación territorial y al Congreso de la República aprobar la misma.
5. **En ese sentido, los “presupuestos” supuestamente de ineludible cumplimiento para el establecimiento de un precedente carecen de esa naturaleza y no pueden ser**, por tanto, criterio ni justificación válida para intentar dejar sin efecto el precedente vinculante establecido en el fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC. La claridad con que se concluye esto, nos releva de esgrimir mayores argumentos sobre los fundamentos 5 y 6 de la sentencia en mayoría, que por cierto son deleznales en su fortaleza argumentativa.
(...)
14. Por todo lo señalado, al haberse demostrado que los “presupuestos” establecidos para dictar un precedente en la STC 0024-2003-A/TC **no constituyen ratio decidendi** y no habiéndose omitido lo señalado en el fundamento 46 de la STC 03741-2004-PA/TC, el pretendido cambio del fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC deviene en ilegítimo; en consecuencia, dicho precedente vinculante debe seguir aplicándose al permanecer plenamente vigente. (Resaltados nuestros).

2.5.- Problemas del PV, con relación a la vigencia del PV.

2.5.1.- ¿Puede ser ‘derogado’ un PV por una ley con un contenido opuesto al PV, puede desplazarlo del sistema de fuentes?

En primer lugar según los artículos pertinentes de la Constitución *La ley se deroga sólo por otra ley*:

Artículo 102° Son atribuciones del Congreso:

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.

Al respecto la doctrina expone: “En tal sentido, el Congreso dicta leyes y ningún otro organismo puede hacerlo sin estar autorizado. Dicta resoluciones legislativas que aprueban tratados, y resoluciones legislativas del Congreso, que son normas con rango de ley que modifican el Reglamento del Congreso, entre otros. La facultad de interpretar, denominada interpretación auténtica, tiene por objeto expresar el real significado de una norma expedida por el mismo Congreso a través de una ley interpretativa.

Respecto de la modificación y derogación de una ley, el Congreso está facultado para efectuarlas por ser el que tuvo el poder originario para dictarlas.”³²³

Artículo 103°

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

Al respecto la doctrina expone: “La derogación está comprendida dentro de las causas extrínsecas de cesación de **vigencia** de la ley. También debe incluirse el caso de la modificación, en la medida en que esta supone la sustitución de una norma por otra (salvo en el caso de la modificación que corresponde calificar como aditiva, donde lo que ocurre es que se agrega algo nuevo a una norma, sin alterar en lo demás el texto original que se mantiene incólume), lo que necesariamente importa la supresión previa de la norma original.

En cambio, constituyen causas intrínsecas de cesación de **vigencia** de las normas legales el transcurso del plazo fijado expresa o tácitamente por ella misma para su vigencia, la realización (o no) del propósito por el cual fue dictada y la terminación del estado de cosas que constituía su objeto (por ejemplo, una situación de guerra).”³²⁴ (Resaltados nuestros).

En síntesis podemos reparar que esta prerrogativa expedir y derogar leyes es competencia de la “***Función legislativa***. La función principal del Congreso, por definición, es aprobar y derogar las leyes de la República en diversas materias; las cuales son adoptadas luego de un proceso deliberativo acerca de la mejor política. El proceso de formación de leyes se inicia con: a) la

³²³ AMPRIMO PLÁ, Natale. *Atribuciones del Congreso. Comentarios al artículo 102° Inciso 1 de la Constitución Política del Perú*. En: La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo II. Gaceta Jurídica. Primera Edición Diciembre 2005. Pág. 172.

³²⁴ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Derogación de la ley. Comentarios al artículo 103° de la constitución*. En: Gutiérrez, Walter. (Director). La constitución comentada. Tomo II. Análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica S.A. Segunda edición. Enero 2013. Pág. 696.

propuesta parlamentaria; b) el debate y la aprobación; c) la promulgación y, finalmente, d) la publicación en el Diario Oficial *El Peruano*. Esta función de legislación debe respetar el principio de supremacía de la Constitución y de respeto a los derechos fundamentales; caso contrario, se activará la jurisdicción constitucional para restablecer el orden jurídico.”³²⁵

A la pregunta si un PV, puede ser ‘*derogado*’ la doctrina expone de manera errónea que un Tribunal superior puede derogar las decisiones de un tribunal inferior lo que en puridad un tribunal superior hace es dejar sin efecto, una decisión, pero no derogarla en consecuencia no compartimos el siguiente argumento: “(...) en el plano vertical, únicamente los tribunales jerárquicamente superiores pueden ***derogar*** decisiones de los tribunales inferiores (otra cosa es que de hecho en ocasiones estos últimos tomen decisiones en contra de decisiones de tribunales superiores). Horizontalmente, los diferentes tribunales están autorizados a apartarse de sus interiores decisiones.

La derogación puede ser expresa o implícita. La derogación expresa no presenta mayores problemas. Se produce cuando un tribunal con poder para derogar dice que este deja de tener autoridad. Lo importante de la derogación es que un caso que ha sido derogado no puede ser citado como autoridad en cuanto al principio de derecho que constituye su *ratio decidendi*.”³²⁶

Incurriendo en el mismo error se expone: “(...) Cuando se dice que un tribunal ha derogado un caso, normalmente se entiende que el objeto de la derogación es tanto la *ratio decidendi*, como la decisión en su conjunto. Ahora bien, en algunos casos parece que la decisión sobrevive a la *ratio decidendi*.”³²⁷

Con relación al PV se ha dicho creemos de manera errada se asimila como sinónimos las palabras derogación e ineficacia, pues cuando el TC, emplea la Técnica del *Overruling*, revoca o deja sin efecto un PV, pero no lo deroga, por estos argumentos no compartimos las siguientes líneas que consideramos erradas en torno al empleo de la categoría jurídica de la derogación: “Cuando un precedente es derogado la derogación puede tener un efecto retroactivo o prospectivo. En el primer caso, la cuestión objeto de la decisión judicial es resuelta según lo dispuesto por la decisión derogatoria (decisión que temporalmente es posterior a los hechos sometidos a consideración del tribunal). La decisión (o decisiones) derogada, que había establecido el *stare decisis* en la materia es considerada como si nunca hubiera tenido efecto y no será aplicada ni en el presente ni en casos posteriores. Por el contrario, cuando un tribunal deroga prospectivamente, las controversias que han tenido lugar con anterioridad a la decisión derogatoria se decidirán según lo establecido por el precedente ahora derogado, incluyendo el presente caso; mientras aquellas que

³²⁵ GACETA JURÍDICA. TC Gaceta Constitucional. Constitucionalismo Crítico. *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Primera Edición. Enero 2012. Pág. 335.

³²⁶ R. CROSS-J. W. HARRIS (1991), pp. 127-129. Citado por ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Civitas. Madrid. 1995. Pág. 73.

³²⁷ ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Civitas. Madrid. 1995. Pág. 75.

tengan lugar después, se decidirán según la nueva regla, esto es la que establece la decisión derogatoria.”³²⁸

¿Cuándo el TC utiliza la técnica del *Overruling*, deja sin efecto un PV o lo deroga?

Al respecto la doctrina nacional de manera errada confunde la técnica del *Overruling* con la categoría de la derogación: “[El *overruling*] este consiste en la derogación del precedente y, por lo tanto, su expulsión del ordenamiento inglés. (...) esta técnica solo puede ser utilizada por los órganos de mayor jerarquía o, solo en los casos de la House of Lords, el mismo órgano que dictó el precedente, salvo en los casos ya mencionados en la sentencia *Young vs. Bristol Aeroplane Co. Ltd.* Los autores señalan que el *overruling* puede ser: *overruling retroactive*, que es la aplicación del nuevo precedente en el caso materia del proceso para adelante; y, el *overruling prospective*, que se refiere a la aplicación del nuevo precedente pero no en el caso materia del proceso sino para adelante, mientras ese caso será resuelto con el precedente que se venía utilizando.”³²⁹

A nuestro turno el TC, lo que en puridad hace mediante *Overruling*, es dejar sin efecto un anterior PV, a lo largo de su vida institucional el TC ha empleado la técnica del *Overruling* tres veces veamos:

Primer Overruling:

A.- STC Nº 3361-2004-PA/TC Caso Jaime Amado Álvarez Guillén.

B.- STC Nº 01412-2007-AA/TC Caso Juan de Dios Lara Contreras.

Resuelve: (...) 3.- **DEJAR sin efecto** el precedente vinculante establecido en la STC 3361-2007-AA/TC, y conforme a lo estipulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, SENTAR como nuevo precedente lo siguiente: Primero.- Todas las resoluciones evacuadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales deben ser motivadas, sin importar el tiempo en que se hayan emitido; este criterio deberá ser tenido como fundamento a tener obligatoriamente en cuenta por los jueces de toda la República como criterios de interpretación para la solución de casos análogos.

Segundo Overruling:

A.- STC Nº 04853-2004-AA/TC Caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad.

B.- STC Nº 03908-2007-AA/TC Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional. HA RESUELTO (...) 2.- DEJAR SIN EFECTO el precedente establecido en el fundamento 40 de la STC 04853-2004-P A/TC,

³²⁸ A. G. L. NICOL (1976), p. 543. En EE.UU. los tribunales han creado técnicas para dar a estas decisiones únicamente carácter prospectivo (...) Citado por ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Civitas. Madrid. 1995. Pág. 73.

³²⁹ MARTÍNEZ MORÓN, Alan César. *Las técnicas de distinción del precedente. El caso peruano*. En: Actualidad Jurídica. Tomo 180. Gaceta Jurídica. Noviembre 2008. Pág. 179.

que estableció las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente.

Tercer Overruling:

A.- STC N° 3741-2004-AA/TC Caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque.

B.- STC N° 04293-2012-PA/TC Caso Consorcio Requena.

HA RESUELTO: (...) 4. **DEJAR SIN EFECTO** el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo.

Como podemos reparar a través de un PV, el TC deja sin EFECTO el anterior precedente, o lo revoca si se quiere, pero jamás lo deroga, argumentar en este sentido representa una impropiedad. Nuestro argumento ha quedado demostrado en los seis PV, que hemos citado anteriormente, valga la ocasión para aclarar que la técnica del *Overruling* sólo se emplea cuando se produce un cambio de PV, y no de cualquier clase de jurisprudencia, es decir si el caso anterior no constituye PV, y este es cambiado no cabe decir que estamos recurriendo a un *overruling*, lo que en puridad estamos haciendo es un cambio de línea jurisprudencial (si este criterio ha sido uniforme) o simplemente un cambio de doctrina jurisprudencial pero no podemos decir que se ha producido un *overruling*, como de manera errada se deja ver en el FJ 48 de la STC. Exp. N° 0090-2004-AA/TC. Caso Juan Carlos Callegari Herazo, que en puridad no constituye un PV.

48. En el caso de autos, habiéndose producido la sustracción de la materia, referida en el Fundamento 2., *supra*, y, tomando asimismo en consideración el principio de *prospective overruling* invocado por este Supremo Tribunal, la presente demanda deviene en improcedente.

¿Cuándo el TC declara la inconstitucionalidad de una disposición con rango legal, este declara su ineficacia o lo deroga?

De las líneas transcritas dejamos por si sentada nuestra posición NEGATIVA sobre que el TC, derogue disposiciones, pues según el Artículo 103° de la Constitución Política del Perú, *La ley se deroga sólo por otra ley*.

Ergo si aseveramos que el TC deroga normas, tácitamente lo estamos asimilando como si tratara de un legislador (tarea encomendada por el poder constituyente al Congreso y vía excepción mediante decretos legislativos y de decretos de urgencia al poder ejecutivo) o el otro sentido interpretativo que subyace en este razonamiento es que sus sentencias tienen rango de ley³³⁰

³³⁰ ¿Pero que es tener Fuerza de Ley y Rango de Ley? La constitución utiliza el término Fuerza de Ley dos veces en los artículos 94° y 118°.19 de la Constitución. Que el concepto de **rango de ley**, alude a que “*las fuentes a las que se ha calificado como tales, se ubican en el ordenamiento en el grado inmediatamente inferior al que ocupa la Constitución*” (STC Exp. N° 00005-2003-AI/TC, fundamento 10 -el énfasis es nuestro-), mientras que por **fuerza de ley**, la doctrina lo concibe como un principio que tiene dos facetas.

(pues considero que tienen fuerza de ley, más no rango de ley, porque si lo tuvieran se podría plantear también un proceso de inconstitucionalidad -el cual procede única y exclusivamente contra normas con rango de ley- contra una sentencia del propio TC lo cual está proscrito por el Artículo 82° del Código Procesal Constitucional, se imaginarían Inconstitucionalidad contra Inconstitucionalidad).

Para expresarnos con propiedad, ya no es de recibo argumentar que el TC deroga normas, lo que técnicamente hace es declarar la ineficacia de la norma o disposición con rango de ley sometida a examen de constitucionalidad. Veamos, el Artículo 103° de la Constitución usa el término: *También queda sin efecto [la ley] por sentencia que declara su inconstitucionalidad.*

El Artículo 204° de la Constitución Política del Perú³³¹ usa el término *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*, lo mismo fluye del Artículo 81° del Código Procesal Constitucional³³² que estipula *Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian.* Lo que me permite inferir que el TC declara la Ineficacia³³³ de la disposición o norma con rango legal, más no la deroga.

En su faceta *activa* reconoce a la ley la capacidad de innovar, regular o modificar aquellos ámbitos que no le han sido vedados en forma expresa por la Constitución; mientras que en su faceta *pasiva* reconoce la capacidad de resistencia específica de la ley para no ser modificada ni derogada sino por otras normas que tengan el mismo rango u otra superior. En concreto, la fuerza de ley es una característica que engloba a distintas disposiciones que tienen muy diferente fuerza de innovar y muy diferente fuerza de resistir, **y una disposición puede tener rango de ley sin tener fuerza de ley** (Rubio Llorente, Francisco: “Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley: Sobre el problema del concepto de ley en la Constitución”. En: Revista de Administración Pública N° 100-102, Madrid, Enero-Diciembre de 1983, pp. 422 y 423. El énfasis es nuestro). STC Exp. N° 00018-2009-PI/TC. FJ N° 06.

³³¹ Artículo 204°.- Sentencia del Tribunal Constitucional

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

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

³³² Artículo 81.- Efectos de la Sentencia fundada

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación. Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del Artículo 74° de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia.

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el Diario Oficial El Peruano.

³³³ Falta de eficacia y actividad (Dic. Acad.), carencia de efectos normales en un negocio jurídico. En opinión de algunos tratadistas, constituye uno de los conceptos más indeterminados del Derecho Civil, que tiene como sinónimos los vocablos inexistencia, invalidez, y algunos otros similares, aun cuando no faltan autores modernos que dan al término ineficacia un contenido amplio, considerando a los otros como designación de variedades, por lo que un negocio jurídico será ineficaz cuando no surta los efectos característicos, sin que esta falta haya de obedecer a causas determinadas (Dic. Der. Usual). OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 2010. Editorial Heliasta Pág. 511; otro concepto relacionado es la Invalidez: En el negocio falta o se encuentra viciado alguno de los elementos

El connotado jurista Marcial Rubio Correa prefiere emplear el término Invalidar; al respecto expone comentando el Artículo 204° de la Constitución Política del Perú: “Si declara fundada la demanda, entonces produce el efecto de invalidarla. No es una derogación porque este concepto tiene un significado claro en la teoría y en la legislación. El Artículo 103° de la Constitución dice que “La Ley se deroga sólo por otra ley”. Aunque oportunamente hemos manifestado críticas de naturaleza técnica esta expresión, sí es indudable que la derogación es solamente la privación de vigencia a una norma legislativa por otra norma legislativa La derogación es, pues, esta especie de invalidez. La sentencia del Tribunal no es una norma legislativa y por lo tanto no deroga pero igualmente invalida.”³³⁴

En sentido similar a lo anterior: Si el TC declara lo primero [la inconstitucionalidad], el precepto legal encontrado inconstitucional queda sin validez jurídica (Artículos 103 y 204 CP)³³⁵ (Resaltado Nuestro).

A sentido contrario constituye un grave error en la doctrina extranjera sobre la diferencia entre inconstitucionalidad y derogación el siguiente argumento: “Debe recordarse que la jurisprudencia no vincula formalmente a los tribunales (así, STC 78/1984, 9 de Julio) pero sin embargo, los órganos judiciales mantienen una clara tendencia a seguir los criterios interpretativos de los órganos superiores, de modo que las líneas jurisprudenciales se mantienen durante años hasta la evolución social y doctrinal propicia su modificación.

Sin embargo, la importante STC de 13 de febrero de 1999 absolvió a un condenado por delito de contrabando basándose en que un cambio jurisprudencial ha consagrado una nueva interpretación por la que dicho tipo no debe aplicarse en determinados casos. Se admitió un recurso de revisión al entender que el cambio jurisprudencial que establece la inaplicabilidad de una norma a determinados supuestos es un “hecho nuevo” que evidencia la inocencia del condenado a los efectos del art. 954,4° LECrim. Con ello no sólo se consagra la función la función interpretativa, sino que se reconoce la aplicación retroactiva de interpretaciones jurisprudenciales favorables al reo (vid. Vidales Rodríguez). En los últimos años (desde 1991) el Tribunal Supremo a través de distintos Acuerdos del Plenario ha pretendido dar criterios interpretativos *vinculantes* en determinadas materias en las que había decisiones contradictorias (Véase Acuerdo de 18 de Julio de 2006, en Acuerdos,

esenciales o carezca de los presupuestos esenciales al tipo de negocio que pertenece, es decir es aquella inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo. Por lo que aquí ubicaremos de manera apropiada a la Nulidad y a la Anulabilidad. (BETTY, Emilio. *Teoría General Del Negocio Jurídico*. Granada Editorial Comares S.L. 2000 Pág. 405.)

³³⁴ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio De La Constitución Política De 1993. Tomo VI*. Pontificia Universidad Católica Del Perú. Fondo Editorial 1999. Primera Edición Abril de 1999. Pág. 152.

³³⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *La Jurisprudencia Vinculante del Tribunal Constitucional*. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo (Coordinadores). Aspectos del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho (Colaboraciones Peruanas). Editorial Idemsa. Lima - Perú. Primera Edición: Lima Abril de 2009. Págs. 183-184.

pág. 192). Pero tales acuerdos ni siquiera son jurisdiccionales, por lo que no pueden ser vinculantes.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el art. 5,1 LOPJ establece su carácter vinculante para todos los tribunales:

“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 precedentes 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.*”

Pertenece a la teoría general de las fuentes el estudio de si puede atribuirse tal carácter a la jurisprudencia constitucional, lo que resulta especialmente problemático en las sentencias interpretativas en la medida en que puedan ser contradictorias. Sin embargo, no puede negarse que sean fuente del Derecho aquellas sentencias del Tribunal Constitucional **en las que se resuelve la inconstitucionalidad de una norma y, consiguientemente, su derogación.**³³⁶ (Resaltados nuestros).

Entre nosotros en la doctrina nacional se suscitan los mismos errores: “b) **El control constitucional.** Pertenece al segundo de los mencionados momentos el medio siguiente: los instrumentos jurídicos a través de los cuales se puede restituir la quebrantada vigencia de la Constitución, de modo que se neutralice eficazmente la agresión constitucional detectada. El TC necesita tener reconocida una suerte de energía correctora, la suficiente para enfrentar con éxito las incorrecciones -por exceso o por defecto- en las que incurra el poder público y privado, y así neutralizar las vulneraciones de la Constitución.

Varias potestades pueden conformar esta energía correctora. Una de ellas, y además decisiva, es la de declarar la invalidez jurídica de los actos públicos o privados que contravienen la Constitución, ya sea para **derogarlos** y con ello expulsarlos del ordenamiento jurídico (efectos *erga omnes*), ya sea para declarar su ineficacia en el marco de un caso concreto e inaplicarlos al mismo (efectos *inter partes*).³³⁷ (Resaltados nuestros).

“El TC tiene más atribuciones de control constitucional en número e intensidad que las que tiene el Poder Judicial. Más en número porque conoce de las acciones de inconstitucionalidad y de los conflictos de competencias, procesos constitucionales en los que no participa el Poder judicial.

Más en intensidad porque el TC actúa en última instancia en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y acción de cumplimiento; mientras que en esos mismos procesos, el juez actúa como primeras dos instancias, pudiendo

³³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch. Séptima Edición. Valencia 2007. Págs. 115-116.

³³⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Las decisiones inconstitucionales del Tribunal Constitucional*. En: THÉMIS. Revista de derecho 67. Revista de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2015. Pág. 280.

el TC revisar y corregir el control constitucional que realice el juez. Y más en intensidad, también, porque si bien ambos tienen la posibilidad de declarar de modo general la inconstitucionalidad de una norma y **con efectos derogatorios**, el juez sólo podrá hacerlo de normas infralegales y el TC de normas con rango de ley.”³³⁸ (Resaltados nuestros).

Incurriendo en el mismo error el siguiente argumento: “El efecto de la sentencia [el autor se refiere al proceso de inconstitucionalidad] es derogar la norma, vinculando a todos los poderes públicos³³⁹, a diferencia de lo que ocurre con el empleo del control difuso, donde la norma simplemente es inaplicada. Y esa derogación, como es evidente, no genera reviviscencia, vale decir, la vigencia de normas anteriormente derogadas³⁴⁰. Ni tampoco posee efectos retroactivos, salvo dos supuestos. El primero, en materia penal cuando beneficia al reo, por aplicación de la retroactividad benigna establecida constitucionalmente.

El segundo, en materia tributaria, en aplicación del artículo 74 de la Constitución, que establece que no surten efectos las normas que violen dicho artículo³⁴¹, con lo cual nos encontramos en verdad ante un supuesto de anulación y no de derogación, que es excepcional en el ámbito de los procesos de inconstitucionalidad a diferencia de lo que ocurre en el proceso de acción popular, como veremos más adelante.”³⁴²

En un argumento errado comentando los precedentes administrativos vinculantes: “La situación hoy es distinta, el precedente ha sido derogado y la Ley N° 30056, promulgada el 2013, al otorgar nuevas y muy discutibles facultades de sanción al Indecopi, el legislador ha establecido que las Entidades del Estado no pueden dictar disposiciones que desconozcan los criterios del Indecopi donde se hubiera determinado que una norma constituye una barrera burocrática ilegal o irracional. Con esto, en realidad, se obliga a los gobiernos regionales y municipales a derogar la norma, lo que es ya una intromisión inaceptable desde el punto de vista constitucional.”³⁴³

Finalmente para dar respuesta a la pregunta propuesta ¿Puede ser ‘derogado’ un PV por una ley con un contenido opuesto al PV, puede desplazarlo del sistema de fuentes?

³³⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Las decisiones inconstitucionales del Tribunal Constitucional*. En: THÉMIS. Revista de derecho 67. Revista de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2015. Pág. 286.

³³⁹ [105] FIGUEROA GUTARRA, Edwin. Ob. cit., p. 207. Citado por GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *La Constitución Política: Un análisis funcional*. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Enero 2015. Pág. 47.

³⁴⁰ [106] Código Procesal Constitucional: Artículo 83.- Efectos de la irretroactividad (...) Citado por GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *La Constitución Política: Un análisis funcional*. Ob. Cit. Pág. 47.

³⁴¹ [107] Constitución de 1993: Artículo 74 (...) Citado por GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *La Constitución Política: Un análisis funcional*. Ob. Cit. Pág. 47.

³⁴² Citado por GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *La Constitución Política: Un análisis funcional*. Ob. Cit. Págs. 47-48.

³⁴³ ROJAS LEO, Juan Francisco. *El control de constitucionalidad vuelve a ser constitucional*. En: Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Tomo 77. Mayo 2014. Pág. 25.

En primer lugar debemos mencionar que *La ley se deroga sólo por otra ley*, cuya emisión y poder de derogación recae en el poder legislativo y en el poder ejecutivo de manera excepcional vía delegación, aquellos poderes son los ÚNICOS que están legitimados para derogar una ley o las disposiciones que tienen rango de ley³⁴⁴, hemos mencionado que el PV, no tiene rango legal, la jurisprudencia del TC, en el Exp N° 047-2004-AI/TC, ha mencionado que *El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley*. Pero dicha aseveración un tanto opinable no le da ni le confiere el carácter de ley.

Hemos dejado anotado que el PV, que corre a cargo del TC, sólo puede interpretar a la Constitución y aquellas disposiciones que tengan rango constitucional, sin embargo la realidad es otra por lo que nos planteamos dos supuestos:

- En caso que el TC, interprete una disposición con rango legal, y esta es posteriormente derogada por otra ley o por una disposición con rango legal o constitucional.
- En caso que el TC, interprete una disposición con rango constitucional, y esta es posteriormente derogada por una disposición con rango constitucional.

La clave de la respuesta está en función a una de las características del PV, se ha dicho que el PV, tiene un cordón umbilical, que nace de un caso en concreto y que el PV, no se puede aplicar por analogía, es decir por ejemplo no podemos aplicar el PV recaído en la STC. Exp. N° 05057-2013-AA/TC. Caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco, que ha sido expedido sobre la base del régimen laboral N° 728, no podemos extrapolar dichas *‘reglas’* y aplicarlas para el régimen del Contrato Administrativo de Servicios (CAS, en adelante) o para el régimen laboral de la 276, buena cuenta de ello ha sido graficado por el TC, en la STC. Exp. N° 06681-2013-AA/TC. Caso Richard Nilton Cruz Llamos. El TC Precisó el alcance del PV Huatuco Huatuco y prohibió su aplicación para otros regímenes laborales.

11. Señalado esto, es claro que el "precedente Huatuco" solo resulta de aplicación cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que

³⁴⁴ Art. 200° Inciso 4 de la Constitución: La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. Vía jurisprudencial se ha agregado a este artículo, las leyes derogadas, las resoluciones legislativas, los decretos leyes y las leyes de reforma constitucional, aunque estas disposiciones –nos referimos a las leyes de reforma constitucional-, consideramos que no tienen rango legal pues porque tienen la capacidad de reformar la constitución por lo tanto tienen rango constitucional y por lo tanto el TC, nos las puede considerar dentro del catálogo de las leyes que son de inferior jerarquía a la Constitución. Finalmente en este rango no pueden estar comprendidos los PV, por las razones que ya hemos explicado líneas arriba.

sí forman parte de la carrera pública (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil), y otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo exhaustivo, de los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la Contratación Administrativa de Servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado).

12. Si bien es cierto que una vez que este Tribunal ha emitido un precedente, como el contenido en la STC Exp. N.º 05057-2013-PA/TC, el mismo debe ser aplicado por los operadores del Derecho, también es verdad que en esa dinámica pueden generarse algunas confusiones al interpretar los alcances de dicho precedente.

En consecuencia si el PV, interpreta una disposición que ya fue derogada y si la nueva disposición podría tener un contenido opuesto a la disposición interpretada, la consecuencia es que el PV, ya no se aplicará, pero no porque este haya sido derogado por la nueva disposición, sino porque la disposición que interpretó en antaño ha perdido su vigencia, por ello ya no se aplica. Pero jamás podemos decir que una disposición va a ‘derogar’ un PV, por cuanto son categorías distintas e incompatibles, por su naturaleza (acto discrecional y político, será la disposición, y será un acto jurisdiccional el PV).

Adicionalmente debemos recordar que a través de la derogación una disposición pierde su **vigencia**, más no su **validez**, por cuanto cabe la aplicación ultraactiva de una disposición ya derogada, ejemplo paradigmático de ello lo encontramos en los artículos 6º y 7º del Código Penal³⁴⁵ (CP, en adelante) al respecto la doctrina expone:

“El punto de partida es el principio *tempus regit actum*”³⁴⁶. Así, el art 6 dispone que la ley aplicable es la vigente en el momento de la comisión de la infracción. Esta regla-general es confirmada, en la segunda parte de la disposición citada, al admitirse la posibilidad de que “no obstante” -como excepción- se aplicará la ley más favorable dictada después de la ejecución del hecho punible. Lo mismo se puede decir respecto a la segunda posibilidad creada por la excepción señalada y consistente en que la ley vigente en el momento de la comisión del delito, pero modificada o derogada por una nueva ley más severa, sea aplicada en el momento de juzgarse al responsable. Esta supervivencia de la ley precedente es denominada *ultractividad* de la ley más

³⁴⁵ **Artículo 6º.-** La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley.

Artículo 7º.- Si, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho.

³⁴⁶ [354] Cfr. *supra* N.º 796 ss. Citado por HURTADO POZO, José. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Idemsa. Cuarta Edición Lima Octubre 2013. Pág. 296.

favorable. Se trata de la solución clásica adoptada en la mayor parte de las legislaciones.”³⁴⁷

Con relación a la diferencia entre derogación e inconstitucionalidad debemos decir que el TC, a través de la declaratoria de inconstitucionalidad puede aniquilar la norma haciéndole perder su validez, al respecto es paradigmática el caso de la Ley *Wolfenson* (Ley N° 28568), así llamado por la doctrina recaído en la STC Exp. N° 0019-2005-PV/TC. Caso Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República (demandantes) c. Congreso de la República (demandado). Veamos el FJ 5:

5.- (...) En tal sentido, la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultractivos), la declaración de inconstitucionalidad “aniquila” todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 83° del Código Procesal Constitucional).

2.5.2.- ¿Qué ocurre si la disposición que fue interpretada por el PV, es posteriormente derogada, ello implica que el PV, quede sin efecto?

La respuesta a la pregunta está en conexión con el argumento brindado para la pregunta anterior, si la disposición que fue interpretada por el PV, es posteriormente derogada, ello no implica que el PV, quede sin efecto porque el único ente legitimado para hacer revocar y por ende hacer perder eficacia a un PV, es el TC, por ello no han perdido o han quedado sin efecto los siguientes PV:

Por ejemplo el PV recaído en la STC. Exp. N° 3771-2004-HC/TC. Caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón, está sobre la base del Decreto Legislativo N° 638. El cual ha puesto en vigencia algunos artículos del Código Procesal Penal, sin embargo en algunos distritos judiciales ya no se aplica dicho decreto, lo que se aplica es el actual Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957.

³⁴⁷ [355] Algunos autores han sostenido un criterio, diferente: la ley nueva se aplica inmediatamente, salvo que la ley anterior sea más favorable; entre estos es de citar: SEEGER, 1962, p. 82 ss.; GABBA, 1891, p. 336 ss.; ROUBIER llega a la misma conclusión partiendo de su “teoría de la situación jurídica” y negando validez a la presunción de la superioridad de la nueva ley, afirmada por los autores antes citados. Por último LEVASSEUR, 1971, p. 192 ss., afirma lo mismo que los defensores de la concepción clásica; pero parte de la “teoría de la situación jurídica” de ROUBIER, y no por la sentencia, como sostenía ROUBIER. Los defensores de la escuela positivista italiana defendieron la retroactividad de la ley penal por razones de defensa social. Cfr. FLORIAN, T. L p. 201 ss. Para una más amplia visión de la evolución de la doctrina. consultar: JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 612 ss.; MERLE-VITU, 1997. p. 264 ss. Citado por HURTADO POZO, José. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 296.

Otros ejemplos paradigmáticos los podemos encontrar en la actual coyuntura, a la fecha sabemos que el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM, en adelante), ha sido desactivado y será reemplazado por la Junta Nacional de Justicia, en consecuencia cabe preguntarse si los PV, sobre el derecho a la motivación de las decisiones del CNM, sobre el proceso de ratificación en el cargo de magistrados a cargo del CNM, han quedado sin efecto, la respuesta es no, prueba de ello es que los siguientes PV, no han sido dejados sin efecto por el TC:

STC. Exp. N° 3361-2004-AA/TC. Caso Jaime Amado Álvarez Guillén (Ratificación de magistrados. Tutela procesal efectiva).

STC. Exp. N° 1333-2006-PA/TC. Caso Jacobo Romero Quispe (Ratificación de magistrados - reingreso a la carrera judicial).

STC. Exp. N° 01412-2007-PA/TC. Caso Juan de Dios Lara Contreras.

Finalmente otro ejemplo que podemos proponer es STC. Exp. N° 06423-2007-PHC/TC. Caso Ali Guillermo Ruiz Dianderas. El cual se dio sobre la base del plazo máximo de la duración de una detención era de 24 horas, sin embargo dicha ley se modificó (es una especie de derogación) y el plazo se ha extendido a 48 horas, sin embargo ello no implica que el PV, haya quedado sin efecto. A continuación citamos la disposición constitucional pertinente.

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de **cuarenta y ocho horas** o en el término de la distancia...³⁴⁸ (Resaltados nuestros).

2.5.3.- ¿Cómo se deja sin efecto un PV, opera de manera similar como se hace para una ley?

Como ya lo habíamos mencionado líneas arriba el PV, tiene presupuestos formales y materiales, nos remitimos a nuestros argumentos, en consecuencia para dejar sin efecto un PV, el órgano legitimado es el TC, para la ley es el legislador originario (congreso) o derivado (poder ejecutivo), el PV se revoca, la ley se deroga, pero ello no implica que pierda eficacia, pues solo pierde la vigencia en puridad si cabe la aplicación ultraactiva de la ley, sin embargo no cabe la aplicación ultraactiva de un PV, que haya sido revocado por el TC.

³⁴⁸ Literal f) modificado por el artículo único de la Ley N° 30558, publicada el 9 mayo 2017 en el diario oficial *El Peruano*.

2.5.4.- ¿Se puede producir una derogación tácita del PV, que sucede si el TC, comienza a tener una línea jurisprudencial incompatible con el PV, o por el contrario se requiere una declaración formal y expresa de la revocatoria del PV?

Para comenzar debemos argumentar que no se puede producir una derogación tácita del PV, pues si en el hipotético caso el TC, comience a tener una línea jurisprudencial incompatible con el anterior PV, cosa que a la fecha no se ha dado, a nuestro entender para que una nueva línea jurisprudencial tenga la posibilidad de dejar sin efecto un PV anterior, se entiende que dicho nuevo criterio debe tener la calidad de PV, el cual tiene como presupuesto formal que el TC, así lo declare tal como lo tiene previsto el art. VII del TP del CPConst.

Debemos agregar que la categoría de derogación tácita es propia de las leyes no de la jurisprudencia y mucho menos del PV, al respecto la doctrina expone: “En la derogación tácita no hay una manifestación explícita acerca de las normas que quedan derogadas, sino una de carácter implícito.

Así, habrá derogación tácita por la simple incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior, conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 1 referido. Este también contempla otra situación: cuando la materia de la ley anterior es íntegramente regulada por la nueva ley. Sin embargo, éste no es propiamente un caso de derogación tácita, sino de modificación total tácita, pues no se presenta simplemente un supuesto de supresión total de la norma sino también la sustitución completa de ella.

Por ello, es más propio considerar que la derogación tácita resulta solo de la existencia de una incompatibilidad absoluta entre la norma nueva y la antigua, que determina la supresión de ésta, sin mediar un pronunciamiento explícito en torno a su derogación.

Vinculado con el tema de la derogación tácita se encuentra el de la llamada derogación expresa genérica -en oposición a la específica, que supone la indicación precisa de las normas que resultan derogadas-.”³⁴⁹

2.5.5.- ¿Un PV sólo puede ser revocado por otro PV, o también puede ser revocado por una sentencia?

Si cabe el término la sentencia constitucional, materializada en un PV, o su jurisprudencia si se quiere tiene rangos, comenzando por el grado de vinculatoriedad el profesor Figueroa Gutarra expone: “No sería propio hacer referencia a un mecanismo de gradación, pero metodológicamente nos puede ayudar: la jurisprudencia constitucional ha de vincularnos en un grado de 1 sobre 3; la doctrina constitucional en un grado de 2 sobre 3, y el precedente vinculante, en un grado de 3 sobre 3. Notemos aquí solo un efecto de mayor vinculación, el

³⁴⁹ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Derogación de la ley. Comentarios al artículo 103° de la constitución*. Ob. Cit. Pág. 697.

cual se predetermina en función de frente a qué tipo de categoría interpretativa constitucional nos encontramos.”³⁵⁰

Tomando la idea que también es extrapolable si lo clasificamos por su grado de jerarquía, podemos concluir que sólo la sentencia con calidad de PV, puede dejar sin efecto otra sentencia con calidad de PV, y no así la Doctrina Jurisprudencial Vinculante o las sentencias de especie (sentencias simples), ha sentido contrario un PV, puede dejar sin efecto a la DJV y con mayor razón a las sentencias de especie.

Una pregunta vinculada a nuestra interrogante es la siguiente: “¿Considera que alguno de los anteriores precedentes del Tribunal Constitucional debería ser revisado? Un precedente tiene una vocación de permanencia, ya que a través de él se busca construir una seguridad jurídica sobre la predictibilidad ya establecida, pero también es cierto que no debemos estar atrapados por el contenido del precedente si este ya resulta incongruente para la situación que se estableció. ¿Puede ser revisado alguno de los anteriores precedentes? Le digo que sí, definitivamente sí, pues, no se trata de pronunciamientos pétreos y atemporales; todo lo contrario, responden a una necesidad de un momento, pero puede darse el caso que esa necesidad pueda haber sido superada, por tanto, estaríamos ante una posición judicial anacrónica frente a una realidad que ha cambiado e incluso que puede haber desbordado al propio precedente. En mi modo de ver es inevitable el cambio y tiene que darse, siempre y cuando se justifiquen en evidencias objetivas que los hechos y criterios sostenidos en un pasado ya no puede seguir aún vigente.”³⁵¹

La idea que se desprende de la cita que hemos transcrito es que el PV, debe ser revisado, se entiende dejado sin efecto por otro PV, la pregunta que surgiría es entonces ¿Por qué motivos el TC, estableció los presupuestos formales y materiales para la expedición de un PV? Si para dejarlo sin efecto bastaría con dejarlo sin efecto con una sentencia de especie, o con calidad de doctrina jurisprudencial vinculante, sería un total despropósito establecer presupuestos que no se van a cumplir y el respeto al PV, estaría desprotegido.

Por supuesto los PV, no son dogmas de fe, no son pétreos, si cambia la coyuntura se entiende que también deben cambiarse los PV, pero a través de las rutas, de las directrices preestablecidas por el TC, si recurrimos a lo que el profesor Peter Häberle denomina *La comparación jurídica como “quinto” método de interpretación y como comparación cultural*³⁵² nos preguntamos cuanto tiempo dura la vigencia de un PV, lustros, siglos. En nuestro ordenamiento jurídico duran años.

³⁵⁰ FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *Precedentes Vinculantes: ¿Consolidación normativa o restricciones a las facultades interpretativas de los jueces?* En: Gaceta Constitucional. Tomo 45 Septiembre 2011. Pág. 294.

³⁵¹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *El nuevo precedente no busca reducir la carga procesal, sino mejorar la tutela de derechos.* Entrevista a Ledesma Narváez, Marianella. Realizada por Pedro Salas Vázquez y Luis Zavaleta Revilla. En: TC Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica. Tomo 81. Septiembre 2014. Pág. 17.

³⁵² Vid. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. Ob. Cit. Pág. 153.

Al respecto la doctrina expone: “¿Precedentes Pétreos? El precedente no es “dogma de fe”, pero tampoco está para cambiarse todos los días. El precedente es el producto de consensos interpretativos sobre temas complejos, de interpretaciones dispares, frente a los cuales debemos tener alguna definición, pero no es la definición última. ¿Puede haber un cambio de precedente? Sí, pero no todas las situaciones que se plantean al Tribunal van a justificar pensar en ese cambio.

Si el precedente puede ser cambiado con el caso siguiente o con el caso inmediatamente posterior, entonces el precedente no sirve.

Lo que busca el precedente es establecer un cierto margen -no eterno- de interpretación. Entonces, ¿qué pasará? Algunos de estos casos que llegarán probablemente serán de naturaleza tal que podrá justificar el cambiar el precedente o por lo menos matizarlo.”³⁵³

2.5.6.- ¿Al PV se le puede exigir las mismas características de la ley, por ejemplo la publicidad?

Nuestra respuesta es positiva, el PV sólo deviene en exigible a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, para conocimiento de toda la ciudadanía en general, si bien es cierto el Artículo 109° de la constitución estipula: *La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.* Al respecto la doctrina expone: “En esta perspectiva, si en los hechos ocurre que una norma no ha sido publicada, debe considerarse inexistente porque todavía no ha ingresado en el ordenamiento jurídico. Ello lleva a enfrentarse al **sigilo legislativo**, consistente en la producción secreta de leyes o normas que no terminan en el estadio final de su publicación. Bien podría argumentarse que, por **razones de Estado**, determinadas leyes o normas reglamentarias no deben ser publicadas, pero sí aplicadas. Esta postura, en rigor, no se condice con la Norma Suprema.

Ante la eventual producción de normas secretas, estas radicalmente están impedidas de ser aplicadas, dado que ningún operador jurídico puede aplicar algo que todavía no existe, pues aunque el texto de la norma se haya consolidado en su fase casi final, se reputa inexistente en tanto no se haya publicado. Es más, la publicación, por ser un requisito de procedimiento legislativo impuesto en el artículo 109 de la Constitución y en el numeral 80 del Reglamento del Congreso, debe considerarse como un elemento de **validez** de la norma elaborada. Las infracciones de lo previsto en el ordenamiento acerca de la forma en que la publicación debe realizarse pueden constituir vicios capaces de provocar la invalidez y, por ende, la nulidad de la norma.”³⁵⁴

³⁵³ ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *Justificación y alcances del nuevo precedente del TC*. En: TC Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica. Tomo 81. Septiembre 2014. Pág. 23.

³⁵⁴ [4] Al respecto puede verse a BIGLINO CAMPOS, Paloma. La publicación como fase del procedimiento legislativo. En: “El procedimiento legislativo. V Jornadas de Derecho Parlamentario de enero de 1994”. W.AA. Congreso de los Diputados. pp. 539-550; de la misma autora: Publicidad de las normas. En: “Temas

Del análisis de la citada disposición no se puede colegir que esta sea aplicable a la jurisprudencia y con ella al PV, sin embargo la Corte Suprema, ha entendido que también es aplicable a la jurisprudencia, veamos al respecto:

Casación N° 1218-2016-Lima Norte. Desalojo por Ocupación Precaria.

Sumilla: El Cuarto Pleno Casatorio Civil es un precedente vinculante, emitido bajo los alcances del artículo 400 del Código Civil, siendo así, su fuerza vinculatoria se aplica desde el día siguiente de su publicación, conforme al artículo 109 de la Constitución Política del Estado.

Cuarto.- Asimismo, el recurrente denuncia la infracción normativa de **los artículos II, IV, VII del Título Preliminar del Código Civil, del Cuarto Pleno Casatorio Civil y de los artículos 103 y 109 de la Constitución Política del Estado**, normas que regulan el ejercicio abusivo del derecho, la aplicación analógica de la ley, el principio del “iura novit curia”, leyes especiales, retroactividad benigna y derogación de leyes y el momento desde el cual una ley es obligatoria, bajo el argumento que la sentencia de vista no ha percibido el principio de legalidad y contrariamente se han aplicado los alcances del Cuarto Pleno Casatorio, no obstante que fue publicado el trece de agosto de dos mil trece, mientras que las relaciones y situaciones jurídicas fueron suscitadas el treinta de mayo de dos mil once. Sobre tales puntos debe señalarse:

1.- El Cuarto Pleno Casatorio Civil es un precedente vinculante, emitido bajo los alcances del artículo 400 del Código Civil, siendo así, su fuerza vinculatoria se aplica desde el día siguiente de su publicación, conforme al artículo 109 de la Constitución Política del Estado, esto es, el quince de agosto de dos mil trece, en ese entender, siendo que las sentencias de grado son del treinta y uno de enero de dos mil catorce y catorce de agosto de dos mil quince, los jueces se encontraban obligados a la observancia de las disposiciones del citado precedente vinculante.

En cambio a nivel legal, sí lo menciona como regla aplicable para la obligatoriedad de la jurisprudencia del TC, traemos a colación el artículo 81° del CPConst. *Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación. (...)*

Al respecto al doctrina comentando el Proceso de Acción Popular, proceso de control abstracto expone: “Esto tiene importancia porque los efectos

Básicos de Derecho Constitucional”. Tomo 1, Manuel Aragón Reyes (coordinador). Civitas, Madrid, 2001, pp. 274-275. Citado por ETO CRUZ, Gerardo. *Publicación y vigencia de la ley. Comentarios al artículo 109° de la constitución*. En: Gutiérrez, Walter. (Director). La constitución comentada. Tomo II. Análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica S.A. Segunda edición. Enero 2013. Pág. 820.

generales que produce la sentencia fundada en un proceso de acción popular se dan desde el día siguiente de su publicación, como se menciona en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional⁽²⁾, vinculando a todos los poderes públicos.

En ese sentido, la sentencia que declara ilegal o inconstitucional una norma en un proceso de acción popular y, en consecuencia, la expulsa del ordenamiento jurídico, no podría implementarse con la sola emisión de la sentencia o la notificación de esta a las partes, porque tendría que ser publicada. Razón por la cual, podría entenderse que durante el tiempo que pase entre la notificación y la publicación, la norma aún tendría efectos.

Este detalle es importante porque el tiempo que pasa entre la emisión, la notificación y la publicación de las sentencias de la Corte Suprema en materia de acción popular, no suele ser el más breve. Este punto no tiene mayor trascendencia cuando la sentencia declara infundada la demanda pero, como vemos, sí es de importancia cuando se declara la inconstitucionalidad o ilegalidad de una disposición.”³⁵⁵

Ya hemos demostrado que al PV sí se le puede exigir los mismos presupuestos de exigibilidad de la ley, uno de ellos por ejemplo la publicidad, y es tal dicha característica, que el PV o la jurisprudencia del TC, también comparten otra característica similar de la ley, por ejemplo cuando la propia ley difiere su entrada en vigor por determinado tiempo, lo mismo ocurre con una tipología de sentencias denominadas manipulativas - interpretativas también denominadas normativas, específicamente con las sentencias Exhortativas, a continuación propones ejemplos de *vacatio legis* y *vacatio sententiae*.

Un ejemplo interesante de *vacatio legis* constituye el CPConst, (ley 28237) “La ley 28237 fue publicada en el diario oficial “*El Peruano*” el lunes 31 de mayo del 2004. De conformidad con la Segunda Disposición Transitoria y Derogatoria, el Código Procesal Constitucional entrará en vigencia dentro de seis meses contados a partir de la fecha de su publicación.”³⁵⁶ Finalmente el CPConst., entró en vigencia el 01 de diciembre del 2004. Al respecto la jurisprudencia recaída en la Resolución del Tribunal Constitucional (RTC, en adelante). Exp. N° 02982-2007-PA/TC. Caso Banco Internacional del Perú - Interbank. FJ. 8 expuso:

8. Que siguiendo este criterio, a partir del 1 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, todo justiciable debía registrarse por este nuevo cuerpo normativo, esencialmente en el caso de que se pretendiese interponer una demanda de amparo. Ello significa que la norma vigente al momento de interponer la demanda, 28 de diciembre de 2004, era el artículo 44° del Código Procesal Constitucional y no el derogado artículo 37°

³⁵⁵ TAMAYO YAÑEZ, Sergio. *Sentencia. Comentarios al Artículo 96° del Código Procesal Constitucional*. En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo II. Primera Edición. Diciembre 2015. Pág. 254.

³⁵⁶ Código Procesal Constitucional. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/research/Peru-Codigo%20Procesal%20Constitucional.pdf> fecha de consulta 04/04/19.

de la Ley N° 23506. Es necesario resaltar que el Código Procesal Constitucional dispuso una *vacatio legis* de seis meses para su adecuado funcionamiento con el objetivo que los operadores del Código, sobre todo los jueces y abogados, lo conozcan y entiendan sus alcances.

Un ejemplo interesante de *vacatio sententiae*, en virtud del cual el TC difiere los efectos de la sentencia por múltiples causas, una de ellos puede ser a fin de no causar efectos perniciosos, piénsese una circunstancia donde el TC decide dejar sin efecto gran parte de un Código vía proceso de Inconstitucionalidad, los efectos que se causarían serían más perjudiciales, por ejemplo para aquellos procesos que se encuentran en trámite, a fin de no causar más perjuicio que beneficios se difieren los efectos de la sentencia recurriendo a la *vacatio sententiae*, veamos un ejemplo STC. Exp. N° 00005-2007-P/TC. Caso del Colegio de Abogados de Lambayeque contra el Congreso de la República. (*Síntesis*: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque contra la Ley N.° 28934, que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual Justicia Militar Policial.) ff 47 a 50:

§6. La *vacatio sententiae* y la importancia de diferir los efectos de las sentencias en determinados casos.

47. En cuanto a los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, cabe mencionar que el artículo 204° de la Constitución establece que: “La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”.

48. Como lo ha sostenido este Colegiado en el Expediente N.º 00004-2006-P/TC, FJ 174, más allá de su distinta valoración, la potestad de los Tribunales o Cortes Constitucionales de diferir los efectos de sus sentencias de acuerdo a la naturaleza de los casos que son sometidos a su conocimiento, constituye en la actualidad un elemento de vital importancia en el Estado Constitucional, pues se difiere con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, tendiéndose a aplazar o suspender los efectos de esta.

49. Ello, sin lugar a duda, no implica una total discrecionalidad o arbitrario accionar por parte del Tribunal Constitucional, sino todo lo contrario. Como sostiene Zagrebelsky, esta potestad de diferir los efectos de sus decisiones, “empleada con prudencia y, al mismo tiempo, con firmeza por parte de la Corte Constitucional, sería una demostración de un poder responsable y consciente de las consecuencias”. “[E]l orden y la gradualidad en la transformación del derecho son exigencias de relevancia, no simplemente de hecho, sino constitucional”. Es por ello que “La Corte no puede desinteresarse de los efectos de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, cuando éstos pueden determinar consecuencias que trastornen aquel orden

y aquella gradualidad. En tales casos ella no puede observar pura y simplemente -es decir, ciegamente- la eliminación de la ley inconstitucional, tanto para el pasado como para el futuro. La ética de la responsabilidad exige esta atención” [ZAGREBELSKY, Gustavo. “Il controllo da parte della Corte Costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d’incostituzionalità: possibilità e limiti”. En: *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 a 24 novembre 1988*. Giuffré, Milano, 1989. pp.195 y 198].

50. Asimismo, Franco Modugno ha sostenido que circunscribir los efectos “naturales” de los pronunciamientos de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional constituye una necesidad que deriva de su rol institucional: “*eliminar las leyes inconstitucionales del ordenamiento, pero sin producir situaciones de mayor inconstitucionalidad*, sin que los resultados de su juicio sean todavía más perjudiciales para el ordenamiento. Toda la historia de las sentencias interpretativas, desestimatorias y estimatorias, de las manipulativas, aditivas o sustitutivas, está allí para demostrarlo. El *horror vacui*, el temor a la laguna, a menudo es justificado por la advertencia que el *posterius* puede resultar más inconstitucional que el *prius*. El temor a la laguna acude, por tanto, a valores constitucionales imprescindibles. No obstante, sin querer renunciar, por otra parte, a la declaración de inconstitucionalidad, un remedio a veces eficaz, en determinadas circunstancias, puede ser aquel de la limitación de sus efectos temporales”. [MODUGNO, Franco. “Considerazione sul tema”. En: *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 a 24 novembre 1988*. Giuffré, Milano, 1989. p. 15.]

Con relación a la *vacatio sententiae*, la doctrina expone: “Tomando en cuenta algunos de los casos del Tribunal Constitucional, seguidamente plantearemos un problema relacionado con los efectos temporales de la sentencia -básicamente cuando el Tribunal establece una *vacatio sententiae* en la que el Legislador no atiende la exhortación librada a éste-, el mismo que encierra otro problema de graves consecuencias como es la efectividad de la justicia constitucional y consecuentemente el de la fuerza normativa de la Constitución.”³⁵⁷

Según la doctrina nacional “De este modo, las exhortaciones que incorporan directivas o principios, vienen a delimitar los márgenes del legislador que con posterioridad deberá cubrir los defectos o vacíos advertidos por el Tribunal. Los problemas para al “ejecución” de este tipo de sentencias, suponen en todo caso, una cultura de respeto mutuo a las competencias constitucionales de cada órgano, puesto que siempre será fácticamente posible que el legislador,

³⁵⁷ ADRIAN CORIPUNA, B. Javier. *Los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad*. En: Eto Cruz, Gerardo (Coordinador) *La sentencia Constitucional en el Perú*. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2010. Lima 2010. Págs. 246-247.

pese a las advertencias hechas por el Tribunal no las observe e incluso, luego de declarada inconstitucional determinada Ley, éste vuelva a expedir una ley en sentido parecido o similar, por lo que el Tribunal volverá a declararla inconstitucional entrando en una especie de *ping pong* en el juego de roles que corresponde a cada órgano.³⁵⁸ (Subrayados nuestros)

Cabe mencionar que “El Congreso desatiende la mayoría de las exhortaciones del TC para que legisle sobre temas concretos. Una prueba palmaria que evidencia que el TC no está invadiendo las competencias legislativas del Congreso de la República son las dieciocho solicitudes que ha formulado al Congreso -por medio de sentencias exhortativas- para que legisle sobre materias específicas. Sin embargo, el mismo Congreso que se queja de que invaden sus facultades legislativas, solo ha sido capaz de atender dos. En relación con los dieciséis restantes, en un caso el Congreso lo ha hecho de manera parcial e incompleta, y en otro simplemente se ha apartado de los lineamientos vinculantes establecidos por el TC... La primera ocasión en la que el Congreso ha atendido la sentencia exhortativa del TC es la que se refiere a la reforma de la legislación sobre terrorismo (expediente 010-2002-AI/TC). En este caso el Congreso delegó facultades al Ejecutivo mediante la ley 27913, lo que dio pie a la promulgación de los decretos legislativos 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927; posteriormente, el propio Congreso expidió la ley 28039. El otro caso en el que el Congreso atendió el pedido fue aquel en el que exhortó a los poderes públicos para que dicten las disposiciones legales de naturaleza económica a favor de las Fuerzas Armadas (expediente N° 0017-2003-AI/TC). El Congreso respondió a este pedido mediante la ley 28455, que creó el fondo para el equipamiento de esta institución.

Al lado de estos dos casos están dieciséis sentencias del TC que, en los hechos, han sido desoídas por el Congreso. En relación con los dos casos en los que se cumple parcialmente, tenemos en primer lugar la sentencia recaída en el expediente 0023-2003-AI/TC, sobre reforma de la legislación en materia militar. En aquella oportunidad la sentencia le dio un plazo no mayor de doce meses para que se adecue la legislación militar a los parámetros establecidos en ella. Así las cosas, mediante la ley 28636 el Congreso delegó facultades al Ejecutivo para que dicte el Código de Justicia Militar, y posteriormente expidió la ley 28665, que aprobó la ley de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial. En este caso, hay que anotar que el Congreso se ha apartado de los lineamientos de la sentencia del TC, lo que ha motivado que la Fiscal de la Nación inicie un proceso de inconstitucionalidad, y que otros órganos como el Poder Judicial y el Consejo

³⁵⁸ Esto ha sucedido en el caso peruano con la sentencia sobre la regulación de la Justicia Militar. Lamentablemente el propio Tribunal, con una nueva composición, ha venido a convalidar una clara manifestación de desacato a sus sentencias, al declarar infundada una nueva la demanda contra la ley de Justicia Militar que reproducía, en esencia, los mismos contenidos inconstitucionales que había sido previamente declarados así por el TC (STC N° 001-2009-PI). Un análisis crítico de esta decisión puede verse en, Torres Zúñiga, Natalia, “Sentencia sobre justicia militar: cambio de línea jurisprudencial ¿varios pasos hacia tras?”, en *Gaceta Constitucional*, tomo 25, enero de 2010, p.53” Citado por GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *La Ejecución de la Sentencia Constitucional*. En: Eto Cruz, Gerardo (Coordinador) *La sentencia Constitucional en el Perú*. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2010. Lima 2010. Págs. 91-92.

Nacional de la Magistratura se nieguen a acatar esta norma hasta que el TC se pronuncie.³⁵⁹ Esta conducta viola el artículo VII del Código Procesal Constitucional, que señala con claridad que las sentencias del TC son vinculantes.”³⁶⁰

Con relación al cumplimiento de las sentencias exhortativas el ex magistrado del TC, Eto Cruz Expone: (...) “Y es así como una sentencia del Tribunal Constitucional puede convertir una orden al legislador que aparece poco clara o evidente en la Constitución, en un mandato concreto, directo y perfectamente exigible a su destinatario. En efecto, bien sea a través de los métodos específicos de interpretación constitucional (fuerza normativa de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora, principio de unidad) o del juicio de ponderación (subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad), el criterio interpretativo que deriva de una sentencia constitucional se convierte, él mismo, en derecho de rango constitucional aunque, claro está, sujeto siempre al carácter dinámico que singulariza a este ejercicio hermenéutico.”³⁶¹

Finalmente en una sentencia la STC Exp. N° 0019-2005-P/TC. Caso Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República (demandantes) c. Congreso de la República (demandado). Caso de la ley *Wolfenson* (Ley N° 28568), que no constituye PV, pero nos muestra una lectura distinta sobre la publicación y eficacia de las resoluciones del TC, incluso antes de ser publicada en el diario oficial *El Peruano*... “[14] Un ejemplo de ello puede verse en la STC Exp. N° 0019-2005-P/TC, en el último párrafo del segundo punto de su parte resolutive cuando sostiene que: “Precísese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los fundamentos 62 y 63 *supra*, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano*, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada.”³⁶²

³⁵⁹ [Nota] “Al momento de elaborar este documento, el TC no se había pronunciado sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Fiscal de la Nación.” Anotación de RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Guía del litigio constitucional en defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Para activistas de Derechos Humanos*. Primera Edición. Lima. Noviembre de 2013. Págs. 306-307. Disponible en: <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Sgia%20del%20litigio%20institucional.pdf> (Fecha de consulta 04/04/19).

³⁶⁰ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Guía del litigio constitucional en defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Para activistas de Derechos Humanos*. Ob. Cit. Págs. 306-307.

³⁶¹ ETO CRUZ, Gerardo. *El incumplimiento de las sentencias exhortativas vinculantes del Tribunal Constitucional como una modalidad de inconstitucionalidad por omisión de configuración jurisprudencial*. En: Eto Cruz, Gerardo. (Coordinador). *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*. Tomo II. Centro de Estudios Constitucionales. Primera Edición. Lima. Junio 2014. Pág. 516.

³⁶² Pie de página número catorce extraído de MARTÍNEZ MORÓN, Alan César. *La técnica del overruling y los cambios de precedente: Lo que el Tribunal Constitucional no dijo. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 1412-2007-PA/TC*. En: *Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica*. Tomo 186. Mayo 2009. Pág. 224.

Una lectura distinta tiene la doctrina, fundamentos que compartimos plenamente: “Como manifestación de la seguridad jurídica, el principio de publicidad de las leyes tiene por objeto que los ciudadanos conozcan las disposiciones normativas que están obligados a cumplir. La publicidad de las normas jurídicas constituye uno de los pilares del Estado de Derecho, porque busca que todas las personas puedan ejercer y defender sus derechos con pleno conocimiento de ellas. El principio de publicidad impone una presunción, y es que asume que desde el día siguiente en que las normas jurídicas son publicadas son conocidas por todos; ergo, nadie puede alegar el desconocimiento de ellas.

De un modo parecido y con similares efectos al de la publicidad de las leyes, la publicidad de las sentencias tiene por objeto, por un lado, poner en conocimiento de todos los ciudadanos las decisiones jurisdiccionales con relación a determinados conflictos y controversias jurídicas y, por otro lado, los pronunciamientos y criterios vinculantes contenidos en las llamadas sentencias normativas.”³⁶³

La mismo argumento que se predica para el precedente judicial puede ser extrapolado al PV: “Al inspirar principios jurisprudenciales o fijar criterios vinculantes, la publicación de las sentencias en casación expedidas por la Corte Suprema de Justicia de la República es de trascendental importancia, pues solo conociendo cuáles son ellos es que se podrá lograr la uniformidad jurisprudencial y, de ser el caso, erradicar las malas interpretaciones normativas y jurisprudenciales, pues se garantizaría una equidad procesal.”³⁶⁴

2.5.7.- ¿Qué ocurre si existen dos PV, que son incompatibles entre sí, se aplican el criterio cronológico, de especialidad y de jerarquía?

La pregunta planteada está en base a la presencia de una Antinomia la cual se produce “cuando el sistema imputa consecuencias jurídicas distintas a un mismo supuesto de hecho estamos frente a una antinomia (...)”³⁶⁵ Es decir dos disposiciones que regulan los mismos supuestos de hechos, y las mismas contienen consecuencias contrapuestas, cuando ello se produce la doctrina recurre a los criterios clásicos para resolver las antinomias nos referimos a los criterios cronológicos, de especialidad y de jerarquía.

Al respecto la doctrina: “Las antinomias pueden encontrarse en todo el ordenamiento jurídico, vale decir entre normas provenientes de leyes y otras normas infraconstitucionales, así como de aquellas provenientes de la propia Constitución. Siendo entonces esta la realidad del sistema jurídico y no su

³⁶³ ÁVALOS JARA, Oxal Víctor. *Principales aspectos del recurso de casación según la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. En: Achulli Espinoza, Maribel. Huamán Estrada, Elmer. (Coordinadores). Estudios sobre los medios impugnatorios en los procesos laborales y constitucionales. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Noviembre 2011. Pág. 198.

³⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 199.

³⁶⁵ MONTAÑA PINTO, Juan, (Editor). *Apuntes de derecho procesal constitucional: aspectos generales*. Tomo 1. Primera reimpresión. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición. (Versión Digital). 2012. Pág. 153.

excepción. Lo importante entonces es entrar a revisar los criterios de solución. Como ya habíamos dicho en la tradición jurídica existen una serie de parámetros mediante los cuales la doctrina y la práctica jurisprudencial han dado respuesta a este problema. Entre los parámetros más importantes tenemos: el jerárquico, el de competencia, el cronológico y el de especialidad.”³⁶⁶ (Resaltados nuestros).

En la misma línea el TC, ha expuesto que las antinomias se suscitan cuando estamos frente a un conflicto normativo, veamos el FJ 51 de la STC Exp. N° 047-2004-A/TC. Caso José Claver Nina-Quispe Hernández.

51. Lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo; es decir, la acreditación de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto prescriben soluciones incompatibles entre sí, de forma tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas implica la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas normas resulta imposible.

Como puede colegirse, la coherencia se afecta por la aparición de las denominadas antinomias. Estas se generan por la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento. Allí, se cautela la existencia de dos o más normas afectadas por el “síndrome de incompatibilidad” entre sí.

La existencia de la antinomia se acredita en función de los tres presupuestos siguientes:

- Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan a un mismo ordenamiento; o que se encuentren adscritas a órdenes distintos, pero, sujetas a relaciones de coordinación o subordinación (como el caso de una norma nacional y un precepto emanado del derecho internacional público).

- Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad tengan el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal o material).

El ámbito temporal se refiere al lapso dentro del cual se encuentran vigentes las normas.

El ámbito espacial se refiere al territorio dentro del cual rigen las normas (local, regional, nacional o supranacional).

El ámbito personal se refiere a los *status*, roles y situaciones jurídicas que las normas asignan a los individuos. Tales los casos de nacionales o extranjeros; ciudadanos y pobladores del Estado; civiles y militares; funcionarios, servidores, usuarios, consumidores, vecinos; etc.

El ámbito material se refiere a la conducta descrita como exigible al destinatario de la norma.

- Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan, en principio, a la misma categoría normativa; es decir, tengan homóloga equivalencia jerárquica.

³⁶⁶ MONTAÑA PINTO, Juan, (Editor). *Apuntes de derecho procesal constitucional: aspectos generales*. Tomo 1. Primera reimpression. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición. (Versión Digital). 2012. Pág. 154.

Como expresión de lo expuesto puede definirse la antinomia como aquella situación en que dos normas pertenecientes al mismo ordenamiento y con la misma jerarquía normativa son incompatibles entre sí, por tener el mismo ámbito de validez.

A nuestro turno creemos que una adecuada técnica sería argumentar que en puridad se trata de un conflicto entre dos o más disposiciones, y no de normas, por cuanto si recurrimos a la ya conocida diferencia la disposición es el texto y la norma es el producto interpretativo, es decir son las interpretaciones que se desprenden de las disposiciones, como podemos reparar ni la doctrina, ni la jurisprudencia -al menos la jurisprudencia constitucional- mencionan que se puede producir un supuesto de antinomia jurisprudencial y con ello una antinomia entre dos o más PV, que de ser posible -supuesto que descartamos- recién se puede acudir a la aplicación de los criterios cronológicos, de especialidad y jerarquía.

Pero hemos dicho que descartamos tal posibilidad por cuanto para responder la pregunta ¿Qué ocurre si existen dos PV, que son incompatibles entre sí, se aplican el criterio cronológico, de especialidad y de jerarquía? A la fecha no se ha reportado que dos PV, sean incompatibles entre sí, sin embargo si esta situación se llegara a dar consideramos que estamos ante un *'Overruling'* y no cabría aplicar los tres criterios para resolver antinomias, porque en primer lugar los PV, no son normas, mucho menos son leyes, por cuanto estas son de origen político, de naturaleza abstracta, y con alcances generales dependiendo del tipo y rango que ostenten, en segundo lugar no podríamos utilizar el criterio de especialidad, por cuanto el PV, sólo lo expide el TC, como supremo intérprete, y si bien es cierto tenemos una Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema sus Precedentes Judiciales Constitucionales -se entiende en materia constitucional- está sujeta a la condición que no colisione con la jurisprudencia del TC, pero no es que en estos supuestos apliquemos el criterio de especialidad para que el operador decida que pronunciamiento sigue el del TC o del PJ, tal argumento no es de recibo, en tercer lugar no cabe aplicar el criterio de jerarquía por el que el PV, sólo lo emite el TC, y no tiene un superior jerárquico cuyos pronunciamientos le obliguen a tomar en cuenta su jurisprudencia, a lo que acabamos de mencionar se podría contraponer el argumento que el TC está obligado vía control de convencionalidad a seguir los lineamientos de la Corte IDH o de organismo supranacionales, sin embargo lo que debemos aclarar es que entre el TC, como por órgano de cierre de la jurisdicción interna, mantiene una relación de coordinación o de diálogo con los organismos supranacionales de los que el Perú se ha sometido a su jurisdicción contenciosa, en conclusión el criterio que prima no está en función a la jerarquía sino a quien protege mejor el derecho sometido a controversia, en conclusión la interpretación más tuitiva más beneficiosa para el derecho controvertido, es la que primará.

Con relación a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, la doctrina expone: "Todas las sentencias que emite la Corte IDH vinculan a los órganos jurisdiccionales de los ordenamientos internos, porque contienen las interpretaciones que realiza la Corte IDH acerca de la Convención Americana y de los tratados del Sistema Interamericano. Además, una vez emitidas gozan de

la fuerza de la cosa juzgada de las decisiones y deben ser cumplidas en el Estado Parte declarado responsable, sin perjuicio de que los criterios interpretativos que fija en cada pronunciamiento, deben ser cumplidos en los ordenamientos internos de cada Estado Parte de la Convención Americana.”³⁶⁷

“En el fundamento 124 [la autora se refiere al *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, de fecha 26 de septiembre de 2006,], sostiene que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de sus disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. **El Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana**, para lo cual debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana como su intérprete última.”³⁶⁸

“El control de convencionalidad viene siendo utilizado por los Estados Partes o los representantes de las víctimas, alegando que en el orden interno se ha ejercido el control de convencionalidad o se ha violado el deber de control de convencionalidad.

Un ejemplo lo constituye la alegación efectuada por los representantes de las víctimas del *Caso Barrios Altos vs. Perú*, quienes alegaron la **violación del deber de control de convencionalidad**, por parte de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, al emitir la Ejecutoria Suprema de fecha 20 de julio de 2012 (RN N° 4104-2010), desconociendo la validez jurídica de aquellos hechos que habían sido propuestos, analizados y probados ante la Corte Interamericana en el citado caso.”³⁶⁹

(...) **Cuarta.** La fundamentación o *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte IDH dictadas en aquellos casos en los que el Estado peruano no ha sido parte en el proceso, resulta vinculante para todo poder público nacional, en el que se incluye a los Jueces y Tribunal Constitucional, conforme a su jurisprudencia.”³⁷⁰

³⁶⁷ CASTAÑEDA OTSU, Susana Inés. *La corte interamericana y el control de convencionalidad*. En: V congreso nacional de derecho procesal constitucional. A diez años de la vigencia del Código procesal constitucional. Arequipa - Perú. Del 30 de octubre al 01 de noviembre 2014. ADRUS D & L Editores SAC. Primera Edición Octubre 2014. Pág. 291.

³⁶⁸ Ibídem. Pág. 293.

³⁶⁹ [17] *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 7 de septiembre 2012, párr. 9. Citado por CASTAÑEDA OTSU, Susana Inés. *La corte interamericana y el control de convencionalidad*. Ob. Cit. Pág. 297.

³⁷⁰ Sentencia del Exp. N° 2730-2006-PA/TC, del 21 de julio de 2006. Citado por CASTAÑEDA OTSU, Susana Inés. *La corte interamericana y el control de convencionalidad*. En: V congreso nacional de derecho procesal constitucional. A diez años de la vigencia del Código procesal constitucional. Arequipa - Perú. Del 30 de octubre al 01 de noviembre 2014. ADRUS D & L Editores SAC. Primera Edición Octubre 2014. Pág. 300.

A nuestro turno volvemos a remarcar que las antinomias se producen entre dos o más disposiciones, traemos a colación la STC. Exp. N° 007-2002-AI/TC. Caso de la Municipalidad Metropolitana de Lima. FJ 3.

“3.Sobre el particular, es conveniente precisar que a través de la acción de inconstitucionalidad, este Tribunal evalúa si una ley o una norma con rango de ley transgrede, por la forma o por el fondo, la Norma Suprema. Se trata, en principio, de un juicio abstracto respecto a dos normas de diversa jerarquía. Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro, en la medida que es la *Lex Legum*; y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control.

La inconstitucionalidad de una ley, *prima facie*, se genera por la incompatibilidad entre las fuentes legales sometidas a control, y la Constitución, y no porque una de ellas colisione, viole o transgreda a otra de su misma jerarquía. Y es que no se presenta un problema de validez constitucional cada vez que se produce la colisión de dos normas del mismo rango, sino un típico problema de antinomia, resoluble conforme a las técnicas que existen en nuestro ordenamiento jurídico (v.g. “ley especial deroga ley general”, “ley posterior deroga ley anterior”, etc.).

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional considera que en una acción de inconstitucionalidad es absolutamente intrascendente que una ley determinada colisione contra otra ley u otra norma de su mismo rango, pues de allí no se deriva la invalidez constitucional de la ley colisionante. Menos, por supuesto, que la colisión se presente, concurrente o alternativamente, con una norma de rango infralegal, como puede ser el caso de un decreto supremo, en cuyo caso la fuerza pasiva de la norma con rango legal simplemente expulsa del ordenamiento a la de menor jerarquía. Por ello, si uno de los argumentos para que se declare inconstitucional la ley impugnada era por su colisión con la Ley N.° 27157 y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.° 008-2000-MTC, tal debe ser desestimado de plano.”

La Corte Suprema entiende que las antinomias se producen entre dos disposiciones en la siguiente jurisprudencia:

Extradición Pasiva N° 23-2016-Lima. Caso Manuel Burga. Expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Sumilla: La demanda de extradición pasiva requiere que el hecho por el cual se reclama a un procesado, constituya delito tanto en el Estado requiriente como en el Estado requerido. Además, se requiere entre otros requisitos, de la exposición de los hechos delictivos y la historia procesal del caso. En caso de presentarse antinomias entre un Tratado y la ley interna de los Estados, prima el Tratado.

Sin embargo de manera desconcertante creemos, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema posteriormente ha llegado a sostener que sí cabe la antinomia jurisprudencial, citamos los siguientes casos:

Casación N° 1672-2017-Puno. Expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Sumilla: Artículo 22° del Código Penal, minoría relativa de edad. Antinomia jurisprudencial. 1. El principio de igualdad, reconocido por el artículo 2, numeral 2, de la Constitución Nacional, **(i)** es un derecho subjetivo de las personas a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetar y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas. Esta cláusula general, empero, **(ii)** permite incorporar un elemento diferenciador de relevancia jurídica en tanto en cuanto se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, y que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. Como el principio de igualdad tiene, además, un carácter relacional, **(iii)** es necesario, de un lado, que el precepto cuestionado introduzca directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sea, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. 2. La antinomia existente entre la Sentencia de la Sala Constitucional y Social Permanente de y el Acuerdo Plenario 4-2016/C1J-116, publicado el, debe resolverse en función a tres criterios: **(i)** especialidad -criterio cualitativo vinculado a la rama del Derecho en la que se inserta el precepto legal examinado-, **(ii)** momento de expedición de las sentencias o resoluciones del Tribunal Supremo en oposición -criterio de temporalidad-, y **(iii)** técnica de resolución de conflictos normativos en el Derecho penal -regla jurídica específica, propia del Derecho penal-.

Casación N° 250-2018-Ucayali. Expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Sumilla: Antinomia jurisprudencial. Se reitera la doctrina jurisprudencial recaída en la causa número 1672-2017, Puno y enfatiza la primacía del Acuerdo Plenario número 4-2016/CJ-116.

Fundamento Destacado: 2. Si bien es verdad que la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia emitió varias sentencias en vía de consulta, entre ellas la recaída en la Consulta número 19578-2016/El Santa, de nueve de febrero de dos mil diecisiete, en sentido contrario, las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia prohirieron el Acuerdo Plenario de las Salas de lo Penal de este Supremo Tribunal número 4-2016/CJ-116, publicado el diecisiete de octubre de dos mil diecisiete, esta antinomia jurídica debe resolverse en función a tres criterios: (i) especialidad -criterio

cualitativo vinculado a la rama del Derecho en la que se inserta el precepto legal examinado-; (ii) momento de expedición de las sentencias del Tribunal Supremo en oposición -criterio de temporalidad-; y, (iii) técnica de resolución de conflictos normativos, específicos del Derecho Penal, en el que se ubica el precepto examinado -regla jurídica específica, propia del Derecho penal-.

Dijimos que de manera desconcertante que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha admitido el supuesto de la Antinomia Jurisprudencial, lo cual nos lleva a pensar que le está dando el mismo tratamiento que las disposiciones (leyes), por lo tanto se entiende admite los criterios de Cronología, especialidad y jerarquía para resolver antinomias, nos preguntamos entonces ¿Cómo aplica la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el criterio de Jerarquía si la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema tiene otra lectura jurisprudencial? Nos autoplanteamos esa pregunta porque la jurisprudencia está tomando elementos que son propios de la ley, pero en el hipotético caso que ello fuera correcto, entonces ¿cabría la aplicación retroactiva de la jurisprudencia, porque si se admite la antinomia jurisprudencial que es propia de las disposiciones (leyes), entonces se admite la aplicación retroactiva de la jurisprudencia más favorable (art. 6° del CP) verdad?

Y la mismísima **Sala Penal Permanente de la Corte Suprema**, se pronunció y estableció que no es posible la aplicación retroactiva de la jurisprudencia más favorable, porque no es una ley, esto si es preocupante porque si admite la antinomia, pero no la aplicación retroactiva más favorable, lo cual es preocupante, porque la Corte Suprema en lo penal, no es coherente con sus postulados, entonces la lógica nos dice que algo está mal, pero que está mal, para nosotros, está mal la posibilidad de antinomia jurisprudencial. Para graficar nuestros argumentos citamos dos precedentes judiciales vinculantes de antaño -nos referimos a los Recursos de Nulidad- y la tercera que es la Casación, la cual ha ratificado los pronunciamientos anteriores.

R.N. N° 1500-2006-Piura. Expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Quinto: Que el artículo ciento treinta y nueve, inciso trece, de la Constitución Política, reconoce la garantía de la cosa juzgada, en cuya virtud emitida sentencia firme ésta no puede ser alterada o modificada, salvo los supuestos más favorables - véase el inciso once del citado numeral constitucional - referidas a modificaciones normativas más favorables Ex post facto, conforme al artículo seis del Código Penal; que, en el presente caso, no se trata de un supuesto de cambio legal ex post facto, sino de una solicitud instada mucho después que la sentencia condenatoria quedó firme - en sede de ejecución procesal- en el proceso penal declaratorio de condena- ; que es de precisar, lo que es de opinión mayoritaria en la doctrina penalista, que el cambio jurisprudencial no es un cambio normativo [ni siquiera lo establecido en la jurisprudencia vinculante antes mencionada puede calificarse de un cambio en la jurisprudencia precedente, pues sólo se trata de una precisión de los alcances de una concreta figura delictiva], menos aún en el ámbito del Derecho

Penal que tiene como principio rector la reserva absoluta de ley para definición de las conductas punibles [en realidad, como apunta Bacigalupo Zapater, los cambios jurisprudenciales sólo importan una corrección de la interpretación de una voluntad legislativa ya existente en el momento del hecho, por lo que no afectan la objetividad del Derecho Penal ni al principio de confianza (Derecho Penal - Parte General, ARA editores, Lima, dos mil cuatro, página ciento treinta y tres)], así como que en el caso de autos no ha mediado la entrada en vigor de una nueva ley que comprenda en sus alcances los hechos objeto de la condena.

R.N. N° 1920-2006-Piura. Expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Tercero: Que, si bien con posterioridad a la fecha de expedición de la sentencia condenatoria se dictó el Acuerdo Plenario número tres-dos mil cinco/CJ- ciento dieciséis, el mismo que a tenor a lo señalado en el artículo trescientos uno A del Código de Procedimientos Penales tiene carácter vinculante y ha de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales, según lo dispuesto por el primer párrafo del artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, éste no es de aplicación retroactiva ya que ésta sólo atañe a la ley penal, tal como lo establece el artículo seis del Código Penal; que, al respecto, cabe puntualizar que la modificación de un fallo firme sólo es posible cuando media una modificación legal, que no ha ocurrido en el caso de autos; que un supuesto cambio jurisprudencial no constituye cambio normativo por que, como aclara Roxin, la nueva interpretación no es una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida [Derecho Penal - Parte General, Editorial Civitas, Madrid, mil novecientos noventa y nueve, página ciento sesenta y cinco]; que, en consecuencia, un pedido de sustitución basado en un supuesto cambio jurisprudencial no es conforme al principio de legalidad.

Casación N° 50-2018-Lima. Expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Sumilla: La Constitución exige que la norma jurídica a retrotraer en sus efectos tenga rango de ley. Un acuerdo plenario no posee naturaleza de ley y sin la calificación de ley o norma con rango de ley, un acuerdo plenario no puede aplicarse de manera retroactiva.

Fundamento Destacado:

2.2. Aplicación retroactiva de los acuerdos plenarios.

2.2.1. El artículo VII.2, del Código Procesal Penal establece que: “La ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible” (el énfasis es nuestro).

La citada disposición jurídica hace referencia a la retroactividad benigna en materia penal-procesal³⁷¹; sin embargo, tanto el Código Procesal Penal como la Constitución exigen que la norma jurídica a retrotraer en sus efectos tenga rango de ley.

2.2.2. Supra (fundamento 2.1.1) se señaló qué tipo de normas jurídicas tienen la calificación de ley o norma con rango de ley. De allí que se afirme que los acuerdos plenarios no se subsumen en ninguno de dichos supuestos, sino únicamente posee la categoría propia de jurisprudencia. A partir de lo cual, es pertinente concluir lo siguiente:

- a) Un acuerdo plenario no posee naturaleza de ley.
- b) Sin la calificación de ley o norma con rango de ley, un acuerdo plenario no puede aplicarse de manera retroactiva.

2.5.8.- ¿Si una disposición infraconstitucional puede ser inaplicada vía control difuso, puede realizarse control difuso contra un PV, por ser inconstitucional?”³⁷²

Con relación a la definición de control difuso la doctrina expone: “En lo que respecta al control difuso (artículo 138 CP), este se ha previsto para favorecer la vigencia plena de la Constitución, tanto frente a normas con rango de ley como frente a normas de rango infralegal, a las que hoy en día se ha de agregar las normas privadas³⁷³. En efecto, el Constituyente peruano ha establecido el poder-deber del juez³⁷⁴ de preferir la Constitución a la ley, y de preferir la Constitución al reglamento³⁷⁵. En lo que respecta al control concentrado, se han recogido dos mecanismos que apuntan a la preservación de la Constitución como norma jurídica fundamental. El primero es el proceso de inconstitucionalidad (artículo 200.4 CP) y se ha destinado a analizar la

³⁷¹ [10] Lo que concuerda con lo previsto en el artículos 103, de la Constitución respecto a que: “La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo”. Pie de página de la Casación N° 50-2018-Lima.

³⁷² Los problemas que hemos planteado desde el ítem 2.1., hasta el ítem 2.5.8., han sido propuestos pero no resueltos por Úrsula Indacochea, en el minuto veintidós del video denominado: “La recepción del precedente vinculante en el Civil Law” disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=SOsn7WtyRc> (Fecha de consulta 26/01/18). Nosotros nos hemos encargado de dar respuesta a los mismos.

³⁷³ [15] No existe, me parece, ningún inconveniente para extender este control difuso a las normas estatutarias en un proceso constitucional o en un proceso judicial ordinario, en los que la aplicación del estatuto convenga al caso. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*. En: Castillo Córdova, Luis (Coordinador). Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional. Análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición Enero 2009. Pág. 14.

³⁷⁴ [16] Exp. N° 1109-2002-AA/TC, del 6 de agosto de 2002, f. j. 22. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 14.

³⁷⁵ [17] El Tribunal Constitucional, con base en una argumentación hartamente criticable, extendió el poder deber de inaplicación de normas inconstitucionales a la Administración Pública en su sentencia al Exp. N° 3741 - 2004-AA/TC. Sobre las deficiencias de esa argumentación véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Administración Pública y control de la constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC? En: CARPIO MARCOS, Edgar; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional. N° 1, Palestra, Lima, 2007, pp. 69-99. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 15.

constitucionalidad de las normas con rango de ley, a fin de que sí son inconstitucionales así sean declaradas por el Tribunal Constitucional, con los correspondientes efectos derogatorios (artículo 204 CP)³⁷⁶. El segundo es el proceso de acción popular (artículo 200.5 CP), el cual se ha destinado a analizar la constitucionalidad de las normas de rango infralegal por parte del Poder Judicial, de modo que si son encontradas inconstitucionales sean declaradas como tales, también con los correspondientes efectos derogatorios³⁷⁷. En uno y otro caso, la inconstitucionalidad de la norma -para ser inaplicada o derogada- se define tanto por contravenir la Constitución en la forma o en el fondo, ya se trate de preceptos que organizan el poder público (normas orgánicas), o que reconocen derechos y libertades (normas iusfundamentales). En uno y otro caso, también, el control de la constitucionalidad debería ser posible respecto de normas privadas³⁷⁸.”

El control difuso es uno de los modelos de control de la constitucionalidad con respecto a los demás modelos la doctrina especializada expone: “Por un lado, el control de legitimidad constitucional de las leyes puede ser preventivo (o *a priori*, es decir, anterior a la entrada en vigor de la ley) o sucesivo (o *a posteriori*, es decir, sucesivo a la entrada en vigor de la ley). En el primer caso (es el caso de Francia), en línea de principio una ley inconstitucional no puede ni siquiera entrar en vigor.³⁷⁹ Habitualmente el control de constitucionalidad *a priori* es ejercido por un órgano no jurisdiccional, sino político. En el segundo caso (es el de Italia, Estados Unidos, etcétera), por el contrario, una ley inconstitucional puede entrar en vigor, e incluso ser aplicada durante un largo periodo antes de ser declarada inconstitucional: puede suceder también que la ilegitimidad constitucional de una ley nunca llegue a ser reconocida y declarada. Habitualmente el control *a posteriori* es ejercido por órganos jurisdiccionales.

Por otra parte, el control jurisdiccional *a posteriori* sobre la legitimidad de las leyes, puede ser “difuso” o “concentrado”. Se considera difuso cuando el control de constitucionalidad es competencia de todos los jueces ordinarios; se considera concentrado cuando ha sido confiado a la exclusiva competencia de

³⁷⁶ [18] Sobre la acción de inconstitucionalidad, cfr. HUERTA GUERRERO, Luis. “El proceso de inconstitucionalidad en el Perú: Reflexiones a partir del Código Procesal Constitucional y la experiencia reciente”. En: PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coordinador). *El Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*. Tomo II, Editora Jurídica Grijley, Lima 2005, pp. 839-884. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 15.

³⁷⁷ [19] Sobre el proceso constitucional popular, cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Aportes para el estudio del nuevo régimen de la acción popular en el Código Procesal Constitucional”. En: PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coordinador), *El Derecho Procesal Constitucional peruano*. Ob. cit., pp. 1091-1106. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 15.

³⁷⁸ [20] MENDOZA ESCALANTE, Mijaíl. “Las normas privadas y el problema de su control de constitucionalidad”. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana. *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I, segunda edición, Lima 2004, pp. 433-462. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 15.

³⁷⁹ O, mejor dicho, una ley inconstitucional ni siquiera podría llegar a entrar en vigor, en el caso de que toda ley fuese sometida (con anterioridad) a un control de legitimidad (lo cual, en Francia, no se produce). Citado por GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición 2001. Pág. 237.

un juez específico (un tribunal constitucional). En el primer caso (que es el de Estados Unidos), cada juez está autorizado para declarar la ilegitimidad constitucional de una ley, y por lo tanto a rechazar su aplicación, pero, en línea de principio, ello no excluye que otros jueces tengan una opinión diferente al respecto, y que por lo tanto sigan aplicando la misma ley (salvo en el caso de que las decisiones de la Corte Suprema se impongan a todos los jueces o bien por su propia autoridad, o como en Estados Unidos, por su valor de precedente vinculante). En el segundo caso (que es el de Italia), el juez constitucional está autorizado a anular la ley inconstitucional con una eficacia general *erga omnes*; por consiguiente, la ley inconstitucional no puede ser aplicada nunca más por ningún juez en ninguna controversia futura.”³⁸⁰

A nuestro turno, debemos decir que el control difuso, es el segundo modelo de control de constitucionalidad, en aparecer en el escenario constitucional, porque el primero fue el sistema de control político,³⁸¹ la doctrina da a entender que surgió en el año 1803, en el célebre caso *Marbury Vs. Madison*, básicamente consiste en inaplicar una disposición infraconstitucional, por cuanto esta colisiona con una disposición constitucional, ya sea que esta disposición -nos referimos a la infraconstitucional- la infringe por la forma o por el fondo, de manera directa e indirecta, de manera total o parcial, la consecuencia implica que una disposición se inaplica porque colisiona con la constitución, pero dicha contradicción entre la disposición con rango constitucional y la norma infralegal, no implica que el Juez, El Árbitro o los Jueces de la Justicia Militar Policial, vía jurisprudencial también tienen esa poder-deber, automáticamente pueden inaplicar una disposición infraconstitucional, se entiende para el caso en concreto, pues es un control interpartes, para evitar cierto margen de arbitrariedad, el TC ha establecido varios requisitos, al respecto es menester citar la STC Exp. N° 00195-2004-AA/TC. Caso Manuel Antonio Mesones Salazar. FJ 16.

Control Difuso.

16.- La facultad de controlar la constitucionalidad de las normas con motivo de la resolución de un proceso de amparo constituye un poder-deber por imperativo de lo establecido en el artículo 138º, segundo párrafo, de la Constitución. A ello mismo autoriza el artículo 3º de la Ley N.º 23506. El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del juez al que el artículo 138º de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51º de nuestra norma fundamental.

El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su

³⁸⁰ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición 2001. Págs. 237-238.

³⁸¹ Los modelos de control de constitucionalidad siguen este orden primero el control político, el control difuso, el control concentrado, el control de convencionalidad.

ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

- a) Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3º de la Ley N.º 23506).
- b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e insoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.
- c) Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haber sido interpretada de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En el presente caso, se cumplen los tres presupuestos: a) el mandato dirigido a impedir indirectamente la interposición de acciones de amparo contra los efectos derivados de la aplicación del Decreto Ley N.º 25735, es contrario no solo a la Constitución de 1979, sino también a la vigente, así como a la Convención Americana de Derechos Humanos; b) la constitucionalidad, o no, de esta norma es relevante para la resolución del proceso debido, dado que constituía una limitación para acceder a los tribunales internos en busca de la protección de sus derechos fundamentales; y, finalmente, c) el hecho de que no es posible interpretar la citada norma con arreglo a la Constitución por ser manifiestamente inconstitucional, conforme se ha expuesto.

En la misma línea la Corte Suprema ha expedido el I Pleno Jurisdiccional en Materia Constitucional y Contencioso Administrativa de cuyas conclusiones se desprende:

“Luego de los debates, se tomaron los siguientes acuerdos:

Tema 2

II. El ejercicio jurisdiccional del control difuso en autos y sentencias.

¿Cabe la elevación en consulta del control difuso ejercido en autos o solo respecto de sentencias? Y, en todo caso, ¿cuáles deben ser los criterios a ser observados por los jueces para ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa?

El Pleno acordó por unanimidad:

- 1.- Procede ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa contra autos. Su elevación en consulta deviene obligatoria si dicha resolución no es impugnada.
- 2.- Para el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad normativa, los jueces de la República deberán observar, en ese orden, los criterios de (1)

fundamentación de incompatibilidad constitucional concreta (2) juicio de relevancia, (3) examen de convencionalidad, (4) presunción de constitucionalidad, e (5) interpretación conforme.

En relación a la pregunta planteada *¿Si una disposición infraconstitucional puede ser inaplicada vía control difuso, puede realizarse control difuso contra un PV, por ser inconstitucional?* Ya se demostró que una disposición infraconstitucional puede ser inaplicada vía control difuso, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, lo que atañe ahora es saber si esos presupuestos diseñados por el TC y el PJ, también pueden ser extrapolados al PV, por cuanto de comprobarse y demostrarse que un PV, es inconstitucional, ¿podríamos inaplicarlo vía control difuso?

En primer lugar un PV, sí puede ser inconstitucional, en puridad existen Precedentes Vinculantes Constitucionales Inconstitucionales, relacionamos el término empleado por el profesor Otto Bachof, en su trabajo *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*³⁸², proponemos algunos ejemplos de PV inconstitucionales:

STC. Exp. N° 04293-2012-AA/TC. Caso Consorcio Requena. El TC, no tuvo en cuenta el Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, de 20 de marzo de 2013.

En los siguientes casos el TC, violó el derecho al procedimiento preestablecido por la ley:

STC. Exp. N° 1417-2005-PA/TC. Caso Manuel Anicama Hernández. FJ 49

STC. Exp. N° 0168-2005-PC/TC. Caso Maximiliano Villanueva Valverde. FJ 25

STC. Exp. N° 2802-2005-PA/TC. Caso Julia Benavides García. FJ 18

STC. Exp. N° 0206-2005-PA/TC. Caso César Baylón Flores. FJ 34

STC. Exp. N° 03908-2007-PA/TC. Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS Nacional). FJ. 9-A.

STC. Exp. N° 00142-2011-PA/TC. Caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia. FJ.31.

STC. Exp. N° 05057-2013-AA/TC. Caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco. FJ. 21, 26 y 27.

En consecuencia si ya hemos comprobado que existen PV, inconstitucionales, que hacemos con ellos cabe inaplicarlos vía control difuso,

³⁸² “Las distintas posibilidades de normas constitucionales inconstitucionales (inválidas) **1.** Infracción de la Constitución escrita. **a.** Inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales. **b.** Inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional. **c.** Inconstitucionalidad de normas constitucionales por contradicción de normas constitucionales de rango superior. **d.** Inconstitucionalidad a través de la “mutación de la naturaleza” de las normas constitucionales. Invalidez sin decisión expresa. **e.** Inconstitucionalidad por la infracción del derecho constitucional metapositivo positivado. **2.** Contradicción del derecho constitucional no escrito **a.** Inconstitucionalidad por la lesión de los principios constitutivos no escritos del texto constitucional **b.** Inconstitucionalidad por la contradicción del derecho constitucional consuetudinario **c.** Inconstitucionalidad (invalidez) por la contradicción del derecho metapositivo no positivado **3.** Otras posibilidades de normas constitucionales inconstitucionales (inválidas).” Vid. BACHOF, Otto. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Traducción de Leonardo Álvarez Álvarez. Palestra Editores Lima - 2010. Segunda edición revisada y corregida: Mayo de 2010. Págs. 69-89.

debemos recordar que el control difuso procede cuando una norma infraconstitucional vulnera a la Constitución, mas no la jurisprudencia, aunado a ello dijimos que el PV tiene rango constitucional, por lo tanto no puede inaplicado vía control difuso de constitucionalidad, porque la disposición inaplicada debe ser de rango infraconstitucional, existen otros caminos para inaplicar un PV -los detallaremos cuando abordemos las excepciones al PV- , por ahora solo basta decir que no se puede inaplicar un PV por la vía de control difuso.

Finalmente por si quepan las dudas, no se cumplen los presupuestos esgrimidos por el TC, para que un juez ordinario y un juez de la justicia militar, o un árbitro -el TC también puede aplicar control difuso-³⁸³ pueda inaplicar un PV, al menos vía control difuso de constitucionalidad. Recordemos el paradigmático caso recaído en la STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC. Caso Sindicato unitario de trabajadores de telefónica del Perú S.A. y FETRATEL. FJ 13.

13. La Facultad de controlar la constitucionalidad de las normas con motivo de la resolución de un proceso de amparo constituye un poder-deber por imperativo de lo establecido en el artículo 138º, segundo párrafo de la Constitución. A ello mismo autoriza el artículo 3º de la Ley N.º 23506. El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138º de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51º de nuestra norma fundamental.

El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preterir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que él sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

- a. Que en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3º de la Ley N.º 23506).
- b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e insoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.
- c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

³⁸³ STC. Exp. N° 4677-2004-PA/TC. Caso Confederación General de Trabajadores del Perú - CGTP. Ha Resuelto: 1. De conformidad con los Fundamentos 22 a 36, supra, en aplicación del control difuso de constitucionalidad de las normas, previsto en el artículo 138º de la Constitución, declarar inaplicables, por inconstitucionales, el inciso f) del artículo 132º de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML y el Decreto de Alcaldía N.º 060-2003.

Y debemos recordar que el art. VI del TP del CPConst., se ha agregado un requisito adicional: *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.* A parte del gran inconveniente que el TC sea juez y parte, la “Norma” -rectius, disposición- inaplicada jamás tiene rango constitucional. Finalmente debemos mencionar que el control difuso de constitucionalidad tiene excepciones, al respecto la STC Exp. N° 1680-2005-PA/TC. Caso Jorge Luis Borja Urbano. FJ. 9.

9. Pues bien, expuestos los alcances de este último límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, este Tribunal tiene que advertir que, como toda regla, ésta tiene sus excepciones; a saber:

(i) En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.

Ese es el caso, por ejemplo, de las Leyes de Amnistía N.os 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Caso Barrios Altos, del 18 de septiembre de 2003 (Cf. STC N° 0275-2005-PH/TC).

(ii) En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, sin embargo advirtiese que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional.

Así se sostuvo en las STC N.os 0009-2001-A/TC, 0010-2002-A/TC, 0004-2004-A/TC, entre otras, donde si bien no se invalidó en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el balancing, precisando que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos.

(iii) Por último cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley

determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución - respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional-, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cf. STC N.º 0014-2003-A/TC y STC N.º 0050-2004-A/TC)."

2.5.9.- ¿Puede inaplicarse un PV, vía control difuso de Convencionalidad?

Sí cabe la posibilidad al respecto la doctrina expone: "En definitiva, el control *horizontal* es un control de convencionalidad difuso, cuyos efectos serán solo para el país interno. El control de convencionalidad difuso puede suponer el juez hércules que puede llegar a desaplicar, no solo la legislación nacional que se opone al bloque de convencionalidad; sino que incluso podría desaplicar los fallos de un Tribunal Constitucional o de la Suprema Corte, cuyos fallos no se adecúan a la filosofía de dicho control de convencionalidad."³⁸⁴

Para responder la pregunta debemos decir que una cosa es el control difuso de constitucionalidad y otra muy distinta es el Control Difuso de Convencionalidad, en el primer control dijimos se inaplicaba una disposición infraconstitucional por vulnerar a la constitución o a aquellas disposiciones que ostenten rango constitucional.

En cambio el control difuso de convencionalidad implica que se pueda inaplicar una disposición de carácter interno, se entiende del país miembro, por cuanto esta -la disposición perteneciente al derecho nacional interno, no importa su rango puede ser incluso de rango constitucional- ha vulnerado la CADH, o las interpretaciones que ha realizado la CorteIDH, incluyendo sus opiniones consultivas.

Con relación al concepto de Control de Convencionalidad la CorteIDH expone:

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.³⁸⁵

³⁸⁴ ETO CRUZ. Gerardo. *La inconventionalidad por omisión: Una aproximación conceptual*. En: Cáceres Arce, Jorge Luis. (Coordinador). Ponencias del V congreso nacional de derecho procesal constitucional. Adrus D&L Editores S.A.C. Primera Edición: Octubre de 2014. Pág. 138.

³⁸⁵ Los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto del régimen militar que derrocó el gobierno del entonces Presidente Salvador Allende en 1973. La represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras operó hasta el fin del gobierno militar. Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por carabineros quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció al día siguiente. En 1978 se adoptó el Decreto Ley No. 2.191, mediante el cual se concedía amnistía a todas las personas que hayan incurrido en hechos delictuosos entre 1973 y 1978. Debido a esta norma, no se investigó adecuadamente la muerte del señor Arellano ni se sancionó a los autores del hecho. Citado por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*. Elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración de Claudio Nash y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca. 2015. Pág. 5. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf> (Fecha de consulta 07/04/19).

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. En el mismo sentido: **Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr.173.**³⁸⁶

Con relación a la pregunta Puede inaplicarse un PV, vía control difuso de Convencionalidad? La respuesta es afirmativa, al respecto la CortelDH, ha mencionado *mutatis mutandis*: Que el control de convencionalidad es una obligación para todas las autoridades que impartan justicia, y debe ser practicada *ex officio*, en consecuencia si un PV es inconvencional se puede inaplicar prefiriendo a lo expuesto por la CortelDH, veamos la jurisprudencia que grafica nuestros argumentos:

³⁸⁶ Los hechos del presente caso se iniciaron el 22 de mayo de 1991, cuando se estableció en la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle-La Cantuta un destacamento del Ejército. Se impuso en dicho centro educativo un toque de queda y controles a la entrada y salida de estudiantes.

El 18 de julio de 1992, miembros del Ejército y del Grupo paramilitar Colina irrumpieron en las viviendas estudiantiles. Tras identificar a algunos de ellos con ayuda de una lista, se llevaron a los estudiantes Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas y Juan Gabriel Mariños Figueroa. Procedieron de la misma manera en las residencias de los profesores, siendo detenido el profesor Hugo Muñoz Sánchez.

Bertila Lozano Torres y Luis Enrique Ortiz Perea permanecieron desaparecidos hasta el descubrimiento, en julio y noviembre de 1993, de sus restos mortales en fosas clandestinas en Cieneguilla y en Huachipa. Hugo Muñoz Sánchez, Dora Oyague Fierro, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas, Armando Richard Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza y Juan Gabriel Mariños Figueroa continúan desaparecidos.

Se iniciaron investigaciones tanto en el fuero común como el militar. Se condenó a algunos de los denunciados. Sin embargo, el 14 de junio de 1995 el Congreso aprobó la Ley No. 26479, mediante la cual se concedía amnistía al personal militar, policial o civil involucrado en violaciones de derechos humanos cometidas desde mayo de 1980 hasta la fecha de promulgación de la ley efectuada el mismo día. Citado por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*. Elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración de Claudio Nash y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca. 2015. Págs. 5-6.

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006.³⁸⁷

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. En el mismo sentido: Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.180³⁸⁸; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339³⁸⁹; Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

³⁸⁷ Los hechos del presente caso se contextualizan luego del autogolpe de Estado en 1992. Mediante el Decreto Ley N° 25640 del 21 de julio de 1992, se autorizó la ejecución del proceso de racionalización del personal del Congreso de la República. El 6 de noviembre de 1992, la recién creada Comisión Administradora de Patrimonio del Congreso de la República emitió, en base a los resultados de evaluaciones, dos resoluciones por las que fueron cesados 1110 funcionarios y servidores del Congreso, entre los cuales se encontraban las 257 víctimas.

Dichas personas presentaron una serie de recursos administrativos que no tuvieron mayor resultado. Asimismo presentaron un recurso de amparo que fue desestimado. Citado por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*. Ob. Cit. Pág. 6.

³⁸⁸ Los hechos del presente caso se contextualizan durante el gobierno militar en Panamá. El 14 de mayo de 1970, Heliodoro Portugal, promotor del “Movimiento de Unidad Revolucionaria”, de 36 años de edad, se encontraba en un café ubicado en la ciudad de Panamá. Dos personas vestidas de civil se bajaron de una camioneta y obligaron al señor Portugal a subir al vehículo, el cual partió con rumbo desconocido.

Sus familiares presentaron una serie de recursos judicial con el fin de localizar al señor Portugal. Recién en 1999 se identificó su cadáver, el cual se encontraba en un cuartel en Tocumen. El proceso penal correspondiente continúa abierto sin que se haya condenado a los responsables. Citado por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*. Ob. Cit. Pág. 6.

³⁸⁹ Los hechos del presente caso se refieren al señor Rosendo Radilla Pacheco, quien era una persona involucrada en diversas actividades de la vida política y social de su pueblo, Atoyac de Álvarez, estado de Guerrero. El 25 de agosto de 1974, fue detenido por miembros del Ejército de México, mientras se encontraba con su hijo en un autobús. Con posterioridad a su detención, fue visto en el Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez, con evidencias de haber sido agredido físicamente. No se volvió a saber de su paradero. Los familiares de la víctima interpusieron diversos recursos a fin de que se investiguen los hechos y se sancione a los responsables. La causa penal fue dirigida a la jurisdicción penal militar. No se realizaron mayores investigaciones ni se sancionó a los responsables. Citado por la CORTE INTERAMERICANA

Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 236³⁹⁰; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr.219³⁹¹; Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014³⁹², párr. 151.

DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*. Ob. Cit. Pág. 6.

³⁹⁰ Los hechos del presente caso se producen en un contexto de importante presencia militar en el estado de Guerrero. La señora Fernández Ortega es una mujer indígena perteneciente a la comunidad indígena Me'phaa, residente en Barranca Tecoani, estado de Guerrero. Al momento de los hechos tenía casi 25 años, estaba casada con el señor Prisciliano Sierra, con quien tenía cuatro hijos.

El 22 de marzo de 2002, la señora Fernández Ortega se encontraba en su casa en compañía de sus cuatro hijos, cuando un grupo de aproximadamente once militares, vestidos con uniformes y portando armas, ingresaron a su casa. Uno de ellos la tomó de las manos y, apuntándole con el arma, le dijo que se tirara al suelo. Una vez en el suelo, otro militar con una mano tomó sus manos y la violó sexualmente mientras otros dos miraban. Se interpusieron una serie de recursos a fin de investigar y sancionar a los responsables de los hechos. No obstante, éstos no tuvieron éxito. Citado por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*. Ob. Cit. Pág. 6.

³⁹¹ Los hechos del presente caso se producen en un contexto de importante presencia militar en el Estado de Guerrero, dirigida a reprimir actividades ilegales como la delincuencia organizada. Allí, un importante porcentaje de la población pertenece a comunidades indígenas, quienes conservan sus tradiciones e identidad cultural y residen en los municipios de gran marginación y pobreza.

Valentina Rosendo Cantú es una mujer indígena perteneciente a la comunidad indígena Me'phaa, en el Estado de Guerrero. Al momento de los hechos tenía 17 años, estaba casada con el señor Fidel Bernardino Sierra, y tenía una hija. El 16 de febrero de 2002, se encontraba en un arroyo cercano a su domicilio. Cuando se disponía a bañarse, ocho militares, acompañados de un civil que llevaban detenido, se acercaron a ella y la rodearon. Dos de ellos la interrogaron sobre los encapuchados, le mostraron una foto de una persona y una lista con nombres, mientras uno de ellos le apuntaba con su arma. Ella les indicó que no conocía a la gente sobre la cual la interrogaban. El militar que la apuntaba la golpeó en el estómago con el arma, haciéndola caer al suelo. Luego, uno de los militares la tomó del cabello mientras insistió sobre la información requerida. Finalmente, le rasguñaron la cara, le quitaron la falda y la ropa interior y la tiraron al suelo, y uno de ellos la penetró sexualmente, al término de lo cual, el otro que también la interrogaba procedió a hacer lo mismo.

Tanto Valentina Rosendo Cantú como su esposo presentaron una serie de recursos a fin de denunciar los hechos y solicitar que se realicen las investigaciones necesarias para identificar y sancionar a los responsables. La investigación fue remitida a la jurisdicción penal militar, la cual decidió archivar el caso. Citado por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*. Ob. Cit. Pág. 7.

³⁹² El Tribunal constató que el señor Alibux ejerció los cargos de Ministro de Finanzas y Ministro de Recursos Naturales entre septiembre de 1996 y agosto de 2000. Fue procesado con motivo de la compra de un inmueble realizada entre junio y julio de 2000. El 18 de octubre de 2001 se adoptó la Ley sobre Acusación de Funcionarios con Cargos Políticos (en adelante "LAFCP"), con el propósito de regular el artículo 140 de la Constitución de Suriname, a fin de "establecer las reglas para procesar a quienes hayan ejercido cargos en la administración pública, incluso con posterioridad a su retiro, por actos delictivos que hayan cometido en el ejercicio de sus funciones". Si bien existieron investigaciones preliminares a cargo de la Policía, entre abril y septiembre de 2001, fue hasta el 28 de enero de 2002 que el Procurador inició el proceso penal de manera formal contra el señor Alibux, una vez que la LAFCP se encontraba vigente. El señor Alibux fue sometido a un procedimiento ante la Asamblea Nacional y una investigación preliminar. Posteriormente, el señor Alibux fue juzgado en única instancia por tres jueces de la Alta Corte de Justicia y sentenciado el 5 de noviembre de 2003 por el delito de falsificación de acuerdo con el artículo 278, en relación con los artículos 46, 47 y 72 del Código Penal, y condenado a un año de detención y tres años de inhabilitación para ejercer el cargo de Ministro. A la fecha de la condena, el régimen jurídico no proveía ningún recurso impugnatorio contra la sentencia condenatoria. El 27 de agosto de 2007 fue establecido el denominado "recurso de apelación", mediante una reforma a la LAFCP, a fin de que

Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.³⁹³

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

las personas acusadas con base en el artículo 140 de la Constitución fueran juzgadas en primera instancia por tres jueces de la Alta Corte de Justicia, y en el supuesto que interpusieran el recurso de apelación, fueran juzgadas por entre cinco y nueve jueces del mismo órgano. Asimismo, dicha reforma estableció un plazo de 3 meses para que todas las personas que habían sido condenadas con anterioridad a la misma, pudieran apelar sus sentencias. No obstante, el señor Alibux no utilizó dicho recurso. Por otra parte, el artículo 144 de la Constitución dispone la creación de una Corte Constitucional. Sin embargo, la misma no había sido establecida hasta la fecha del presente fallo. Adicionalmente, el 3 de enero de 2003, mientras se llevaba a cabo el proceso penal contra el señor Alibux, se le impidió la salida del país en el aeropuerto de Paramaribo, cuando pretendía viajar por cuestiones personales. Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*. Resumen Oficial Emitido por la Corte Interamericana. Sentencia de 30 de enero de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), punto 1. Citado por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*. Ob. Cit. Pág. 7.

³⁹³ Los hechos del presente caso se iniciaron el 2 de mayo de 1999, cuando el señor Montiel Flores se encontraba fuera de la casa del señor Cabrera García, junto a otras personas, en la comunidad de Pizotla, Municipio de Ajuchitlán del Progreso, estado de Guerrero. Aproximadamente 40 miembros del 40° Batallón de Infantería del Ejército Mexicano entraron en la comunidad, en el marco de un operativo contra otras personas.

Los señores Cabrera y Montiel fueron detenidos y mantenidos en dicha condición a orillas del Río Pizotla hasta el 4 de mayo de 1999. Ese día fueron trasladados hasta las instalaciones del 40° Batallón de Infantería, ubicado en la ciudad de Altamirano, estado de Guerrero. Fueron golpeados y maltratados durante su privación de la libertad. Posteriormente, ciertos miembros del Ejército presentaron una denuncia penal en contra de los señores Cabrera y Montiel por la presunta comisión de los delitos de portación de armas de fuego de uso exclusivo de las Fuerzas Militares y siembra de amapola y marihuana, iniciándose la respectiva investigación penal.

El 28 de agosto de 2000, el Juez Quinto de Distrito del Vigésimo Primer Circuito en Coyoacán dictó sentencia mediante la cual condenó a pena privativa de libertad de 6 años y 8 meses de duración al señor Cabrera García y de 10 años al señor Montiel Flores. Esta decisión fue objetada a través de diversos recursos judiciales y se modificó parcialmente a su favor. En el año 2001, los señores Cabrera y Montiel fueron liberados para continuar cumpliendo la sanción que se les impuso en su domicilio, debido a su estado de salud. Citado por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*. Ob. Cit. Pág. 7.

En el mismo sentido: Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014³⁹⁴, párr. 311.

³⁹⁴ En República Dominicana la población haitiana y las personas nacidas en territorio dominicano de ascendencia haitiana comúnmente se encontraban en situación de pobreza y sufrían con frecuencia tratos peyorativos o discriminatorios, inclusive por parte de autoridades, lo que agravaba su situación de vulnerabilidad. En este contexto diversas familias fueron vulneradas en sus derechos.

En noviembre de 1999 funcionarios estatales se presentaron en la casa de la familia Medina, integrada por: Willian Medina, quien nació en República Dominicana y portaba su cédula de identidad dominicana; su pareja Lilia Jean Pierre, nacida en Haití, y los hijos de ambos: Awilda, Luis Ney y Carolina Isabel, los tres con certificados de nacimiento y la primera también con cédula dominicana. Sin previa comprobación de su documentación oficial, todos sus miembros fueron llevados a la “cárcel de Oviedo”, para luego ser trasladados a territorio haitiano. Posteriormente el Estado informó que la Junta Central Electoral decidió autorizar la suspensión provisional de las expediciones de actas de registros de nacimientos de Willian Medina Ferreras y de sus hijos Awilda, Luis Ney y Carolina Isabel, junto con la solicitud ante los tribunales competentes de las nulidades de sus declaraciones de nacimientos, y adicionalmente se recomendó la cancelación de las cédulas de identidad y electoral de Willian y Awilda. Finalmente se pidió someter a la acción de la justicia a “Winet”(persona que, de acuerdo a la Junta Central Electoral, se habría identificado como Willian Medina Ferreras), por haber presuntamente obtenido una identidad “falseada”.

De acuerdo a los hechos, los documentos personales de Willian Medina fueron destruidos por los oficiales dominicanos durante su expulsión y en el caso de Awilda, Luis Ney y Carolina Isabel, no tuvieron la ocasión de presentar sus documentos a los oficiales, ya que la expulsión se efectuó sin que se comprobara debidamente sus documentos ni su nacionalidad.

Respecto de la Familia Fils-Aimé, integrada por: Jeanty Fils-Aimé (fallecido en 2009) su compañera Janise Midi quien nació en Haití y cuenta con cédula de identidad haitiana, y los hijos de ambos: Antonio, Diane y Endry, respecto de quienes, al igual que respecto de Jeanty Fils-Aimé, no fue posible determinar su lugar de nacimiento ni nacionalidad. El 2 de noviembre de 1999 agentes estatales detuvieron al señor Jeanty Fils-Aimé por el mercado, y posteriormente ese mismo día llegaron a su casa y también detuvieron a Janise Midi junto a sus tres hijos, quienes fueron subidos forzosamente a un camión y llevados a la “Fortaleza de Pedernales”, para luego junto con otras personas ser expulsados del territorio dominicano hacia Haití.

La Familia Gelin: integrada por Bersson Gelin, de quien no pudo determinarse su lugar de nacimiento ni nacionalidad, y su hijo William Gelin, fue separada forzosamente el 5 de diciembre de 1999, mientras el señor Gelin se dirigía a su trabajo, lo detuvieron y después lo trasladaron a Haití. Lo que implicó la separación de su hijo.

La Familia Sensión: integrada por: Antonio Sensión quien nació en República Dominicana y portaba cédula dominicana, su pareja Ana Virginia Nolasco de nacionalidad haitiana y con cédula del mismo país, y sus hijas: Ana Lidia y Reyita Antonia nacidas en República Dominicana, con cédulas de identidad dominicana. En el año 1994 la señora Nolasco y sus hijas fueron detenidas por oficiales de migración y trasladadas en un camión a la frontera con Haití. Tras este hecho el señor Sensión se enteró que su familia había sido expulsada y después de ocho años las encontró en el año 2002.

La Familia Jean: integrada por Víctor Jean quien nació en República Dominicana, su pareja, la señora Marlene Mesidor, nacida en Haití y sus hijos: Markenson, nacido en Haití y con pasaporte haitiano, y Miguel, Natalie y Victoria. Se determinó que Víctor Jean, así como Miguel, Natalie y Victoria nacieron en República Dominicana, pero ninguno contaba con documentos oficiales. En diciembre de 2000, agentes estatales se presentaron en la casa de la familia Jean golpeando la puerta, luego entraron a la casa y ordenaron a todos los miembros de la familia que salieran y se subieran a un “bus”, los llevaron hasta la frontera de Jimaní y los dejaron en territorio haitiano. Rafaelito Pérez Charles nació en República Dominicana y tiene cédula de identidad dominicana. El 24 de julio de 1999 el señor Pérez Charles fue detenido por varios agentes de migración cuando venía de su trabajo, los oficiales lo subieron a una “guagua”, lo llevaron a un centro de detención y, posteriormente, lo trasladaron a Jimaní, desde donde fue expulsado a territorio haitiano. Citado por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*. Ob. Cit. Pág. 8.

233. De tal manera, como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar [...], en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario.

Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.³⁹⁵

193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en

³⁹⁵ Los hechos del presente caso se iniciaron el 27 de junio de 1973, cuando se llevó a cabo un golpe de Estado, el cual se prolongó hasta el 28 de febrero de 1985. En esos años, se implementaron formas de represión a las organizaciones políticas de izquierda. En noviembre de 1975, se formalizó la “Operación Cóndor”, lo que facilitó la creación de estructuras militares paralelas, que actuaban de forma secreta y con gran autonomía. Esa operación fue adoptada como una política de Estado de las “cúpulas de los gobiernos de hecho”, y estaba dirigida, en ese entonces, por cuerpos castrenses principalmente de Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil.

María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, embarazada y de 19 años de edad, fue detenida el 24 de agosto de 1976 junto con su esposo, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, en su residencia de Buenos Aires, por comandos militares uruguayos y argentinos, siendo Nora Eva Gelman liberada cuatro días después junto a Luis Eduardo Pereda. María Claudia García y Marcelo Gelman fueron llevados a un centro de detención clandestino, donde permanecieron juntos algunos días y posteriormente fueron separados. Marcelo Gelman fue torturado y ejecutado en 1976. En 1989, sus restos fueron descubiertos.

María Claudia García fue trasladada a Montevideo de forma clandestina por autoridades uruguayas, donde dio a luz a una niña, que le fue sustraída a finales de diciembre de 1976.. Hasta el momento no se conoce sobre su paradero o el de sus restos.

El 14 de enero de 1977, la hija de María Claudia de Gelman habría sido colocada en un canasto y dejada en la puerta de la casa de la familia del policía uruguayo Ángel Tauriño. Él y su esposa, quienes no tenían hijos, recogieron el canasto y se quedaron con la niña, registrándola como hija propia aproximadamente un año y medio más tarde.

El 31 de marzo de 2000, a la edad de 23 años, María Macarena Tauriño tuvo por primera vez contacto con su abuelo paterno, Juan Gelman. Como consecuencia de lo anterior, María Macarena se sometió, el mismo año, a una prueba de ADN, a efectos de determinar el eventual parentesco con la familia Gelman, la que resultó en una identificación positiva de un 99,998%.

Los hechos señalados nunca pudieron ser investigados ni sancionados por Uruguay, puesto que el 22 de diciembre de 1986, el Parlamento uruguayo aprobó la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. Dicha ley fue una amnistía en relación con los delitos cometidos en el periodo del régimen militar. Citado por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*. Ob. Cit. Pág. 9.

la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”³⁹⁶. [...]

³⁹⁶ Suprema Corte de Justicia del Uruguay, *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*:

[...] la ratificación popular que tuvo lugar en el recurso de referéndum promovido contra la ley en 1989 no proyecta consecuencia relevante alguna con relación al análisis de constitucionalidad que se debe realizar [...]

Por otra parte, el ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo sólo tiene el referido alcance eventualmente abrogatorio, pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada “ab origine” por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta. Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la “democracia sustancial”, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella [...] El mencionado autor califica como una falacia metajurídica la confusión que existe entre el paradigma del Estado de Derecho y el de la democracia política, según la cual una norma es legítima solamente si es querida por la mayoría [...]”. Citado por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*. Ob. Cit. Pág. 9.

2.5.10.- ¿En nuestro ordenamiento existen excepciones al PV, distintas al *overruling* y *distinguishing*?

Por supuesto que sí existen excepciones al PV, por lo tanto no compartimos los siguientes argumentos:

“(…) Un segundo problema que hay que combatir es el apartamiento arbitrario del precedente por parte de algunos jueces. Los precedentes vinculantes establecidos por la Corte Suprema son un avance en materia de unificación de la jurisprudencia contradictoria. Puede ser verdad que algunas reglas son sumamente inconvenientes y hasta discutibles. Incluso podemos discrepar con el precedente, pero todos los jueces de la República estamos obligados a aplicarlos al momento de resolver los casos.

No consideramos prudente el apartamiento del precedente vinculante, pues ello generaría caos entre los justiciables. No es bueno que un sector de jueces acate el precedente y otro sector no. Sin embargo, hay algunos jueces que, so pretexto del *distinguish*, se apartan arbitrariamente del precedente sin fundamentar adecuadamente las razones que justifican tal decisión, con lo cual debilitan la institución del precedente vinculante.

Por ello insistimos en que se hace necesario que los jueces supremos, al igual que la voz de los amigos de la Corte, escucharan también la opinión de los jueces de ejecución, es decir los jueces especializados en lo civil o mixtos y de los jueces de paz letrados antes de resolver, a fin de evitar el surgimiento de problemas en la aplicación de los precedentes (...)”³⁹⁷

Del mismo modo no compartimos: “De este modo, a través del precedente el Tribunal extrae de un caso concreto y particular, una regla jurídica con efectos generales. Con lo cual se establece como parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga, esto es, surte efectos normativos que se aplican a casos análogos. De ahí que, como ya se ha dicho, es exigible por los demás justiciables y oponibles a los demás poderes públicos. Los efectos del precedente son obligatorios, no hay margen ni posibilidad de desvinculación como lo ha fijado el Tribunal en su jurisprudencia.”³⁹⁸

Siguiendo nuestra línea entonces sí hay excepciones que se configuran como aquellos mecanismos a través de los cuales se inobserva un PV, no estamos hablando de inaplicación de un PV, que constituye un presupuesto del *distinguishing*, cosa distinta decimos cuando aludimos a la inobservancia de un PV, que implica que no se sigue al PV, a pesar de su rigidez, por consideraciones de salvaguardar la intangibilidad del núcleo duro de los derechos fundamentales,

³⁹⁷ ABANTO TORRES, Jaime David. *Falta de jueces especializados, aplicación en el tiempo y apartamiento del precedente. Tres problemas en los precedentes de la Corte Suprema*. Publicado el 19 de Enero de 2016. Disponible en: <https://laley.pe/art/3057/tres-problemas-en-los-precedentes-de-la-corte-suprema> (Fecha de consulta 23/04/19).

³⁹⁸ SALINAS CRUZ, Sofía Liliana. *El recurso de agravio a favor del precedente*. En: Achulli Espinoza, Maribel. Huamán Estrada, Elmer. (Coordinadores). *Estudios sobre los medios impugnatorios en los procesos laborales y constitucionales*. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Noviembre 2011. Pág. 385.

del contenido indisponible de los derechos fundamentales si se quiere proponer un ejemplo.

En consecuencia, lo que estamos diciendo es que no observamos un PV, no lo seguimos, ya sea porque su aplicación es perniciosa, es inconstitucional o inconveniente. No queremos que se confunda nuestro discurso, como algunos colegas pueden creer, en el sentido de que sólo basta motivar para apartarse de un PV, tal vez dicha salvedad prevista en el art. 22° de la LOPJ, quiérase o no, sólo es aplicable al Precedente Judicial Vinculante, más no al PV, nuestra fundamentación no va por este derrotero, lo que estamos proponiendo son las herramientas jurídicas correctas para apartarse de un PV. Para lograr tal cometido recurrimos a los siguientes mecanismos:

El *overruling*, el *distinguishing*, la interpretación más tuitiva y favorable, el control convencionalidad, el Principio de Previsión de consecuencias. Por lo tanto no son de recibo los siguientes argumentos que niegan la posibilidad de poder apartarse o desvincularse del PV:

“Hasta ahora nos venimos refiriendo centralmente al valor del precedente vinculante en materia constitucional. Y es que por la fuerza de su legislación orgánica se le da ese poder vinculante, horizontal (esto es que las decisiones del Tribunal Constitucional vinculan al propio órgano, salvo casos de *overruling*) y sin duda vertical (obligatoriedad para los jueces de la República, funcionarios públicos y ciudadanos), **no existiendo posibilidad alguna de desvinculación**. Ello es perfectamente razonable si se aprecia la posición institucional y la función esencial del Tribunal, ser el máximo intérprete de la Constitución. Si este es su rol y misión, entonces los demás tomadores de decisión en el terreno legal (jueces, funcionarios y privados), cuando apliquen la Constitución, quedan sujetos a lo decidido por su máximo intérprete.”³⁹⁹ (Resaltados nuestros)

La imposibilidad de desvincularse de un PV, es una cuestión histórica, pero ya no actual: “Como es bien sabido, la doctrina del precedente -que según el *Chancellor Kent* se remonta a “los primeros períodos de la historia inglesa”⁴⁰⁰- fue definitivamente establecida en Inglaterra hacia el siglo XVIII⁴⁰¹, correspondiendo a Blackstone el mérito de haber sido uno de los primeros autores en ocuparse de este principio en sus *Commentaries* (1769)⁴⁰², al observar que “es una regla establecida (*established rule*) la de atenerse a los

³⁹⁹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Volumen 1. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L. Primera Edición 2016. Pág. 284.

⁴⁰⁰ Kent, James, “*Commentaries on American Law*”, 11° ed., Little, Brown and Company, Boston, 1867, vol. I, p. 517; sir Edward Coke decía al respecto que “los precedentes han sido siempre respetados” (“*Slade v. Morley*”, 4 Co. Rep. 91, 76 Eng. Rep. 1074 [K.B. 1602]). Citado por SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. Isonomía N° 21 - Octubre 2004. Pág. 224. Disponible también en: <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sobre-el-cambio-de-los-precedentes-0/> (Fecha de consulta 23/04/19).

⁴⁰¹ Holdsworth, sir William, “*A History of English Law*”, Methuen & Co Ltd and Sweet and Maxwell, London, 1964-66, v. xii, pp. 146 y ss. Citado por SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. Isonomía N° 21 - Octubre 2004. Pág. 224.

⁴⁰² “Quien está ubicado con justicia a la cabeza de todos los modernos escritores que tratan los principios generales y elementales del derecho” (Kent, James, *op. cit.*, vol. I, p. 553). Citado por SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. Isonomía N° 21 - Octubre 2004. Pág. 224.

precedentes anteriores cuando los mismos puntos se presentan nuevamente en litigio: para mantener la balanza de la justicia firme y estable, y no sujeta a variación con la opinión de cada nuevo juez; y también porque el derecho solemnemente declarado y determinado en ese caso, y que antes era incierto o quizás indiferente, se ha convertido ahora en una *permanent rule* que no puede ser alterada o modificada por ningún juez posterior de acuerdo con sus sentimientos privados; (...) él no ha sido comisionado para pronunciar un derecho nuevo, sino para conservar y exponer el viejo.”⁴⁰³

2.5.10.1.- El Overruling.

2.5.10.1.1.- Concepto.

Para comenzar debemos decir que la traducción de la palabra *overruling*, es revocar, invalidar, anular, es decir el TC, deja sin efecto un PV anterior se entiende, porque si no existe un PV anterior, no hay nada que revocar, al producirse un *overruling*, el TC sustituye un PV anterior y lo cambia por uno nuevo, dicha potestad de dejar sin efecto sus propios PV, sólo lo tiene el TC, de manera única y excluyente. Los operadores jurídicos sólo pueden ‘esquivar’ al PV, recurriendo a otros mecanismos distintos al *Overruling*. En consecuencia el *overruling*, sí es una excepción al PV, pero sólo lo puede realizar el TC.

Al respecto la doctrina expone: “Es una técnica utilizada por los jueces constitucionales de las máximas instancias para cambiar el sentido jurisprudencial de una determinada materia, a efectos de hacerla compatible con el nuevo marco normativo y, al mismo tiempo, optimizar el desarrollo y la defensa de los derechos constitucionales involucrados en esta materia.

La decisión de cambiar el rumbo de la jurisprudencia en un tema puntual es una práctica frecuente tanto en los sistemas de *Civil Law*, como en los sistemas que organizan su sistema de fuentes a partir del *Common Law*. En ambos, el argumento que respalda las mudanzas es el mismo: la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique. Esta idea es expresada por el Lord Reid cuando señala que: “La gente quiere dos cosas contradictorias; que el derecho sea cierto, y que sea justo y que cambie con los tiempos. Es nuestra tarea mantener ambos objetivos al alcance (...) debemos tener una doctrina general del precedente -de otra manera no podemos tener certeza-. Pero debemos encontrar una vía intermedia que prevenga que el precedente sea nuestro dueño”.

Por su parte, en el *common law* norteamericano el Juez Kennedy, en la sentencia *Patterson v. Malean Credit Unión*, 1989, 172, ha sostenido lo siguiente: “Nuestros precedentes no son sacrosantos, porque nosotros hacemos *overruling* respecto de decisiones previas cuando la necesidad y prioridad así lo establecen.

⁴⁰³ Blackstone, sir William, “Commentaries on the Laws of England”, 15th ed., printed by A. Strahan for T. Cadell and W. Davies, London, 1809, Libro Primero, pp. 68/69. Citado por SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. Isonomía N° 21 - Octubre 2004. Pág. 224.

No obstante hemos sostenido que, cualquier salida de la doctrina del *stare decisis* demanda una especial justificación”.

En ese sentido, cuando exista la *necesidad* y prioridad, la técnica del *overruling* permite cambiar motivadamente un precedente en su núcleo normativo aplicado al nuevo precedente ya sea en el caso de análisis (eficacia retrospectiva) o, en la mayoría de los supuestos casos del futuro (*prospective overruling*). Precisamente, la técnica del *prospective overruling* se utiliza cuando el juzgador advierte a la población del inminente cambio que va a realizar de sus fallos, sin cometer la injusticia ínsita en una modificación repentina de las reglas que se consideran como válidas.

Así también se ha sostenido que el cambio de precedente es también una práctica habitual en los Tribunales Constitucionales de los sistemas del *civil law*. Así, por ejemplo, en el Perú se ha utilizado esta técnica en los siguientes casos: Exp. N° 3361-2004-PA/TC; Exp. N° 90-2004-PA/TC; Exp. N° 01405-2010-PA/TC; Exp. N° 649-2002-AA/TC, Exp. N° 0025-2005-A/TC; Exp. N° 00001-2009-PI/TC, entre otros.⁴⁰⁴”

En una línea similar se argumenta: “Este apartamiento del precedente, u *overruling*, puede generar efectos de inmediato, o en un momento posterior determinado en el tiempo y especificando en el pronunciamiento correspondiente (*prospective overruling*). Incluso en algunos casos se han dado o invocado a nivel judicial supuestos de *anticipatory overruling*, figura que implica que un juez(a) de grado menor pueda adelantarse al cambio de precedente que, de todas maneras, pronto será aprobado por quien(es) aprobó(aron) el precedente (sea(n) la(s) misma(s) persona(s) que lo dictó (dictaron) o quien(es) asume(n) esa responsabilidad).⁴⁰⁵”

2.5.10.1.2.- Clases de Overruling.

A.- Present Overruling.

Al respecto la doctrina expone: “El *present overruling*, implica el cambio de orientación jurisprudencial que adquiere eficacia inmediata, de modo que las reglas serán aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión”.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ GACETA JURÍDICA. TC Gaceta Constitucional. Constitucionalismo Crítico. *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Primera Edición. Enero 2012. Págs. 323-324.

⁴⁰⁵ ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *Notas sobre la configuración, uso y alcances de los precedentes por la administración y el Indecopi en el Perú*. En: Precedentes y Normativa del Indecopi en Propiedad Intelectual. Serie Compendios Normativos N° 1 INDECOPI. Lima. 2014. Pág. 29.

⁴⁰⁶ CARRUITERO LECCA, Francisco. GUTIERREZ CANALES, Mario Raúl. *Estudio Doctrinario y Jurisprudencial al Título Preliminar del Código Procesal Constitucional Ley N° 28237*. Studio Editores. Primera Edición. Agosto 2006. Pág. 308.

B.- Prospective overruling.

Al respecto la doctrina expone: “La figura del *prospective overruling* se inserta en aquellos ordenamientos como el norteamericano donde existen precedentes vinculantes. Los cambios que se producen en dicho modelo pueden ser producto de una paulatina “transformación” o también de la decisión radical, y no muy empleada, del Tribunal Supremo de “revocar su precedente” (*overrule*) para “configurar un nuevo derecho que rompe tajantemente con el sentido de sus decisiones anteriores, las cuales pierden por completo su fuerza vinculante”⁴⁰⁷. De otro lado, la “doctrina prospectiva” indica que el criterio acogido por una sentencia regirá para el futuro y no en forma retroactiva.

Suele mencionarse como un paso decisivo en el desarrollo de dicha doctrina la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Linkletter* (1965). En tal ocasión, el Tribunal desestimó la revisión de la sentencia del señor Linkletter quien “había sido condenado sobre un tipo de pruebas que posteriormente a su condena firme el Tribunal Supremo (Sentencia *Mapp*, 1961) había declarado contrarias al principio *due process of law*”⁴⁰⁸. El Tribunal consideró que si aplicaba retroactivamente la doctrina que rechazaba la validez constitucional de dichas pruebas, el Poder Judicial tendría que revisar tal cantidad de condenas que se generaría una “desorganización profunda de la administración de justicia”⁴⁰⁹. A fin de evitarlo, dispuso que su criterio se aplique para el futuro. Posteriormente en el caso *Stovall* (1967), sintetizó los criterios básicos a tomar en cuenta para aplicar la doctrina prospectiva.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ MAGALONI KERPEL, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, cit., p. 157. Citado por ABAD YUPANQUI, Samuel B. *El Precedente en el Derecho Procesal Constitucional Peruano. Una indispensable fuente del Derecho*. En: JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional. Grijley. Enero N° 1. 2008. Pág. 52.

⁴⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional; la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 61, Madrid, 1989, p. 6. Citado por ABAD YUPANQUI, Samuel B. *El Precedente en el Derecho Procesal Constitucional Peruano. Una indispensable fuente del Derecho*. En: JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional. Grijley. Enero N° 1. 2008. Pág. 52.

⁴⁰⁹ *Loc cit.* Citado por ABAD YUPANQUI, Samuel B. *El Precedente en el Derecho Procesal Constitucional Peruano. Una indispensable fuente del Derecho*. En: JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional. Grijley. Enero N° 1. 2008. Pág. 52.

⁴¹⁰ Así, señaló “a) La finalidad de que se establezcan nuevos criterios normativos; b) La extensión de la confianza en las anteriores criterios interpretativos por parte de las autoridades que aplican el Derecho y c) El efecto sobre la administración de justicia que podría producir una aplicación retroactiva de los nuevos criterios normativos”. Citado por ABAD YUPANQUI, Samuel B. *El Precedente en el Derecho Procesal Constitucional Peruano. Una indispensable fuente del Derecho*. En: JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional. Grijley. Enero N° 1. 2008. Pág. 52.

En el Perú, aún se requiere precisar con mayor detalle las razones y criterios que justifican que un precedente se aplique de inmediato o que surta efectos hacia el futuro para garantizar seguridad y predictibilidad jurídicas.”⁴¹¹

En sentido similar Pazo Pineda expone: “En cualquier supuesto, no resulta indispensable que el Tribunal se adhiera a un precedente constitucional anteriormente adoptado. Se había mencionado que la función del derecho era encontrar un adecuado equilibrio con el desarrollo social, por lo que esta regla también deberá aplicarse respecto de precedentes que, por las circunstancias particulares que rodean el caso, ya no deban ser aplicados por los poderes públicos. De esta manera, se ha reconocido el *prospective overruling* como una facultad que también puede ser ejercida por el Tribunal Constitucional. Esta técnica, propia del sistema del *common law*, que permite que se restablezca la confianza política frente a leyes constitucionales problemáticas, ya que introduce la posibilidad de que, pese a la modificación de un precedente, la referida variación solo operará a futuro, sin perjudicar los casos que, en virtud del principio de seguridad jurídica, se hubieran iniciado con el procedimiento anterior⁴¹². Sobre esta técnica, el Tribunal ha afirmado que “permite cambiar un precedente en su ‘núcleo normativo’ aplicando el nuevo precedente, ya sea al caso en análisis (eficacia retrospectiva) o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro (*prospective overruling*). [...] Se utiliza cuando un juzgador advierte a la población del inminente cambio que va a realizar de sus fallos, sin cometer la injusticia ínsita en una modificación repentina de las reglas que se consideraban como válidas.”⁴¹³

“En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional, en el caso Díaz la Torres, tuvo la oportunidad de afirmar que era de aplicación “el *prospective overruling*, mecanismo mediante el cual todo cambio en la jurisprudencia no adquiere eficacia para el caso decidido sino para los hechos producidos con posterioridad al nuevo precedente establecido. En el caso de autos, la Resolución N° 415-2002-CNM, de fecha 28 de agosto de 2002, fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 29 de agosto de 2002; es decir, antes de la emisión de la sentencia que configura el nuevo precedente, razón por la cual la demanda no puede ser estimada”⁴¹⁴. Esta técnica tiene el principal propósito de adaptar las modificaciones sociales o reales a la normativa vigente, por lo que el Tribunal, al momento de adoptarla, no incurre en ninguna clase de contradicción o de incompatibilidad, más aún si, en virtud de la seguridad jurídica, el Tribunal

⁴¹¹ ABAD YUPANQUI, Samuel B. *El Precedente en el Derecho Procesal Constitucional Peruano. Una indispensable fuente del Derecho*. En: JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional. Grijley. Enero N° 1. 2008. Pág. 52.

⁴¹² TREANOR, William y SPERLING, Gene. “Prospective overruling and the revival of ‘unconstitutional’ statutes”. Columbia Law Review. Volume 93 (1993), p. 1906. Citado por PAZO PINEDA, Oscar Andrés. *El precedente constitucional vinculante: perspectivas desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 105.

⁴¹³ STC Exp. N° 3361-2004-PA/TC. Sentencia de 12 de agosto de 2005, f. j. 5. Citado por PAZO PINEDA, Oscar Andrés. *El precedente constitucional vinculante: perspectivas desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 105.

⁴¹⁴ STC Exp. N° 09084-2006-PA/TC. Sentencia de 21 de marzo de 2007, f. j. 9. Citado por PAZO PINEDA, Oscar Andrés. *El precedente constitucional vinculante: perspectivas desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 106.

emplea las nuevas reglas procesales “a futuro” con el objetivo de no vulnerar la certeza o la confiabilidad en el derecho que debe gozar cualquier justiciable.”⁴¹⁵

C.- Anticipatory overruling.

Esta clase de overruling no se da en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo anotamos algunas transcripciones por una cuestión didáctica: “Se entiende por *anticipatory overruling* la actuación de las Cortes de Apelaciones estadounidenses en relación al *overruling* de los precedentes de la Suprema Corte. Se trata, en otros términos, del fenómeno identificado como anticipación a la probable revocación del precedente por parte de la Corte Suprema.”⁴¹⁶

“Los fundamentos más importantes, apuntados por la doctrina, para el *anticipatory overruling* son: i) el desgaste del precedente; ii) las nuevas tendencias en las decisiones de la Suprema Corte; y iii) la conciencia de que la Suprema Corte está aguardando un caso apropiado para la revocación del precedente.”⁴¹⁷

“Por otro lado, desde 1981, cuando se pasó a admitir el *antecipatory overruling* en los Estados Unidos, existen cuestionamientos que consideramos significado de la anticipación de la revocación del precedente de la Suprema Corte, por parte de las Cortes de Apelación, en la perspectiva de las teorías declaratoria y constitutiva (...)”⁴¹⁸

2.5.10.1.3.- Diferencias entre *Overruling* y cambio de línea jurisprudencial.

Anteriormente dijimos que el *overruling* implicaba que el TC, revocaba un PV anterior, ahora debemos agregar que cuando el TC, deja sin efecto una anterior línea jurisprudencial, se entiende que no tiene la calidad de PV, no estamos ante un *overruling*, pues es una cosa muy distinta, es decir si existe una anterior doctrina jurisprudencial, lo que en puridad ocurre es que si revoca una sentencia anterior que iba en determinado sentido digamos contenía la interpretación “A” y ahora ha sido cambiada a la interpretación “B”, lo que en puridad se ha producido no es un *overruling*, sino un cambio de línea jurisprudencial. En consecuencia estamos ante un *overruling*, cuando el TC, revoca, cambia un PV anterior y estamos ante un cambio de línea jurisprudencial cuando el TC, deja sin efecto una sentencia anterior que no tiene la calidad de PV, incluso puede tener la calidad de doctrina jurisprudencial vinculante, conforme al Art. VI del TP del CPConst., pero a ello no se le puede calificar como *overruling*.

En consecuencia el overruling es única y exclusivamente para el PV, no es para cualquier clase de sentencia, al respecto la doctrina apunala nuestros argumentos: “No obstante, aún en los sistemas del common law, la regla del

⁴¹⁵ PAZO PINEDA, Oscar Andrés. *El precedente constitucional vinculante: perspectivas desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Págs. 105-106.

⁴¹⁶ GUILHERME MARINONI, Luiz. *Precedentes Obligatorios*. Ob. Cit. Pág. 461.

⁴¹⁷ Ibídem. Pág. 463.

⁴¹⁸ Ibídem. Pie de página 20. Pág. 27.

stare decisis no constituye un principio de seguimiento absoluto. De allí el desarrollo de las técnicas de la “distinción” (distinguishing) que permite a otros tribunales inaplicar el precedente mediante la búsqueda de diferencias (muchas veces sutiles) entre el caso que motivara el precedente y el que se está llamando a juzgar; y del overruling por la cual el mismo tribunal que sentó el precedente deja este de lado por no considerarlo ya más como la doctrina “correcta”.⁴¹⁹

“Mediante el *overruling*, el Alto Tribunal se parte de su propio precedente, fundamentando la necesidad de sentar un nuevo precedente que anule uno anterior. Dicho en otras palabras, es una técnica de apartamiento en servicio exclusivo del propio Tribunal que dictó en su momento un precedente y ahora desea modificarlo.”⁴²⁰

“[el artículo 22° de la LOPJ] También le da la facultad a la Corte Suprema de apartarse de un criterio jurisprudencial fijado, debiendo fundamentar el motivo por el que cambia de regla jurídica. Es lo que se conoce como la técnica del *overruling*, que permite cambiar un precedente en su “núcleo normativo” por un nuevo precedente, ya sea aplicable al caso análisis (eficacia retrospectiva) o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro (*prospective overruling*).”⁴²¹

En línea similar y planteándose la siguiente pregunta se puede concluir que el *Overruling*, es para la categoría de sentencias que tienen la calidad de PV:

“¿Es posible apartarse de un precedente en el Derecho anglosajón? Líneas arriba, pudimos apreciar como en el *Common Law* se diferencia el precedente persuasivo del ineludible (o vinculante). De allí, es fácil deducir que no es necesario apartarnos de un criterio persuasivo, pues basta con no citarlo al sentenciar (dado que consideramos como un elemento de apoyo).

En cambio, como el juez se encuentra ligado (*binding*) a los precedentes vinculantes, para no adoptar el criterio que este apareje, deberá estar en alguno

⁴¹⁹ [41] Ver Antonin Scalia, *A matter of interpretation*, Princeton: Princeton University Press, 1997. Citado por VÍTOLO, Alfredo M. *Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”*. En: Pensamiento Constitucional N° 18. 2013. Pág. 366. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8961/9369> (Fecha de consulta 03/03/19).

⁴²⁰ SALAS VÁSQUEZ, Pedro Pablo. *Doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Constitucional análisis y comentarios*. Gaceta Jurídica S.A. Agosto 2017. Pág. 17. Debemos agregar que el autor utiliza de manera adecuada el término anular, porque en la página 30 de la obra citada confunde los términos de derogación con la declaratoria de inconstitucionalidad, lo cual es un despropósito.

⁴²¹ Definición extraída de la STC Exp. N° 03361-2004-AA/TC, del 12 de agosto de 2005. Citado por ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor. *La función de los precedentes vinculantes y de la doctrina jurisprudencial vinculante de la Corte Suprema*. (Estudio Introductorio). En: Compendio total de jurisprudencia vinculante penal y procesal penal. Precedentes vinculantes, acuerdos plenarios y doctrina jurisprudencial. Tomo II. Gaceta Jurídica. S.A. Primera Edición: Marzo 2017. Pág. 14.

de los tres supuestos⁴²² siguientes, argumentando de modo distinto en cada caso:

- I. Si el precedente está viciado en su formación o estructura. Se trata de defectos de origen (vicio *ab origine*) que le quitan eficacia normativa al precedente⁴²³.
- II. Si no es pertinente para el caso concreto. Para este supuesto el juez debe utilizar el *distinguish* y solo opera para el caso que está resolviéndose.
- III. Si su existencia ya no está justificada por lo que debe adoptarse un criterio nuevo. En estos casos la herramienta que se utiliza para eliminar los efectos normativos del precedente se denomina *overruling*.

Entonces, son estos los únicos supuestos por los cuales un juez puede exceptuarse de la doctrina del *stare decisis*⁴²⁴ en el *Common Law* con sus propias particularidades, similares consideraciones se han propuesto en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.⁴²⁵

En línea similar el profesor Quiroga León expone: “**El Overruling.-** El caso en el cual de modo expreso se deja sin efecto un precedente vinculante, y se le sustituye por uno nuevo. En ese sentido, se quiebra un precedente vinculante y se le reemplaza por uno nuevo, en virtud de la misma facultad de establecimiento de los precedentes vinculantes.”⁴²⁶

Continúa: “Sin embargo, no cualquier resolución del Tribunal Constitucional adquiere la calidad de precedente vinculante, ya que para que una sentencia del Tribunal Constitucional pueda ser considerada como tal, cuando menos debe de cumplirse los siguientes dos requisitos:

- En primer lugar, debe tratarse de una decisión del Tribunal Constitucional que tenga pronunciamiento sobre el fondo, es decir, que la demanda constitucional

⁴²² Ibídem, p. 42. Citado por TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica S.A. Primera edición. Diciembre 2011. Pág. 31.

⁴²³ Un caso comparable ocurrió cuando mediante la STC Exp. N° 03908-2007-PA/TC, el Tribunal Constitucional peruano decidió que el “Recurso de Agravio Constitucional (RAC) favor del precedente” dictado a través, justamente, de un precedente (STC Exp. N° 04853-2004-PA/TC), no cumpla con los requisitos para serlo, por lo que señaló en su fallo que ante el desacato de la regla contenida en un precedente se debería acudir a un amparo y ya no al RAC. Citado por TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica S.A. Primera edición. Diciembre 2011. Pág. 31.

⁴²⁴ Alocución latina cuyo nombre completo es *stare decisis et quia non moveré* que significa “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”. Citado por TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica S.A. Primera edición. Diciembre 2011. Pág. 31.

⁴²⁵ TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica S.A. Primera edición. Diciembre 2011. Pág. 31.

⁴²⁶ QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Interpretación vinculante del Tribunal Constitucional y sus efectos en la Jurisprudencia del Poder Judicial*. En: V congreso nacional de derecho procesal constitucional. A diez años de la vigencia del Código procesal constitucional. Arequipa - Perú. Del 30 de octubre al 01 de noviembre 2014. ADRUS D & L Editores SAC. Primera Edición Octubre 2014. Pág. 205.

no haya sido declarada improcedente por una simple cuestión formal o de admisibilidad; y,

- En segundo lugar, así deberá expresarlo la sentencia misma; ella deberá expresar que se está creando un precedente de obligatorio cumplimiento.

Creado el precedente, este no tiene por qué durar para siempre. De hecho, el Tribunal Constitucional podrá desvincularse de él, pero para que ello ocurra la ley exige que se razone el cambio, expresando los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones que justifican el cambio. Obviamente, el precedente que esté vigente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vincula a las correspondientes instancias inferiores judiciales de modo que estas no podrán apartarse de él. El cambio de criterio jurisprudencial como precedente solo puede efectuarlo el Tribunal Constitucional y a partir de aquí -y en plena aplicación del precedente vigente- los magistrados del Poder Judicial deberán cambiar el criterio jurisprudencial que venían aplicando.

En efecto, el Art. VII del Código Procesal Constitucional regula la figura del precedente vinculante. En él, básicamente, se hacen dos previsiones: por un lado, se establece que el Tribunal Constitucional puede fijar en sus sentencias precedentes vinculantes; por otro, se prevé que para apartarse de uno de estos precedentes dicho Tribunal debe expresar las razones que le lleven a ello. Se entiende que los efectos del precedente vinculante son similares a una ley, lo que resulta una afirmación imprecisa que confunde la vinculación general con efectos *erga omnes*. La doctrina ha vinculado esta figura con la tradición inglesa de *stare decisis*, que da vocación normativa a las decisiones judiciales, y con la problemática de la *ratio decidendi*, o sea, de la parte de las sentencias que presenta carácter vinculante por ser los elementos de razonamiento que sustentan el fallo. La previsión del Código se valora positivamente al entender que se evita la inseguridad a la hora de identificar la *ratio decidendi*. Así, el Tribunal Constitucional determina qué es lo que vincula a los órganos inferiores.”⁴²⁷

2.5.10.2.- El Distinguishing.

Al respecto la doctrina expone ““Un precedente judicial debe ser seguido, salvo que pueda ser “distinguido”, esto es, que pueda mostrarse que hay una distinción importante entre los hechos del caso precedente y los del presente. La cuestión que se plantea en estos casos es siempre la misma: ¿hay alguna diferencia sustancial entre los hechos del presente caso y los hechos del precedente para justificar que la regla sea diferente?

En principio esta técnica no es más que uno de los momentos más importantes del proceso de aplicación del derecho, que consiste en determinar la *ratio decidendi*. Ahora bien, como es ampliamente admitido, los tribunales la emplean muchas veces para no aplicar determinados precedentes cuya solución se considera injusta, incorrecta, etc. E incluso -como señala ZANDER- a veces

⁴²⁷ Ibídem. Págs. 220-221.

el tribunal distingue lo indistinguible como la única manera para escapar de las garras de un precedente no deseado que, de otro modo, sería obligatorio⁴²⁸. Haciendo hincapié en la misma idea DOUGLAS señala: "... distinguir los precedentes es a menudo una vía gradual opuesta al procedimiento de derogación"; y para este autor el proceso de distinguir los precedentes puede realmente servir para (o tener el mismo efecto) que derogar⁴²⁹.

Veamos un ejemplo. En *Steel v. Glasgow Iron and Stleed Co. Ltd. (1944 S.C. 237)* el guarda de un tren de maniobras murió mientras intentaba sin éxito impedir una colisión inminente con un tren en marcha pendiente abajo debido a la falta de cuidado de los empleados de la Compañía acusada. Si, en vez de intentar tomar medidas para proteger la propiedad de su empresa, el guarda hubiera mirado por su propia seguridad claramente hubiera podido escapar sin daños. Pero no lo hizo. Entonces su viuda demandó a la Compañía pidiendo indemnización por daños (*damages* y *solatium*) en base a que la muerte de su marido fue debida a una negligencia punible de sus dueños. El problema en cuestión era si la acción del guarda al ponerse en peligro a sí mismo para minimizar los daños a causa de la inminente colisión podía ser considerada como un *novus actus interveniens* que rompe la "cadena de causación" entre el acto de falta de cuidado de los demandados en lo alto de la colina y el accidente del guarda en el fondo de la misma, a fin de imputar la culpabilidad a la Compañía. ¿Tiene que ser considerado el guarda como el autor de su propia desgracia puesto que ha tomado voluntariamente un riesgo que él podía haber evitado? Si es así, su daño podía ser demasiado "remoto" respecto del acto que creó la situación de riesgo para implicar la culpabilidad del demandado. Hasta entonces no había una regla específica sobre este problema, pero en el derecho escocés se había establecido que el acto de un rescatador al salvar a otra persona puesta en peligro por el acto negligente de una tercera persona está sujeto a la reparación del daño si aquél ha sufrido daños; y los tribunales ingleses siguieron la misma doctrina. Los demandados pidieron que dicha regla operara exclusivamente en favor de los salvadores de la vida o de partes del cuerpo de una persona (no de los que salvaban cosas), petición que fue rechazada por el tribunal."⁴³⁰

A nuestro turno diremos que las reglas nacen de un caso, es decir se ha suscitado un hecho jurídico controvertido que ha sido resuelto por el TC, el cual ha extraído reglas de un caso concreto y ha decidido establecer reglas con calidad de PV, en este caso debemos mencionar que las reglas están vinculadas a los hechos, que le dieron origen, es decir el PV Huatuco Huatuco, que está pensado y construido sobre la base de ciertos hechos de una secretaria judicial que pertenece al régimen laboral 728, no podemos pretender aplicar esas reglas a un trabajador que pertenece a otro régimen laboral CAS, por ejemplo, en estos supuestos el operador jurídico está obligado a *distinguir* los hechos que dieron

⁴²⁸ M. ZANDER (1989), p. 257. Citado por ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Civitas. Madrid. 1995. Pág. 78.

⁴²⁹ W. O. DOUGLAS. (1979), p. 524. Citado por ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Ob. Cit. Pág. 78.

⁴³⁰ ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Civitas. Madrid. 1995. Págs. 78-79.

origen al PV, y no puede pretender aplicar reglas para hechos distintos para los cuales fue creado el PV. En consecuencia a través del *Distinguishing*, el operador jurídico no aplica un PV, se entiende anterior, por cuanto los hechos que dieron origen a las reglas que constituyen PV, son distintos.

Al respecto la doctrina expone: “Un caso anterior no es un precedente en lo absoluto, si éste difiere en cuestiones esenciales.”⁴³¹

“Distinguir es un proceso dual de analogía a la inversa, donde el precedente no es impugnado como tal, pero es declarado como inaplicable.”⁴³²

“(…) existen dos formas principales en las que un precedente puede ser discernido: o bien el caso previo no se refiere realmente a lo que se afirma, o la situación actual difiere en importantes aspectos de hecho o de derecho. El primero se centra en el caso anterior y limita su razón de ser, lo que podría llevarlo a uno a llamar este proceso como *obiter* retrospectivo. Un ejemplo de esto es la opinión de *Namibia*, en la cual la CIJ restringió el análisis de la opinión *Estatuto de Carelia Oriental* para volverse miembro de la Liga de Naciones y comparecer ante la CPIJ.⁴³³ El último es quizá el método más típico de discernimiento. Se centra en la situación actual y apunta a distintas circunstancias garantizando una disminución de las cargas argumentativas, que de nuevo es un acto de dar contenido al esqueleto del ordenamiento jurídico internacional.”⁴³⁴

⁴³¹ JACOB, Marc. *La función sistémica del precedente: Perspectivas del derecho inter nacional*. En: Von Bogdandy, Armin. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Morales Antoniazzi, Mariela. (Coordinadores). *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?* Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Primera Edición: 19 de noviembre de 2010. Pág. 705. Disponible también en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2895/21.pdf>

⁴³² Véase Langenbucher, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht* 99. Citado por JACOB, Marc. *La función sistémica del precedente: Perspectivas del derecho inter nacional*. En: Von Bogdandy, Armin. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Morales Antoniazzi, Mariela. (Coordinadores). *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?* Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Primera Edición: 19 de noviembre de 2010. Pág. 706.

⁴³³ Sudáfrica, de otra parte, afirmó, acorde posiblemente con el entendimiento contemporáneo, que el CPIJ en ese caso se ha rehusado a resolver la cuestión referida, porque ésta estaba directamente relacionada con el punto principal de una disputa pendiente entre dos estados. Véase CIJ Rep. 1971, Opinión consultiva del 21 junio de 1971, p. 23, paras. 30 y 31, y CPIJ, Opinión consultiva del 23 julio de 1923, Serie B, núm. 5, p. 27. Citado por JACOB, Marc. *La función sistémica del precedente: Perspectivas del derecho inter nacional*. En: Von Bogdandy, Armin. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Morales Antoniazzi, Mariela. (Coordinadores). *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?* Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Primera Edición: 19 de noviembre de 2010. Pág. 707.

⁴³⁴ Véase *Lotus* at p. 26, y *Arrest Warrant* del 11 de abril de 2000 (*Democratic Republic of the Congo vs. Belgium*), fallo del 14 de febrero de 2002, salvamento de voto conjunto de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, p. 89, para. 88 (manifestando perplejidad sobre la seguridad de la Corte en *Factory at Chorzów*). Citado por JACOB, Marc. *La función sistémica del precedente: Perspectivas del derecho inter nacional*. En: Von Bogdandy, Armin. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Morales Antoniazzi, Mariela. (Coordinadores). *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?* Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. Max-Planck-Institut

Una figura semejante al *distinguishing*, es la *Transformation*, la cual no se aplica en nuestro ordenamiento jurídico, al respecto la doctrina expone: “Situación semejante ocurre en la hipótesis de *transformation*, que se verifica cuando el tribunal, sin eludir al *distinguished* fija un nuevo entendimiento y, de tal suerte, implícitamente revoca el precedente, pero deja de declarar su revocación. En lugar de realizar el *overruling* del precedente considerado obsoleto o equivocado, la corte lo reconstruye o transforma. Nótese que, en la situación del *distinguished* forzado o inconsistente, la inconsistencia está en el propio *distinguished*, mientras, en la hipótesis de *transformarían*, el equívoco está en tomarse en cuenta el precedente a partir de una mutación.”⁴³⁵

2.5.10.3.- La interpretación más tuitiva y favorable.

Quizás de las pocas excepciones al PV, que hemos mencionado, esta sea la menos difundida, sin embargo queremos comenzar esbozando una frase aleccionadora “*Nadie tiene la última palabra*”, decimos esto por cuanto en la interpretación más tuitiva y más favorable de un derecho fundamental, implica que primará la interpretación del operador jurídico que proteja de mejor manera los derechos fundamentales, imaginemos un supuesto sobre la interpretación realizada por un juez del poder judicial que protege de mejor manera un derecho fundamental que a contraposición como lo hace el TC, entonces primara la interpretación del juez del poder judicial, veamos un ejemplo:

El profesor Figueroa Gutarra se autoplantea una pregunta vinculada al tema: **“¿No sería acaso la interpretación judicial, en auxilio de una mejor tutela de un derecho fundamental y por ende, de la Constitución, la que debería prevalecer, si protege mejor, en un caso concreto, un derecho constitucional? [20]**

[20] [Vide caso Sala Madre de Dios, sentencia de vista del 27 de mayo de 2011, Exp. N° 351-2011, dictada por la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. La sentencia referida revoca una sentencia previa que declara infundada una demanda de habeas corpus y reformándola, la declara fundada.

El caso alude a una demanda interpuesta en favor de un congresista electo por el departamento de Madre de Dios y señala como fundamento que la Sala Penal Liquidadora ordenó su detención cuando este ya se encontraba protegido por la inmunidad de arresto desde el día 28 de abril de 2011. La Sala Superior se aparta así de la doctrina jurisprudencial del TC, específicamente del fundamento jurídico 29 de la STC Exp. N° 0026-2006-PVTC, vinculada al tema, alegando una no vinculatoriedad de la decisión del Tribunal en vista de una interpretación distinta.

La Sala señala:

“18. La sentencia mencionada del Tribunal Constitucional, también ha desarrollado los conceptos de ámbito penal y ámbito temporal, los mismos

für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Primera Edición: 19 de noviembre de 2010. Págs. 707-708.

⁴³⁵ GUILHERME MARINONI, Luiz. *Precedentes Obrigatorios*. Ob. Cit. Pág. 129.

que constituyendo doctrina jurisprudencial (no vinculante), los hacemos nuestros con las precisiones y reservas respecto al primer párrafo del fundamento 29, respecto al tiempo en que comienza la protección de arresto, por las razones que explicaremos más adelante (...).

20. Respecto de la posición del Tribunal Constitucional, que la inmunidad del arresto comienza cuando el Jurado Nacional de Elecciones, proclama al congresista electo, este Colegiado es de criterio que el acto de proclamación es solo un acto declarativo y no constitutivo, debiendo protegerse al congresista electo, desde la proclamación de los resultados finales de las Elecciones Congresales (...)."

El caso señalado puede plantear varias aristas de debate en la medida que la Sala pretende alegar una mejor tutela de los derechos fundamentales del congresista favorecido por el hábeas corpus. Sin embargo, no hay que dejar de lado que se pretende hacer a un lado una sentencia interpretativa cuya naturaleza es vinculante, aspecto por cierto delicado en razón de que las sentencias interpretativas del Tribunal, por su naturaleza, constituyen una expresión del principio de supremacía de la Constitución, el cual sí goza, en contraposición al argumento de la Sala, de naturaleza vinculante en tanto constituye doctrina jurisprudencial. En consecuencia, no resulta acertado inaplicarla.]"⁴³⁶

Por si quepan las dudas ha sido el propio TC, el que se ha encargado de enunciar este tipo de excepción al PV, veamos el PV recaído en la **STC. Exp. N° 4853-2004-PA/TC. Caso Dirección Regional de Pesquería de la Libertad**, en el FJ 16 ha expuesto:

16. Todo lo anterior no excluye, en todo caso, que los jueces del Poder Judicial, que también son jueces de la Constitución, en la medida en que deben aplicarla como norma suprema del Estado en los casos que conocen, puedan también participar en esta labor de integración e interpretación en aras de dar una mayor y más amplia protección a los derechos fundamentales. En cualquier caso, las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse, en estos casos, por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto. De este modo, las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión, **mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado.** (Resaltados Nuestros).

⁴³⁶ FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *Precedentes Vinculantes: ¿Consolidación normativa o restricciones a las facultades interpretativas de los jueces?* Ob. Cit. Pág. 288.

En sentido similar las **Conclusiones del Tema I del Pleno Jurisdiccional Distrital Constitucional 2010**. Corte Superior de Justicia de Lima. Lima, 15 y 16 de Julio de 2010.

Tema I. El precedente vinculante frente a la independencia judicial.

¿Los magistrados de los distintos órganos jurisdiccionales, deben aplicar los precedentes vinculantes en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional o, podrían apartarse de ellos con la debida motivación en atención a la independencia de la que gozan, como lo prevé la Constitución Política del Estado?

Conclusión Plenaria: “Los jueces como regla deben aplicar los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional; pero, pueden desvincularse de dichos precedentes, siempre que con su decisión se proteja de mejor manera al accionante, en cuanto al derecho fundamental violado.”

Finalmente, en contra de los argumentos del TC recaídos en la STC. Exp. N° 4853-2004-PA/TC, el profesor Castillo Córdova expone: “Repárese en el hecho de que al juez se le reconoce la capacidad de examinar las circunstancias de los casos futuros que conoce a fin de determinar si su configuración fáctica exige o no la aplicación del criterio hermenéutico dispuesto en la *ratio decidendi*. Al juez no se le reconoce la capacidad de modificar el criterio interpretativo, el cual se mantiene incólume, de modo que siempre que el criterio sea aplicable deberá ser aplicado por el juez en la solución del caso concreto.

Por tal motivo no comparto -al menos no respecto de las *ratio decidendi*- el parecer del Tribunal Constitucional cuando éste decide que el contenido de la interpretación formulada por él formulada, pueda ser modificado por los jueces en los casos concretos. Así ha dicho el Alto Tribunal: “las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado”⁴³⁷.

En este sentido se podrá decir que la vinculación es absoluta: siempre que el criterio sea aplicable al caso concreto, el juez no podrá inaplicarlo y resolver el caso al margen del mismo. Obviamente, si el juez considera que la *ratio decidendi* no es aplicable, entonces tendrá que argumentarlo y además de modo suficiente y con argumentos fuertes. Si no es posible argumentar la inaplicación del criterio jurisprudencial, o habiendo razones para la inaplicación el juez no lo argumenta, y en uno y otro caso el juez resuelve al margen del

⁴³⁷ EXP. N° 4853-2004-PA/TC, de 19 de abril de 2007, F. J. 16. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano*. En: JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional. Enero N° 1. 2008. Grijley. Pág. 58.

criterio contenido en la ratio decidendi, entonces, el juez habrá incurrido en inconstitucionalidad. Esta vinculación viene estrechamente relacionada a la vinculación que se predica de los precedentes vinculantes, asunto harto complejo que será abordado más adelante, por lo que nada más se dirá ahora acerca de la vinculación a la ratio decidendi en una sentencia constitucional.”⁴³⁸

2.5.10.4.- El control convencionalidad.

Al respecto la doctrina expone: “Uno de los más recientes y efectivos esfuerzos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para incrementar el nivel de cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a nivel nacional es la creación de la doctrina del “control de convencionalidad”. La Corte la ha entendido como “una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional”, principalmente “el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia” de dicho Tribunal.

Esta doctrina establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etcétera) de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el *corpus juris interamericano*; en caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional y el *corpus iuris interamericano*, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer *de oficio* el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno.”⁴³⁹

A nuestro turno debemos decir que ya hemos brindado algunas líneas sobre el Control de Convencionalidad por lo que nos remitimos a lo que hemos dicho líneas arriba, lo que si corresponde agregar es que el control de convencionalidad, puede constituirse en una alternativa para que vía control difuso de convencionalidad se inaplique un PV. El caso paradigmático por excelencia es el PV recaído en la STC. Exp. N° 04293-2012-AA/TC. Caso Consorcio Requena. El TC, estableció que la administración pública no puede aplicar control difuso, sin embargo el operador jurídico -se entiende la administración pública- puede hacer caso omiso al PV, recurriendo a los lineamientos del precedente supranacional vinculante recaído en el Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, de 20 de marzo de 2013. En donde la CorteIDH, dejó establecido que cualquier autoridad, -se entiende incluido la administración pública- puede aplicar control difuso,

⁴³⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano*. Ob. Cit. Pág. 58.

⁴³⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Martínez Ramírez, Fabiola. Figueroa Mejía, Giovanni A. (Coordinadores). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Tomo I. Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera edición: 24 de abril de 2014. Pág. 233.

entonces la pregunta que sigue es ¿Sigue vigente el control difuso a favor de la administración pública?

Al respecto la doctrina expone: “Por ello es que, a manera de imaginar una solución ante la situación vigente, (...) propondré el control de convencionalidad, como una alternativa válida ante la atadura que significa para los órganos administrativos el no poder aplicar el control difuso de constitucionalidad. La propuesta siguiente, cabe precisar, es preliminar y perfectible y, como toda propuesta busca, más que cerrar el debate, generarlo.”⁴⁴⁰

2.5.10.5.- El Principio de Previsión de consecuencias.

El principio de previsión de las consecuencias es un principio rector de la Interpretación Constitucional, implica que el intérprete⁴⁴¹ module el impacto de las consecuencias de sus decisiones en los justiciables y en la sociedad, a fin de no incurrir en actos irrazonables que podrían constituir mayores visos de inconstitucionalidad.

De manera acertada se señala las cualidades que debe tener el intérprete constitucional: “La interpretación constitucional requiere que el sujeto que la realiza posea ciertas cualidades y que al llevar a cabo su labor tome en cuenta los importantes aspectos que se desprenden de la naturaleza de las normas constitucionales, y también del contexto económico, político, social y cultural en el que, desde el siglo pasado, ya había sido notado y puesto de relieve por Alexis de Tocqueville, en su inmortal obra *La Democracia en América*, (...)”⁴⁴²

Dicho esto, su aplicación en relación a las excepciones al PV, implica que el TC, o el operador jurídico, inaplique un PV, por cuanto podría tener efectos perniciosos para el justiciable, proponemos un ejemplo mediante el PV, recaído en la STC. Exp. N° 1417-2005-PA/TC. Caso Manuel Anicama Hernández. El TC redujo el contenido de los presupuestos para recurrir vía proceso de amparo, redujo el contenido interpretativo del derecho a la pensión y estableció el Contenido esencial del derecho a la pensión.

Uno de los contenidos del derecho a la pensión que ya no pueden ser debatidos vía proceso de amparo es la **regularización del monto de la pensión vitalicia**, sin embargo a pesar que el mencionado PV, ya había sido publicado

⁴⁴⁰ BOLAÑOS SALAZAR, Elard R. *¿Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición de control difuso en sede administrativa?* En: Administración Pública & Control N° 27. Marzo 2016. Pág. 70. Disponible también en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Puede_el_control_de_convencionalidad_se.pdf (Fecha de consulta 11/04/19).

⁴⁴¹ “Para identificar a los agentes –si no exclusivos, al menos típicos o privilegiados- de la interpretación constitucional, puede identificarse preliminarmente a los destinatarios de las normas constitucionales”. Vid. GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición 1999. Pág. 78.

⁴⁴² CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *La interpretación Judicial Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Comisión Nacional de Derechos Humanos. Primera Edición Abril de 1996. Pág. 79.

un pensionista Raúl Arroyo Curi, quien se encontraba gravemente enfermo, interpuso proceso de amparo en relación a la **regularización del monto de la pensión vitalicia**, a pesar que el PV, recaído en la STC. Exp. N° 1417-2005-PA/TC, lo prohibía, sin embargo por aplicación del principio de previsión de las consecuencias, se amparó su pretensión pues caso contrario correspondía enviarlo a transitar por larga vía contenciosa administrativa, lo cual implicaba causar un grave daño a su salud, inclusive le podía causar la muerte, en consecuencia aplicar el PV, a este caso a rajatabla como se dice, se iba a generar un grave perjuicio al pensionista, a continuación los argumentos del TC, recaído en los FJ 1 y 2 de la STC. Exp. N° 10035-2005-PA/TC. Caso Raúl Arroyo Curi, mediante el cual se inaplica el PV STC. Exp. N° 1417-2005-PA/TC.

1. En atención a los criterios de procedencia establecidos en el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y los artículos 5.º, inciso 1), y 38.º del Código Procesal Constitucional, este Tribunal estima que, en el presente caso, aun cuando la demanda cuestiona la suma específica de la pensión que percibe la parte demandante, procede efectuar su verificación por las especiales circunstancias del caso (grave estado de salud del demandante), **a fin de evitar consecuencias irreparables.**

2. En el presente caso, el demandante solicita que se incremente el monto de la renta vitalicia por enfermedad profesional que viene percibiendo, teniendo en cuenta que padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución. (Resaltados nuestros).

De manera similar el TC, reguló el impacto de sus PV, en el FJ de la STC. Exp. N° 2317-2010-PA/TC Caso Miguel Cadillo Palomino:

10. En ese sentido, resulta válido concluir que una aplicación simplemente mecánica o automática de los precedentes vinculantes emitidos por este Tribunal, desprovista de la necesaria consideración de su ratio decidendi y de la interacción de ésta con las peculiaridades del caso concreto, difícilmente sería compatible con la eficacia y utilidad que aquellas decisiones deben ostentar en el Estado Constitucional, así como con la idea de una adecuada protección de los derechos fundamentales. Y es que, como parece evidente, la interpretación del llamado derecho jurisprudencial, lejos de valerse de los clásicos métodos lógico-deductivos propios del derecho legislado, exige incorporar al razonamiento práctico de los jueces aquellas consideraciones o argumentos que sirvieron de base al Tribunal para tomar la decisión finalmente adoptada; ello con el objeto, no de propiciar indebidos apartamientos de la doctrina sentada por este Alto Tribunal, sino de adecuar la aplicación de los mismos a la realidad de los casos concretos, siempre que con ello se favorezca una mayor y más efectiva protección de los derechos fundamentales.

Al respecto la doctrina expone: “La idea expresada no deviene, en nuestra opinión, en un apartamiento del precedente vinculante sino en la mejora de los contenidos del caso por parte de los jueces. Es una regla que presenta, en forma similar, el derecho internacional de los derechos humanos interpretado en el sistema interamericano respecto al derecho interno de los Estados. En este caso, prevalece la interpretación del sistema supranacional sin que el Estado pueda alegar prevalencia de su Derecho Interno o afectación de su autonomía. Como mecanismo de excepción, solo si el Derecho nacional protege de mejor forma el caso sometido a conocimiento, el derecho supranacional no prevalecerá.

Sin perjuicio de lo sostenido, es importante precisar, respecto a la sentencia presentada, que la interpretación de mejora de contenidos, apunta a que los jueces consideren la base de aplicación del precedente vinculante para la respectiva mejora de su contenido, y no que la interpretación del juez se aparte de la del precedente.

La diferencia de figuras es muy notoria. El primer caso representa un esfuerzo de progresividad respecto al contenido del precedente vinculante; la segunda, por cierto más riesgosa, tiende a apartarse del contenido y alcances del precedente, en la tesis de hacer prevalecer una interpretación del juez por sobre la del Tribunal Constitucional, situación que llevaría a la eventual inaplicación de las interpretaciones del Tribunal y a que existan distintas interpretaciones, unas de mejor tutela que otras. Al respecto es importante delimitar funciones, roles y competencias: los jueces constitucionales deberían ser autónomos en sus interpretaciones de la Constitución más nuestro ordenamiento constitucional ha sido delimitado en base a que el Tribunal Constitucional es el órgano que en definitiva, interpreta la Constitución, no resultando el único intérprete pero sí el supremo. Al Tribunal Constitucional se le ha delegado las tareas de control normativo y por su ubicación en el ordenamiento constitucional, es a quien le compete la interpretación final de los derechos fundamentales.”⁴⁴³

En sentido similar la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante **Casación N° 991-2016-Lima Sur**,⁴⁴⁴ inaplicó un precedente judicial vinculante, contenido en el Tercer Pleno Casatorio Civil. Casación N° 4664-2010-Puno, al respecto el FJ sexto expuso:

Fundamento Jurídico destacado.

Sexto.- El mismo Pleno Casatorio expresa que en los procesos de familia ha de estarse a favor de la flexibilización procesal dado su carácter tuitivo, en lo que atañe, por ejemplo, al principio de congruencia. Siendo esto cierto, no es menos verdad que ello no supone generar indefensión en alguna de las partes resolviendo

⁴⁴³ FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *Derecho Constitucional II. Estudio sistemático y comparado de la estructura del estado*. Editorial San Marcos. Primera Edición 2012. Págs. 380-381. Disponible también en: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2011/07/01/stc-2317-2010-patc-caso-miguel-cadillo-palo-mino-%C2%BFdesvinculacion-del-precedente/>

⁴⁴⁴ Publicada el día Martes 3 de julio de 2018, en el diario oficial *El Peruano*. Págs. 111026-111029.

extremo que no fue objeto de controversia, ni mucho menos que se decida en abierta contradicción a la norma legal. Ello significaría negar el derecho de defensa y vulnerar uno de los principios básicos en los que se sustenta el sistema procesal moderno.

Al respecto la doctrina expone: “El juez debe ser consciente de las consecuencias que traerá el fallo que va a expedir, sobre todo en el aspecto político y social. El maestro Domingo García Belaunde señala en esta perspectiva que debe apreciarse las consecuencias del fallo, aunque ello no signifique que el control constitucional deba tener como meta los resultados y obrar en función de estos. Si bien la tarea de interpretación en el control constitucional debe ser desarrollada a través de las categorías propias sin interesar los resultados, es indudable que no puede ni debe ignorarlos.”⁴⁴⁵

En una definición jurisprudencial el TC expone en el FJ 58 de la STC. Exp. N° 0005-2005-CC/TC. Caso Banco Central de Reserva del Perú.

58.- Así pues, aun cuando el Tribunal Constitucional tiene la capacidad de declarar la nulidad de los actos viciados de incompetencia o de aquellos en cuyo iter de gestación no se hayan respetado los alcances de las competencias de algún órgano constitucional, el CPConst. autoriza a este Tribunal para que, “en su caso”, resuelva “lo que procediere” sobre las situaciones jurídicas producidas a consecuencia de la afectación de las mencionadas competencias. Dicho de otro modo, como manifestación del **principio de previsión de consecuencias** -derivado del artículo 45 de la Constitución, que ordena a todos los poderes públicos a actuar con las responsabilidades que ella exige-, el artículo 113 del CPConst. Ha establecido la posibilidad de que este Tribunal module los efectos de sus resoluciones con la intención de que de ellas no derive una inconstitucionalidad mayor que aquella que pretende solucionarse. (Resaltados nuestros).

En contra de nuestros argumentos se muestra el doctor Guzmán Napurí, el cual expone: “**El problema de la previsión de consecuencias** Un tema polémico, y que tiene importancia para el análisis que estamos efectuando ahora, es el que se refiere a la llamada previsión de consecuencias y si la misma puede ser considerada dentro de la interpretación que efectúa el Poder Judicial y en especial el Tribunal Constitucional. Aunque pueda parecer contradictorio con una concepción funcional de la interpretación constitucional, que es la que estamos usando, debemos señalar que el empleo de la previsión de consecuencias no es eficiente en el contexto de un Estado de Derecho puesto que podrían afectar la protección de derechos fundamentales en mérito a consideraciones que no son jurídicas.

⁴⁴⁵ UCHUYA CARRASCO, Humberto. *La interpretación constitucional y la interpretación de los Derechos Humanos*. En: Palomino Manchego, José F. (Coordinador). *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*. Tomo I. Editora Jurídica Grijley. 2005. Pág. 437.

Una aclaración que vamos a efectuar siempre es que el análisis funcional sigue siendo jurídico y nos lleva a emplear métodos racionales para interpretar y desarrollar las normas, pero que el mismo no implica justificar decisiones jurisdiccionales en aspectos operativos, como por ejemplo, la existencia de créditos presupuestales o la posibilidad de afectación del erario público⁴⁴⁶. El análisis funcional, entonces, no constituye un concepto utilitarista. De hecho, existe una aparente tensión entre las interpretaciones deontológicas y aquellas que se sustentan en la previsión de consecuencias por parte del intérprete de la Constitución⁴⁴⁷.”

Finalmente debemos agregar que tenemos un fundado temor que desate lo que la doctrina ha denominado la Guerra de Cortes, debido a que el PJ inaplique de manera arbitraria un PV, o quiera imponer su condición, situación que se debe comprobar en el caso en concreto, pues la judicatura incurriría en responsabilidad, al respecto la doctrina expone: “Pese a ser entidades constitucionales de igual jerarquía e importancia constitucional y que -de acuerdo a lo señalado por García de Enterría- el uno (Tribunal Constitucional) fue construido de la imagen del otro (Corte Suprema), el Sistema Constitucional peruano ha sido diseñado por el constituyente para que prevalezca el fallo constitucional y decaiga el de la justicia ordinaria. Por lo tanto, en el pulso entre la Corte Suprema, premunida de un proceso ordinario con una ejecutoria suprema, y el Tribunal Constitucional, amparado en una sentencia proveniente de un proceso constitucional, prevalecerá este último.

Por cierto, eso no establece un nivel de jerarquía o subordinación de la Corte Suprema ante el Tribunal Constitucional -como algunos sugieren con evidente falta de conocimiento de la materia y de su historia-, sino una preferencia de las sentencias constitucionales sobre los ordinarios y, en consecuencia, la preeminencia de los órganos de las que emanan sobre los demás.

Por lo tanto, en el presente caso, será el tren del Tribunal Constitucional el que tenga derecho de paso preferente, de modo que en caso de colisión, sea el tren de la Corte Suprema el que lleve la peor parte; o será la trinchera del Tribunal Constitucional la que quede en pie frente a la defensa de la Corte Suprema que, en este punto, deberá entenderse como constitucionalmente derrotada en esta guerra de la cortes.”⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ [38] Para una visión un tanto distinta: SAGÜES, María Sofía. “El análisis económico del derecho (AED) en la jurisdicción constitucional: ponderación de la Unidad de AED de la Corte Suprema de Justicia de la nación Argentina”. En: *Pensamiento Constitucional*. Año XIV N° 14. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2010, p. 225 y ss. Citado por GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *La Constitución Política: Un análisis funcional*. Ob. Cit. Pág. 26.

⁴⁴⁷ [39] Sobre el particular: LAMPREA M., Everaldo. “Derechos fundamentales y consecuencias económicas”. En: *Revista de Economía Institucional*. Vol. 8, N° 14. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 77 y ss. Citado por GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *La Constitución Política: Un análisis funcional*. Ob. Cit. Pág. 26.

⁴⁴⁸ QUIROGA LEÓN, Aníbal. PINEDA ZEVALLOS, César. *Tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. ¿Choque de trenes o guerra de cortes?* En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Tomo 64. Abril 2013. Pág. 266.

2.6.- Problemas del PV, con relación a la aplicación del PV en el tiempo:

Este tópico está vinculado al problema central de nuestra investigación por lo que en este punto solo resta es, dar algunas pinceladas, por cuanto en un apartado se brindara una mayor extensión del problema.

2.6.1.- ¿El PV, sigue las mismas reglas de la aplicación de la Ley en el tiempo (Aplicación retroactiva, aplicación inmediata, aplicación ultraactiva y aplicación diferida)?

A lo largo de la vida institucional del TC, hemos advertido que dicho órgano ha emitido Cincuenta y Dos PV, los cuales se han aplicado retroactivamente, inmediatamente y diferidamente, pero nunca se ha registrado una aplicación ultraactiva, la respuesta a la pregunta, es que el PV, no sigue las mismas reglas de la aplicación de la legislación en el tiempo, por cuanto dichas reglas han sido diseñadas para la legislación y no para la jurisprudencia, sin embargo ello no quiere decir que el PV, se pueda aplicar indiscriminadamente en todas las direcciones temporales posibles que se le antoje al TC, esto es sea en la dirección temporal retroactiva, inmediata y diferida, el TC, como poder constituyente constituido también está sujeto a reglas, como cualquier otro poder, por lo tanto no se puede escudar en el principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional, que es el que ha servido de base para la aplicación indiscriminada para la aplicación del PV, en el tiempo.

Con relación al Principio de principio de autonomía procesal, la doctrina expone: “Doctrinariamente, se ha entendido que la “autonomía procesal” alude a la potestad que tiene el Tribunal Constitucional para perfeccionar su regulación procesal cuando los métodos convencionales de interpretación e integración jurídica se revelen insuficientes. A través de ella, al momento de resolver un caso concreto el Tribunal Constitucional crea reglas y principios procesales generales, más o menos estables, de acuerdo con consideraciones de oportunidad.

Esta figura, proveniente de la doctrina alemana, surgió a partir de dos constataciones: a) que la Ley que regula el Tribunal Constitucional Federal alemán se limita a determinar solo algunos aspectos imprescindibles del proceso constitucional, pero no agota su regulación; y, b) que los métodos tradicionales de interpretación e integración del Derecho resultan insuficientes para dar una respuesta adecuada a las especificidades de la justicia constitucional. A partir de estas dos constataciones algunos autores han sostenido que el Tribunal Constitucional tiene la posibilidad de llevar a cabo una configuración más libre de su Derecho procesal; sin embargo, el empleo de la expresión “autonomía procesal”, como categoría específica del Derecho Procesal Constitucional, no es admitido unánimemente por la doctrina.

En nuestro país, esta libertad en la creación de reglas y principios procesales le ha permitido al Tribunal Constitucional justificar, por ejemplo: la “reconversión” de un proceso de cumplimiento en uno de amparo a fin de tutelar los derechos constitucionales involucrados en un caso concreto (STC Exp. N° 7873-2006-PC/TC), admitir la incorporación del litisconsorte facultativo en el

marco de un proceso de inconstitucionalidad (RTC Exp. N° 0020-2005-A/TC) y admitir la figura del partícipe también en un proceso de inconstitucionalidad (RTC Exp. N° 0025-2005-PI/TC y N° 0026-2005-PI/TC), todo ello pese a no contar con una habilitación legal expresa.”⁴⁴⁹

2.6.2.- ¿De manera similar a la Ley (artículo 103° de la Constitución) puede el PV, desde su entrada en vigencia, aplicarse a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, cuando favorece NUNCA cuando perjudica?

Efectivamente el PV, no puede tener efectos retroactivos perniciosos, salvo cuando la aplicación retroactiva del PV sea favorable en su aplicación, es decir postulamos esta respuesta por cuanto en la constitución subyace un derecho olvidado y poco estudiado es el Derecho al Procedimiento Preestablecido por la Ley, que no permitiría que se alteren las reglas del procedimiento que habría sido establecidas por un PV anterior y el otro derecho implícito es el Derecho a la Seguridad Jurídica, que implicaría que no se puedan alterar las reglas de juego de manera sorpresiva, y de ser el caso el TC, no estaría sujeto a ninguna regla, porque no sabríamos en qué casos lo va a hacer, en suma no podemos vivir sujetos a un clima de inestabilidad, por cuanto la seguridad jurídica reclama el establecimiento de reglas claras, como se puede intuir este problema excede el ámbito jurídico, pues tiene implicancias económicas, sociales, políticas, etc.

Se puede ensayar una pregunta al respecto, por ejemplo Ud., es un inversionista extranjero y va a celebrar un contrato-ley,⁴⁵⁰ con el estado Peruano, para asegurar el éxito de su inversión contrata los servicios de un selecto estudio de abogados especialista en Derecho Constitucional, las pregunta hipotéticas es que haría el inversionista es según el artículo 62° de la Constitución Peruana *Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente.* ¿Lo podrá hacer jurisprudencialmente? ¿Sobre determinado impuesto el TC, ha emitido la pronunciamiento en el sentido “A” posteriormente puede decir que ahora será “B” y esa nueva regla perjudicial para mis intereses se puede aplicar retroactivamente, a pesar que cuando contraté con el Estado Peruano esa regla no existía?

2.6.3.- ¿A sentido contrario se aplica de manera retroactiva el PV, no importa si favorece o perjudica porque dicha regla ha sido establecida para la Ley, no para la Jurisprudencia que contiene la interpretación de la Ley, es decir puede el TC actuar al margen de la legislación?

⁴⁴⁹ GACETA JURÍDICA. TC Gaceta Constitucional. Constitucionalismo Crítico. *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Primera Edición. Enero 2012. Págs. 32-33.

⁴⁵⁰ Vid. CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Disquisiciones en torno a los contratos-ley* En: Reflexiones Jurídicas. Edición especial en honor al XCIV Aniversario de Instalación de la CSJLA 1920 - 2014. Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

Definitivamente que no, el TC, no puede actuar al margen de la legislación (ello incluye a la Constitución, leyes, etc.), creemos que la aplicación retroactiva perniciosa, no puede aplicarse sin sujetarse a regla alguna, por el simple hecho de que dicha aplicación sería inconstitucional, si bien es cierto dicha regla ha sido creada para la legislación, pero no para la jurisprudencia que ahora es fuente del derecho, sin embargo esta también tiene que estar sujeta a reglas, ¿y donde se encuentran esas reglas? Simple, en la Constitución: El Derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica. No olvidemos que de conformidad con el art. 38° de la Constitución: *Todos los peruanos -y los extranjeros que se encuentren en nuestro país- tenemos el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.*

Finalmente queremos hacer un tratamiento de las consecuencias del apartamiento del PV, de manera inmotivada, al cual será tratada cuando respondamos la siguiente pregunta *¿Prevarica el juez o fiscal que resuelva en contravención, apartándose o inobservando, las reglas establecidas como precedente vinculante por parte del Tribunal Constitucional Peruano?*⁴⁵¹

⁴⁵¹ CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *¿Prevarica el juez o fiscal que resuelva en contravención, apartándose o inobservando, las reglas establecidas como precedente vinculante por parte del Tribunal Constitucional Peruano?* En: Ipso Jure. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Edición Día del Juez. Año 7 Nro. 27 Noviembre 2014. Págs. 44-61.

SUB-CAPÍTULO. III.

**¿PREVARICA EL JUEZ O FISCAL QUE
RESUELVA EN CONTRAVENCIÓN,
APARTÁNDOSE O INOBSERVANDO,
LAS REGLAS ESTABLECIDAS COMO
PRECEDENTE VINCULANTE POR
PARTE DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL PERUANO?**

¿PREVARICA EL JUEZ O FISCAL QUE RESUELVA EN CONTRAVENCIÓN, APARTÁNDOSE O INOBSERVANDO, LAS REGLAS ESTABLECIDAS COMO PRECEDENTE VINCULANTE POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO?⁴⁵²

Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal.⁴⁵³

1.- Preliminares.

No hay duda que la jurisprudencia es una de las fuentes principales del derecho y sirve como guía para decidir casos futuros, así mismo con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional se importó la institución del precedente vinculante (en adelante PV) a nuestro ordenamiento jurídico regulándolo en el Artículo VII del Título Preliminar de dicho cuerpo normativo. Siendo que el máximo intérprete de la constitución, el Tribunal Constitucional (en adelante TC), en esa línea expide jurisprudencia vinculante como lo son los precedentes constitucionales vinculantes y doctrina jurisprudencial⁴⁵⁴. Resulta necesario hacer de por sí, la distinción entre Precedente Vinculante y Doctrina Jurisprudencial. Al respecto la doctrina expone: Cuando se habla de precedente, se alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación del ordenamiento dispositivo, crea el juez para resolver el caso planteado, y que debe o puede servir para resolver un caso futuro sustancialmente análogo⁴⁵⁵. Debemos agregar a nuestro turno que los alcances de un PV se extiende a todo el ordenamiento jurídico, tienen alcances generales y es oponible *erga omnes*, ha sentido contrario la doctrina jurisprudencial sólo vincula a la magistratura.

⁴⁵² Todo este apartado es de nuestra autoría y ha sido publicado anteriormente en dos revistas y se han introducido pequeños cambios: Vid. CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *¿Prevarica el juez o fiscal que resuelva en contravención, apartándose o inobservando, las reglas establecidas como precedente vinculante por parte del Tribunal Constitucional Peruano?* En: Ipso Jure. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Edición Día del Juez. Año 7 Nro. 27 Noviembre 2014. Págs. 44-61. Vid. CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *¿Prevarica el juez o fiscal que resuelve en contravención de las reglas establecidas como precedente vinculante por el Tribunal Constitucional?* En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo N° 66. Diciembre de 2014. Págs. 313-326.

⁴⁵³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1 (Fundamentos. La estructura de la Teoría Del Delito)*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. 1ª edición, Madrid, 1997,5/2, Pág.137.

⁴⁵⁴ **Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional...**

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

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.

⁴⁵⁵ RODRIGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú: Entre el Poder de la Historia y la Razón de los Derechos*. En: Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (Coordinadores) Estudios al Precedente Constitucional. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1ª Edición Febrero 2007. Pág. 55.

No resulta ocioso precisar que mediante el establecimiento de un PV el TC extrae reglas, por lo que para algún sector de la doctrina esta institución no es mera jurisprudencia, es casi una ley, comparto esto último “es casi una ley”, es decir tiene efectos similares a una ley, solo efectos, más no será una ley tendrá “*fuerza de ley*”, pero jamás tendrá el “*rango de ley*” sobre estos temas rango y fuerza de ley, volveremos más adelante.

Lo que ahora me interesa precisar es que mediante sentencia recaída en el Exp. N.º 00001-2010-CC/TC, el máximo intérprete de la Constitución, ha dirimido la demanda de conflicto competencial interpuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Presidente de la República y con la aprobación del Consejo de Ministros, contra el Poder Judicial, con el objeto que se determine que la regulación relativa a los requisitos para la importación de vehículos y autopartes usados es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, y que, como consecuencia de ello, los demandantes solicitan se declare la invalidez de las resoluciones judiciales que han inaplicado normas jurídicas imperativas [*vía control difuso*] que regulan la importación de vehículos y autopartes usados, siendo que dichas resoluciones judiciales han permitido el ingreso de vehículos usados a nuestro país.

El alto tribunal resuelve la causa y Declara fundada en parte, la demanda; y establece como Precedente Vinculante conforme al Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, de las cuales sólo transcribimos las que nos interesan para el presente trabajo, entre ellas las siguientes reglas:...

b. Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales, disponiendo la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser procesados y sancionados por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura.

[...]

d. Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser denunciados penalmente por el Ministerio Público por el delito de prevaricato.(Resaltados Nuestros)

e. Las medidas cautelares que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, además de ser nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales, generan que se promueva la declaración de responsabilidad civil tanto de jueces, abogados y demandantes.

Al respecto cabe preguntarse conforme al Artículo 418° Del Código Penal, pues vamos a centrar nuestro análisis en dicho dispositivo penal, ¿Prevarica aquel Juez o Fiscal que se aparta, inobserva o contraviene un Precedente Vinculante? ¿Prevarica aquel Juez que aplica control difuso? La respuesta tiene dos aristas, puede ser positiva o negativa, empero no resulta fácil acometer la tarea, en consecuencia en las líneas siguientes, vamos a advertir que surgen diversas cuestiones incidentales que complican sobremanera ensayar una respuesta inmediata y contundente a las interrogantes planteadas, a brindar luces sobre estos temas nos avocamos a continuación.

2.- Principio de Legalidad y el delito de Prevaricato.

En lo correspondiente al principio de legalidad este encuentra asidero legal en el ámbito internacional en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

A nivel interno contamos con los siguientes dispositivos:

Artículo 2° Inciso 24. Literal D de la Constitución Política del Perú. Reza que toda persona tiene derecho, a la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia: *“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.”*

Artículo II.- Principio de Legalidad del Código Penal “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.”

En nuestro desfigurado Código Penal⁴⁵⁶ el legislador ha tipificado el delito de prevaricato expuesto en el **Artículo 418° Del Código Penal**⁴⁵⁷ que a la letra dice: “*El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.*” (Resaltados Nuestros).

2.1.- Principio de Legalidad.

Veamos primero el Principio de legalidad en materia penal, para lo cual citamos a una voz muy autorizada, no quisiera dejar pasar la oportunidad para agregar que por mi firme convicción religiosa que es la católica apostólica y Romana, no utilizo el término maestro (salvo que sea una transcripción literal de la obra consultada) para referirme o citar a un eminente jurista, pues el término maestro sólo lo reservo para nuestro Señor Jesucristo al respecto: “*Cuando terminó de lavarles los pies y se volvió a poner el manto, se sentó a la mesa y dijo: “¿Entienden lo que he hecho con ustedes?” Ustedes me llaman: El Señor, y: El Maestro. Y dicen verdad, pues lo soy.*”⁴⁵⁸

Al respecto el profesor Claus Roxin, distingue cuatro consecuencias del principio de legalidad. “Tradicionalmente se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de “prohibiciones”, de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas. Las cuatro prohibiciones habrán de ser objeto de una exposición más detallada y separada (...); pero para comprender el principio de legalidad es preciso comenzar por hacer una caracterización general de las mismas.

A. La prohibición de analogía (nullum crimen, nulla poena sine lege stricto.)

Analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos). Se distingue entre analogía legal y analogía jurídica, según que la regla jurídica que se va a

⁴⁵⁶ Un análisis exhaustivo de las modificaciones del principal código de normas que regula los delitos en el país arroja que el Congreso legisla de manera desprolija, precipitada y con evidente falta de técnica legislativa. Más allá de la cantidad de proyectos presentados y/o leyes aprobadas, los continuos cambios demuestran que la principal carencia se produce en la calidad de las leyes. Extraído de <http://laley.pe/not/657/el-codigo-penal-ha-sido-modificado-577-veces>. (Fecha de Consulta 27/10/14) Por su puesto a la fecha el código penal se ha modificado más de 577 veces siendo de reciente expedición, por ejemplo: el nuevo delito de asesinato por codicia Así lo ha establecido la Ley N° 30253, publicada en el diario oficial El Peruano el viernes 24 de octubre del año 2014, la cual ha modificado el Artículo 108° del Código Penal y el Artículo 58° del Código de Ejecución Penal, también tenemos la Ley N° 30251, norma que perfecciona la tipificación del delito de trata de personas (Artículo 153° del Código Penal), publicada el martes 21 de octubre del año 2014 en el diario oficial El Peruano, siendo que el consentimiento dado por la víctima es irrelevante.

⁴⁵⁷ Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 28492, publicada el 12 Abril del año 2005.

⁴⁵⁸ Juan Capítulo 13, Versículos 12 y 13 de la Santa Biblia.

trasladar proceda de un precepto concreto (analogía legal) o de una idea jurídica que se desprenda de varios preceptos (analogía jurídica). Dicha argumentación por analogía, que en otros campos del Derecho es uno de los métodos usuales de aplicación del Derecho, en Derecho penal y para proteger al reo está prohibida por el art. 103 II GG en la medida en que opere en perjuicio de aquél; pues para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley, no está fijada o determinada **legalmente** la punibilidad. Por eso, en los casos de los aparatos automáticos (...) hubo que descartar la punición por aplicación analógica del precepto sobre la estafa y absolver a sus autores. Por lo tanto, en caso de aplicación del Derecho en perjuicio del sujeto el poder del juez penal termina en los límites de la interpretación (...)

B. La prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*)

En otros campos del Derecho se reconoce, junto al Derecho legal, el Derecho consuetudinario (no escrito). Sin embargo, el hecho de que la punibilidad no pueda fundamentarse o agravarse por Derecho consuetudinario es una consecuencia obvia de la norma que prescribe que la punibilidad sólo se puede determinar **legalmente** (...).

C. La prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*).

Son imaginables diversas clases de retroactividad. Así, un hecho que no era punible en el momento de su comisión puede ser penado retroactivamente; o respecto de una acción que ya es legalmente punible, se puede introducir retroactivamente una clase de pena más grave (p.ej. prisión en vez de pena de multa) o se puede agravar la pena dentro de una de la misma clase (p.ej. subirla de cinco a diez años de prisión). Esas tres formas de retroactividad son constitucionalmente inadmisibles, pues la punibilidad (como tal, o en su clase o cuantía) no estaba declarada y determinada legalmente **antes** del hecho (...).

D. La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*).

Un precepto penal que tuviera v.gr. el siguiente tenor: "el que infringere el bien común de modo intolerable, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años", convertiría en superfluos múltiples parágrafos del StGB, pero sería un precepto nulo, ya que no permite reconocer qué características ha de tener la conducta punible. La punibilidad no estaría "legalmente **determinada**" antes del hecho, sino que sería el juez quien tendría que fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable. Por tanto, la infinita multiplicidad de tipos penales (dentro y fuera del Código Penal) es una consecuencia del principio de legalidad. Pero también son inadmisibles las penas totalmente indeterminadas. Así, si p.ej. el § 303 se formulara así: "el que dañe o destruya antijurídicamente una cosa

ajena, será castigado”, sería anticonstitucional y nulo, ya que quedaría sin determinar legalmente qué pena y en qué cuantía se puede imponer (...).⁴⁵⁹

Entre nosotros el jurista Urquiza Olaechea comentando el Artículo 2 Inciso 24 Literal D de la Constitución expone: “De esas exigencias [salvaguarda de la dignidad y la libertad] surge el principio de legalidad; institución que constituye, si no el más, uno de los pilares o piedra angular más importante del Derecho en general, y del Derecho Penal en particular, pues limita la arbitrariedad y con ello garantiza la libertad.”⁴⁶⁰

Cuando se habla del fundamento del principio de legalidad no solo se debe hacer un análisis en función a lo señalado en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución (texto principal), sino que se debe tener en cuenta los diversos preceptos constitucionales y legales que complementan el artículo en estudio. Así -a nivel constitucional- es indispensable tomar en consideración el artículo 103, segundo párrafo (prohibición de la retroactividad desfavorable), el Artículo 139 Inciso 9 (prohibición de analogía *in malam partem*), y el artículo 102 (funciones legislativas del Parlamento). Asimismo, se debe tener observancia de los dispositivos que se encuentran en el Código Penal y en el Código de Ejecución Penal. En el primero tenemos a los artículos II, III y VI del Título Preliminar y 6 de la parte general. En el segundo, al artículo VIII del Título Preliminar.⁴⁶¹

El depositario de la voluntad popular es el Parlamento, cuyos representantes son elegidos libremente por el pueblo. Por ello, solo aquel está legitimado para dictar leyes. Ningún otro poder del Estado puede asumir dicha potestad, pues de hacerlo estaría usurpando funciones que no le competen⁴⁶².

... el principio de legalidad se manifiesta en sus cuatro consecuencias (...) como son la prohibición de aplicar retroactivamente la ley penal, la prohibición de dar y aplicar leyes indeterminadas, la prohibición de aplicar el derecho consuetudinario y la prohibición de aplicar la analogía. Claro está que dichas prohibiciones solo tienen vigencia cuando perjudican al ciudadano, más no cuando lo favorecen, situación en la cual sí se aplican retroactivamente.”⁴⁶³

2.2.- Delito de Prevaricato.

Como se advierte de lo que he creído conveniente resaltar líneas arriba del Artículo 418° del Código Penal y de acuerdo a la doctrina: “El artículo 418° del Código Penal tiene cuatro modalidades típicas específicas: i) la conducta por parte del juez o fiscal de emitir resolución o dictamen contraria a la ley; ii) la conducta por parte del juez o fiscal de emitir resolución o dictamen, citando

⁴⁵⁹ ROXIN, Claus. Ob. Cit. Págs. 140-141.

⁴⁶⁰ URQUIZA OLAECHEA, José. *Principio de Legalidad En Materia Penal*. (Comentarios al Artículo 2 Inciso 24 Literal D de la Constitución). En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Pág. 389.

⁴⁶¹ *Ibidem*. Pág. 402.

⁴⁶² *Ibidem*. Pág. 403.

⁴⁶³ *Ibidem*. Pág. 411.

pruebas inexistentes; iii) la conducta por parte del juez o fiscal de emitir resolución o dictamen, citando hechos falsos; y iv) la conducta por parte del juez o fiscal de emitir resolución o dictamen apoyado en leyes derogadas o supuestas, solo estas cuatro formas constituyen, en el derecho peruano, un delito de prevaricación del Juez o Fiscal, y esto no es más que tutelar el principio de legalidad que debe reinar en todo juicio de tipicidad penal.”⁴⁶⁴

A continuación resaltamos lo verbos rectores que integran el tipo penal del delito de prevaricato “El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.” Ergo la conducta punible desplegada por parte del juez o fiscal radicaría en dictar, emitir resolución o dictamen contraria a la ley; o citar pruebas inexistentes o hechos falsos; o apoyarse en leyes derogadas o supuestas.

En consecuencia debemos apreciar si las hipotéticas conductas de los jueces o fiscales que resuelvan en Contravención, Apartándose o Inobservando, Las Reglas Establecidas Como PV del TC cumplen con el verbo rector exigido por el tipo, todo esto en aras de no incurrir en motivaciones insuficientes y/o sustancialmente incongruentes⁴⁶⁵ [la presente no es una resolución judicial pero *mutatis mutandis* quisiera trasladar esas garantías a estas pequeñas líneas a manera de brindar buenas razones y argumentos a favor⁴⁶⁶ de lo que exponemos] por lo que es menester hacer un adecuado juicio de tipicidad.⁴⁶⁷

La doctrina especializada anota que: “La conducta delictiva se vale generalmente, de un verbo rector, que es, en términos gramaticales, el centro en el que gira y se define la misma. A través del verbo rector se va a concretizar lo que el legislador quiere prohibir. Cuando el legislador realiza las formulaciones típicas de un ilícito penal suele utilizar, muchas veces, diferentes formas verbales, pero cuando describe la conducta delictiva va a identificar un verbo principal que es el indicador de la conducta a ejecutar.”⁴⁶⁸

⁴⁶⁴ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Derecho Penal Parte Especial*. Volumen 2. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L. Tercera Edición 2014. Pág. 1339.

⁴⁶⁵ Cfr. Exp. N° 00728-2008-PHC/TC. Caso Giuliana Flor De María Llamaja Hilares. Séptimo Fundamento.

⁴⁶⁶ Sobre argumentación en el derecho puede consultarse a GASCÓN ABELLÁN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La argumentación en el derecho*. 2Da Edición Corregida. Abril de 2005. Palestra Editores. Lima 2005.

⁴⁶⁷ Tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo, coinciden. A este proceso de verificación se denomina juicio de tipicidad, que es un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base el bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal. Si luego de realizado dicho proceso se determina que el hecho encaja en los caracteres abstractos del tipo, existe adecuación típica, lo contrario nos llevaría a negarla. *Vid.* (VILLA VICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Editora Jurídica Grijley. 2006. Pág. 296)

⁴⁶⁸ VILLA VICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Editora Jurídica Grijley. 2006. Pág. 309.

“Si nos referimos, en cambio, a los precedentes emanados de tribunales de jerarquía superior (en la jurisdicción provincial o nacional⁴⁶⁹), aparece la nota distintiva de la obligatoriedad, que -como enseña Aarnio- puede ser legal (*de iure*) o fáctica (*de facto*)⁴⁷⁰: en el primer supuesto, la inobservancia del precedente “está legalmente sancionada” -con la invalidación del fallo y/o la posibilidad de que el juez sea acusado de mal desempeño de sus funciones (incluso, de prevaricato⁴⁷¹)-, mientras que en el segundo la consecuencia no consiste en una sanción sino, exclusivamente, en la posibilidad de que el caso sea decidido de manera diferente (de acuerdo con el precedente) por el tribunal superior.”⁴⁷²

3.- Apartamiento, inobservancia o contravención de un Precedente Vinculante.

Entonces con las líneas que hemos transcrito cabe preguntarse ¿prevarica aquel Juez o Fiscal que se aparta, inobserva o contraviene un Precedente Vinculante? Al respecto tenemos más de dos alternativas:

3.1.- Si la respuesta es positiva, entonces asumo que la única interpretación “razonable” -por cierto- tendría que asimilar que el PV es una Ley (pues no concibo que este pueda ser una prueba, hecho, ley supuesta o derogada) y por lo tanto el juez o fiscal ha prevaricado pues ha contravenido el texto expreso y claro de la ley (precedente vinculante), porque si seguimos esta línea de pensamiento razonaremos de la siguiente manera: el Precedente es una regla jurídica y por lo tanto es una ley.

Si este razonamiento es lógico, entonces tendríamos que decir, válidamente, que el Precedente Vinculante es una ley y por lo tanto el Juez o Fiscal debe ser sancionado por la comisión de dicho delito doloso, pues no cabe

⁴⁶⁹ Schlüchter destaca que en los estados federales existen dos “Präjudizienpyramiden” independientes: la de la justicia federal y las de cada una de las justicias de los estados federados, existiendo un supuesto en que tal independencia se rompe: cuando el máximo tribunal del país ejercita su potestad constitucional, por ejemplo, dice que la norma “X” es inconstitucional (Schlüchter, Ellen, “Mittlerfunktion der Präjudizien”, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1986, p. 74). Citado por SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. En: Isonomía N° 21 - Octubre 2004. Págs. 221-222. Disponible también en: <http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/sobre-el-cambio-de-los-precedentes-0/> (Fecha de consulta 23/04/19).

⁴⁷⁰ Aarnio, Aulis, “Lo racional como razonables”, *op. cit.*, p. 126. Citado por SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. Ob. Cit. Pág. 222.

⁴⁷¹ En el caso de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia mexicana, la historia de su obligatoriedad legal se remonta a la Ley de Amparo Orgánica de los Artículos 101 y 102 de la Constitución (del 14.XII.1882), elaborada sobre la base del Proyecto Vallarta, cuyo autor estaba preocupado por que se reconociera “la altísima misión que la Corte tiene con ser el intérprete final de esa suprema ley” (*vide* Vallarta, Ignacio Luis, “El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus. Ensayo crítico-comparativo sobre esos recursos constitucionales”, 4° ed., t. V, Porrúa, México, 1989, pp. 319 y ss.)- donde se atribuía a sus pronunciamientos el valor de “suprema regla de conducta” para los tribunales a la hora de “fijar el derecho” (art. 47, ley cit.), al punto de que la ignorancia de la interpretación constitucional fijada por la Suprema Corte en por lo menos cinco ejecutorias uniformes sería castigada “con la pérdida de empleo y con prisión de seis meses a tres años, si el juez ha obrado dolosamente, y si sólo ha procedido por falta de instrucción o descuido, quedará en suspenso de sus funciones por un año” (art. 70, ley cit.). Citado por SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. Ob. Cit. Pág. 222.

⁴⁷² SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. Ob. Cit. Págs. 221-222.

cometer delito de prevaricato culposo⁴⁷³ sin embargo no debemos dejar pasar por alto la propuesta legislativa que se formuló en el Proyecto De Ley N° 3217 2008-CR proponiendo la modificación del artículo 418 del Código Penal, presentado por el Congresista Víctor Rolando Sousa Huanambal:

Artículo 418.- El Juez que dicta resolución o **el Fiscal** que emite dictamen, **disposición o requerimiento**, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años **y con pena de ciento veinte a doscientos días-multa.**

Cuando el hecho se produzca a consecuencia de culpa, la pena será de sesenta a ciento veinte días-multa.

Siguiendo con esta línea de pensamiento el Precedente Vinculante es una ley y por lo tanto el Juez o Fiscal debe ser sancionado por la comisión de dicho delito, debo anotar en honor a la verdad que el PV no es una ley veamos la respuesta negativa, pero aún no respondo la pregunta si prevarica aquel magistrado que no observe un precedente vinculante emitido por el TC, lo dejo en suspenso por el momento la respuesta, porque necesito hacer más precisiones para fundamentar mi respuesta.

3.2.- Si la respuesta es Negativa, Quisiera comenzar con la pregunta ¿El Precedente Vinculante es una Ley? Al respecto cumplo con el no muy penoso deber de decir que NO, el PV no es una ley, no confundamos, el PV tiene efectos similares a una ley ósea tiene fuerza de ley (pues es oponible a todos, tiene alcances generales), más no tiene rango de ley.

¿Pero que es tener Fuerza de Ley y Rango de Ley? El TC aclara la duda: “... el concepto de **rango de ley**, alude a que *“las fuentes a las que se ha calificado como tales, se ubican en el ordenamiento en el grado inmediatamente inferior al que ocupa la Constitución”* (Exp. N° 00005-2003-AI/TC, fundamento 10 -el énfasis es nuestro-), mientras que por **fuerza de ley**, la doctrina lo concibe como un principio que tiene dos facetas. En su faceta *activa* reconoce a la ley la capacidad de innovar, regular o modificar aquellos ámbitos que no le han sido vedados en forma expresa por la Constitución; mientras que en su faceta *pasiva* reconoce la capacidad de resistencia específica de la ley para no ser modificada ni derogada sino por otras normas que tengan el mismo rango u otra superior. En concreto, la fuerza de ley es una característica que engloba a distintas disposiciones que tienen muy diferente fuerza de innovar y muy diferente fuerza de resistir, **y una disposición puede tener rango de ley sin tener fuerza de ley** (Rubio Llorente, Francisco: “Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley: Sobre

⁴⁷³ Artículo 12.- Delito doloso y delito culposo (Código Penal Peruano)

Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa.

El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley. (Resaltado Nuestro). En el derecho comparado sí está regulado el Prevaricato Culposo por ejemplo tenemos al Código Penal de Chile (Artículo 225°) Código Penal Español (Artículo 447 CP).

el problema del concepto de ley en la Constitución”. En: Revista de Administración Pública Nº 100-102, Madrid, Enero-Diciembre de 1983, pp. 422 y 423. El énfasis es nuestro). STC. Exp. Nº 00018-2009-PV/TC. Fundamento Nº 06.

Siguiendo la línea anterior a nuestro turno agregamos que las únicas normas que tienen rango legal son las contempladas en el **Artículo 200° Inciso 4 de la Constitución política del Perú.-** Acciones de Garantía Constitucional. Son garantías constitucionales: ...

La Acción⁴⁷⁴ de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. (Resaltado Nuestro)

Debemos agregar que el TC vía jurisprudencial ha ensanchado el catálogo de las normas (con rango legal) sobre las cuales procede interponerse un Proceso de Inconstitucionalidad, es decir no se encuentran mencionadas textualmente en el Artículo 200° inciso 4 de la Constitución, pero han sido incorporadas vía jurisprudencial entre ellos tenemos a los Decretos Leyes, Resolución Legislativa, Las Leyes De Reforma Constitucional y Leyes Derogadas.

En lo correspondiente al término Fuerza de Ley La constitución utiliza el término dos veces en los Artículos 94° y 118° Inciso 19 de la Constitución.⁴⁷⁵

Otro argumento de peso que abona la tesis que el PV no es una ley, lo encontramos al recurrir al Principio de reserva de ley al respecto el TC expone en el FJ 32 recaído en el PV STC. Exp. Nº 2302-2003-AA/TC. Caso Inversiones Dreams S.A.:

“32.- Ahora bien, es bastante frecuente la confusión que existe entre el principio de legalidad y el de reserva de ley.

Se debe partir de señalar que no existe identidad entre ellos. Así, mientras que el *Principio de legalidad*, en sentido general, se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a

⁴⁷⁴ Nuestra actual Constitución Política regula el Proceso De Inconstitucionalidad en el Artículo 200° Inciso 4, pero debemos advertir que se usa impropiaamente el término “Acción” siendo lo correcto el término “Proceso”

Me explico, entiendo a la categoría procesal de Acción, recordando mi pregrado sobre la teoría general del proceso, como la capacidad (accionar) que tiene un sujeto procesal legitimado de recurrir ante el órgano jurisdiccional y solicitar tutela procesal efectiva, y entiendo al término jurídico proceso, como aquel conjunto de pasos, etapas concatenados desarrollados por el órgano jurisdiccional encaminados a obtener una resolución fundada en derecho. En consecuencia se ejerce el derecho de acción cuando los sujetos legitimados presentan su demanda de Inconstitucionalidad ante el TC eso y nada más, ahí concluye su derecho de acción, y luego se desarrolla el proceso. Ergo el término acción es muy corto, muy reducido.

⁴⁷⁵ Artículo 118° Inciso 19. Corresponde al Presidente de la República: Dictar medidas extraordinarias, **mediante decretos de urgencia con fuerza de ley...**

Artículo 94° El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, **que tiene fuerza de ley...**

leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes; *la reserva de ley*, por el contrario, implica una determinación constitucional que impone la regulación, sólo por ley, de ciertas materias.

Así, mientras “mientras el Principio de legalidad supone una subordinación del Ejecutivo al Legislativo, la Reserva no sólo es eso sino que el Ejecutivo no puede entrar, a través de sus disposiciones generales, en lo materialmente reservado por la Constitución al Legislativo. De ahí que se afirme la necesidad de la Reserva, ya que su papel no se cubre con el Principio de legalidad, en cuanto es sólo límite, mientras que la Reserva implica exigencia reguladora» [DE CABO MARTÍN, Carlos. Sobre el concepto de Ley. Madrid: Trotta, 2000. p. 69.].

En materia tributaria, el *principio de legalidad* implica, pues, que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, debe estar sometida no sólo a las leyes pertinentes, sino, y principalmente, a lo establecido en la Constitución.”

A su turno la doctrina señala: “Gracias al principio de reserva de la ley, se responde satisfactoriamente a las interrogantes ¿cuál es el órgano del Estado que se encuentra legitimado constitucional y legalmente para crear delitos y penas?, ¿qué tipo de normas jurídicas son las que deben de prescribir las conductas delictivas y las sanciones correspondientes?

Con relación a la primera interrogante se debe dejar en claro que la Constitución de 1993 en su artículo 102 establece que es el Poder Legislativo la institución encargada de dar leyes. De este precepto se infiere que el Parlamento es el ente que tiene la primacía o competencia legisferante sobre los otros órganos constitucionales encargados de emitir normas jurídicas de carácter positivo... El señorío del Poder Legislativo en la elaboración de leyes que crean delitos y penas se debe a que a través de él se expresa en mejor forma la voluntad del pueblo⁴⁷⁶ y del Estado. Lo afirmado se fundamenta en virtud a que es el Poder Legislativo la institución más idónea por medio de la cual se canalizan políticamente los valores de la sociedad, lográndose de esta manera que la voluntad del Estado sea auténtica manifestación de la voluntad de la sociedad.

Por otro lado, haciendo una interpretación teleológica del artículo 2 inciso 24, literal d) de la Constitución, se concluye que para crear delitos y penas no es suficiente con que dichas normas sean emitidas por el Congreso de la República

⁴⁷⁶ Vid. GOLDSCHMIDT, Werner. La ciencia de justicia. 2Da Edición, Buenos Aires, 1986, p. 310. Asimismo, DÍEZ-PICAZO, Luis María. La derogación de las leyes. Madrid, 1990, p. 95. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. “El Principio De Legalidad En El Estado Democrático De Derecho”. En: *Revista Peruana De Ciencias Penales*. N° 14, Idemsa, Lima, P. 492. Citado por URQUIZO OLAECHEA, José. Principio de Legalidad En Materia Penal. (Comentarios al Artículo 2 Inciso 24 Literal D de la Constitución). En: *La Constitución Comentada. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo*. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Págs. 396-397.

siguiendo los mecanismos que establece la Constitución, sino que además, es imprescindible que dichos preceptos tengan fuerza activa y pasiva. Es decir, por un lado, deben poseer la capacidad para derogar a otras normas jurídicas de igual o menor rango y, por otro, tener la suficiente capacidad para no ser derogadas por normas jurídicas de menor jerarquía. Esta exigencia constitucional, de indiscutible cumplimiento -y que se conoce como principio de jerarquía normativa- se encuentra consagrada en el artículo 51 de la Constitución, el cual establece que la norma constitucional prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente. Por tanto, lo sancionado por la norma constitucional excluye la posibilidad de que otras normas jurídicas que tienen rango de ley (...) puedan crear delito y penas.”⁴⁷⁷

Siguiendo con los argumentos en contra, entonces si asumimos que el Precedente Vinculante, es una ley, en consecuencia de manera indirecta aunque no lo queramos estamos diciendo que el TC, es un legislador (positivo) o Cuasileislador, el cual estaría usurpando facultades que solo le han sido conferidas al Poder Legislativo.

Estamos de acuerdo que el TC es el Supremo Intérprete de la Constitución; es una de sus principales labores o prerrogativas, la de interpretar las normas de acuerdo a la Constitución usando conjuntamente el Bloque de la Constitucionalidad, de eso no queda dudas que el TC posee facultades interpretativas, pero que sea un legislador positivo, es una exageración⁴⁷⁸, pues esta potestad reside en el Poder Legislativo (Congreso) y vía delegación en el poder Ejecutivo (a través de la emisión de Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia⁴⁷⁹) así lo ha creído conveniente el poder constituyente, en consecuencia sino posee facultades legislativas no es un legislador positivo, se podría decir que es un cuasileislador (el término denota que le falta algo para serlo) porque interpreta los contenidos de una disposición y determina qué tipo de interpretación es constitucional o contraria a la misma, pero entonces que le falta, es la legitimidad que si lo tiene el Poder Legislativo o el Ejecutivo (a su turno) se podría decir que legisla indirectamente, porque al interpretar puede cambiar el sentido de la disposición sometida a examen, en consecuencia no es un legislador negativo, porque esa labor encomendada primigeniamente por su

⁴⁷⁷ URQUIZO OLAECHEA, José. *Principio de Legalidad En Materia Penal*. (Comentarios al Artículo 2 Inciso 24 Literal D de la Constitución). En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Págs. 396-397.

⁴⁷⁸ Esta idea quedaría matizada con el empleo de las sentencias manipulativas interpretativas, el TC dejó entrever visos de legislador positivo en la STC. Exp. N° 00002-2008-PI/TC sobre el uso de la fuerza letal, ni que decir sobre el uso de la STC. Exp. N° 00002-2008-PI/TC sobre el uso de la Autonomía Procesal Del Tribunal Constitucional

⁴⁷⁹ **Artículo 104.- Delegación de facultades al Poder Ejecutivo**

El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Artículo 118.- Atribuciones del Presidente de la República

Corresponde al Presidente de la República:

... 19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

mentor el excelso Hans Kelsen, ha sido rebasada largamente, veamos el TC fue concebido para expulsar una norma a través de un proceso de Inconstitucional (comportarse como legislador negativo) y para evitar conflictos de Competencia entre los poderes del estado a través del Proceso Competencial, en la actualidad el TC conoce no sólo sobre procesos orgánicos en única y definitiva instancia (Proceso de Inconstitucionalidad y Proceso Competencial) sino que además en última instancia conoce sobre procesos de la Libertad (Proceso de Amparo, Hábeas Data, Cumplimiento y Hábeas Corpus), entonces es una verdad de Perogrullo que la labor primigenia de legislador negativo se ha visto totalmente desbordada y dejado de lado, es decir hemos pasado de tener un TC legislador negativo a tener un TC supremo intérprete de la Constitución, que no usurpa funciones conferidas al Poder Legislativo, pues el TC interpreta no legisla (como si lo hace el Poder Legislativo).

Entonces si el PV no es una ley, ergo el magistrado (juez o fiscal) no comete delito de prevaricato, aún no me aventuro a dar la respuesta, veamos la tercera posición.

3.3.- La Tercera alternativa; haber veamos ya dijimos que el PV no es una ley (es una regla con efectos similares a una ley, pero jamás será una ley⁴⁸⁰), esta afirmación es una conclusión ya anticipada de estas reflexiones, pero que no sea una ley entonces quiere decir que su inobservancia, contravención, apartamiento, etc. No cumpliría con los elementos normativos que integran el tipo (Art. 418° del Código Penal) y por lo tanto la conducta desplegada por los magistrados (jueces y fiscales) deviene en atípica.

Ojala fuera cierto eso, transcribimos nuevamente lo que el TC en el precedente vinculante del Exp N° 0001-2010-CC/TC, expuso en la parte resolutive:... *d. Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser denunciados penalmente por el Ministerio Público por el delito de prevaricato.*(Resaltados Nuestros)

Para responder la pregunta tendré que decir que los jueces o fiscales SÍ prevarican, -aunque *indirectamente*- por inobservancia, contravención, apartamiento, de un PV, pero NO es por las reglas establecidas en el PV, pues no son leyes, me explico Considero que el TC incurre en una impropiedad al exponer que *los jueces que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser denunciados penalmente por el Ministerio Público por el delito de prevaricato*, es una impropiedad pues, la contravención es a la ley no al PV, en conclusión **¿Cuáles son esas leyes?** Que al emitir resolución

⁴⁸⁰ Si decimos que el PV es una ley entonces con *animus iocandi gratiae* (ánimo de broma), desatinadamente concluiremos: el TC es un legislador pues establece Leyes, y si estas leyes (contenidas en el PV) son inconstitucionales entonces los sujetos procesales legitimados (Artículo 203° de la constitución) podrían incoar un proceso de inconstitucionalidad.

o dictamen, son manifiestamente contrariadas en su texto expreso y claro tenemos los siguientes dispositivos:

Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237).

Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

... 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.

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.

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Ley N° 28301. Disposiciones Finales.

PRIMERA.- 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.*** (Resaltados Nuestros)

A estas alturas el lector(a) se debe estar preguntando válidamente en donde queda el principio de legalidad⁴⁸¹ consagrado a nivel constitucional, la independencia judicial contemplada en los Artículos 138° y 139°, inciso 1 de la Constitución y el Artículo 1° de la ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁸²; además el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, consagra en uno de sus párrafos a la Doctrina Jurisprudencial mas no al PV, el cual está establecido en el Artículo VII de dicho cuerpo normativo y en lo correspondiente a la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Ley N° 28301, las responsabilidades en que incurran los magistrados al no aplicar 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, se debe entender que es *¿bajo responsabilidad penal?*, es que acaso la ley que establece restricciones o restringe derechos se aplica por

⁴⁸¹ Art. 2 Inciso 24. Literal D de la Constitución Política del Perú. ... Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:...

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

⁴⁸² **Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso**

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

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional...

Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 1°.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes. No existe ni puede instituirse jurisdicción alguna independiente del Poder Judicial, con excepción de la arbitral y la militar.

analogía⁴⁸³. Además los magistrados pueden invocar el Artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁸⁴ para aparte del cumplimiento del PV.

La doctrina precisa: “En virtud de la seguridad jurídica no se pueden aplicar las leyes penales a supuestos no comprendidos en su tenor literal, por más semejantes o parecidos que sean a los abarcados por la ley, o a pesar de su mayor lesividad para el bien jurídico o su nocividad social. Se habla aquí, con razón, de una prohibición de analogía. Una decisión judicial que se base en el mero criterio personal del juez, en su subjetivismo o en una percepción emocional de los hechos, o que vaya más allá del tenor o sentido de la ley, deja de ser Derecho y se convierte en un acto arbitrario⁴⁸⁵, que según el caso, en nuestro ordenamiento jurídico, de dictarse, puede constituir incluso delito de prevaricato. Solo la ley viene a constituirse en el marco que legitima y concede validez a las decisiones judiciales.”⁴⁸⁶

A mi turno expongo: Si bien es cierto lo antes expuesto son argumentos válidos pero sigo firme en mi posición y lo fundamento de la siguiente manera por la uniformidad, coherencia y plenitud de nuestro sistema jurídico, que si ley penal dice Prevarica el magistrado que emite resolución o dictamen, manifiestamente contrarias al texto expreso y claro de la ley, entonces si cuento con los dispositivos antes citados que me dicen que cumpla lo expuesto en las resoluciones emitidas por el TC (lo que por supuesto incluye doctrina

⁴⁸³ **Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia (Constitución Política del Perú)**

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:...

9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

Artículo III.- Prohibición de la Analogía (Código Penal)

No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.

⁴⁸⁴ **Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial Artículo 22°.-** Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial “El Peruano” en cuyo caso debe hacer mención

expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

⁴⁸⁵ Según LEGAZ y LACAMBRA, Luis. Ob. cit., p. 630, la arbitrariedad como conducta antijurídica de los órganos del Estado se presenta en cualquiera de estos tres supuestos: "a) por alteración del procedimiento con arreglo al cual debe ser establecida una norma determinada; b) por desconocimiento del contenido específico que una norma inferior debe desarrollar por relación a una norma superior; c) por trasgresión de la esfera propia de competencia ejecutiva". Para RECASENS SICHES, Luis. Ob. cit., p. 214, la arbitrariedad existe cuando "el poder público, con un mero acto de fuerza salte por encima de lo que es norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a una regla de carácter general, y sin crear una nueva regla de carácter general que anule la anterior o la sustituya". Citado por URQUIZO OLAECHEA, José. *Principio de Legalidad En Materia Penal*. (Comentarios al Artículo 2 Inciso 24 Literal D de la Constitución). En: *La Constitución Comentada. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo*. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Págs. 405-406.

⁴⁸⁶ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. Cit. Págs. 405-406.

jurisprudencial, precedentes vinculantes, etc.), y el principio de legalidad dice Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley (la ley dice cumplan con lo expuesto por el TC), pues si contravienes (magistrados) el texto expreso y claro de la ley entonces cometes prevaricato. En lo correspondiente a la independencia judicial el doctor César Landa Arroyo de manera categórica concluye: "... entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, si bien se articulan relaciones de coordinación e interdependencia, no se puede negar que existe también una relación de jerarquía a favor del Tribunal en tanto instancia final de fallo y supremo intérprete de la Constitución, y a la interpretación que haga de la Constitución y de las leyes [DE OTTO, Ignacio. Estudios sobre el Poder Judicial. Madrid: Ministerio de Justicia, 1989. pp. 70 y ss.]. El Poder Judicial, por tanto, está sometido jerárquicamente a las sentencias del Tribunal Constitucional, sin que ello signifique mengua en la autonomía e independencia de aquél y que la Constitución misma le reconoce."⁴⁸⁷

En lo correspondiente al Artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no es de recibo invocarla porque está contemplada como excepción para apartarse de los principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento pero del Poder Judicial no del TC, del código procesal Constitucional y de la Jurisprudencia del TC se desprende que las únicas excepciones para no aplicar un PV es haciendo *Overruling* o aplicar la doctrina del *Distinguish*, quedándole a la judicatura ordinaria [Poder Judicial] aplicar la institución del Distinguish, con la problemática que impone su aplicación.

Es menester transcribir la propuesta legislativa que se formuló en el Proyecto De Ley N° 1009-2006-CR proponiendo la modificación del Artículo 418° del Código Penal, presentado por la Congresista Rosario Sasieta Morales a fin de ampliar la tipificación del delito de prevaricato.

Ley que amplía la tipificación del delito de prevaricato

Artículo único.- Modifica artículo del Código Penal.

Modifícase el artículo 118° del Código Penal, el que quedará redactado con el texto siguiente:

Prevaricato

“Artículo 418.- El Juez o el fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Será reprimido con la misma pena, el Juez o el Fiscal que dicta una resolución o emite dictamen, manifiestamente contrario a

⁴⁸⁷ LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una Perspectiva Desde El Derecho Procesal Constitucional*. Pág. 16. Disponible En: http://www.law.ufl.edu/pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/Tribunal_Const_y_Poder_Judicial.pdf

(fecha de consulta 11/10/14).

algún precedente vinculante contenido en una sentencia del Tribunal Constitucional.”

A mi opinión para que no se me mal interprete, no estoy de acuerdo con la propuesta antes transcrita, pero si fuera la actual redacción del artículo 418° del Código Penal, el TC si habría podido argumentar que *los jueces que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser denunciados penalmente por el Ministerio Público por el delito de prevaricato.*

No estoy de acuerdo con que si un magistrado contraviene, inobserva o se aparta de un PV, prevarica, discrepamos totalmente con este argumento, pero desde esta pequeña palestra tengo que decir que no se trata de discrepar simplemente sin enarbolan ningún argumento, que sustente las razones de la opinión, pues tal como está diseñado nuestro sistema aunque no lo queramos admitir se configura la comisión del delito de prevaricato, apuntalan mi posición las siguientes resoluciones que son sólo una muestra⁴⁸⁸: Resoluciones de la Fiscalía de la Nación: N° 1755-2008-MP-FN⁴⁸⁹ y N° 041-2010-MP-FN⁴⁹⁰ y Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ⁴⁹¹ transcribimos un extracto de las mismas:

Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 041-2010-MP-FN.

[...]

3. Se atribuye al denunciado [...], en su condición de Juez del Segundo Juzgado Civil de [...], la presunta comisión de los delitos de Prevaricato y Abuso de Autoridad, por haber expedido, en el proceso de amparo [...] seguido por los trabajadores de las empresas [...], contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT y otros, la Resolución N° 01 del cuaderno cautelar de fecha 11.10.2005, concediendo medida cautelar anticipada, y la Resolución N° 10 del principal, de fecha 24.03.2006, por la que amparó la demanda, declarando inaplicables a las empleadoras de los accionantes diversas normas que regulan el impuesto a la explotación de los juegos de casinos y tragamonedas y los requisitos legales de adecuación de los locales de las empresas dedicadas a dicha actividad, en contra de los criterios sentados por el Tribunal Constitucional en las sentencias N° 5379-2005-AA/TC (12.09.2005) y 9165- 2005-PA/TC (13.02.2006), y del precedente vinculante dictado en la STC N° 4227-2005-PA/TC del 02.02.2006, en el cual se confirmó la constitucionalidad del artículo 17° de la Ley N° 22796 (que

⁴⁸⁸ Abundante jurisprudencia se puede consultar en el ensayo del doctor ALVA RICARDI, Paul Faustino. *Algunas notas del delito de prevaricato en la doctrina y la jurisprudencia*. Disponible en: http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/14_El_delito_de_prevaricato_en_la_doctrina_y_la_jurisprudencia_Paul_Faustino_Alva_Ricardi%5B1%5D.pdf (fecha de consulta 11/10/14).

⁴⁸⁹ Resolución de la Fiscalía de la Nación publicada el jueves 08 de Enero del Año 2009, en el diario oficial el peruano Páginas 387883 - 387885.

⁴⁹⁰ Resolución de la Fiscalía de la Nación publicada el miércoles 13 de Enero del Año 2010, en el diario oficial el peruano Páginas 411091 - 411094.

⁴⁹¹ Resolución de Jefatura Suprema de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, publicada el martes 04 de Abril del Año 2006, en el diario oficial el peruano Páginas 316119 - 316120.

sustituyó el artículo 38° de la Ley N° 27153, que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas) y de su Tercera y Décima Disposiciones Transitorias; declarándose además proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas. Con esta conducta el investigado habría contravenido el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), y la Primera Disposición Final de la Ley N° 28301 -Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; según los cuales 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.

[...]

14. Llegado el momento de sentenciar, el investigado expidió la Resolución N° 10, del 24.03.2006, apartándose expresamente del precedente vinculante establecido en la STC N° 4227-2005-PA/TC del 02.02.2006 (fs.17/31), sobre la base de argumentos totalmente contrarios a los expuestos por el Tribunal Constitucional, discutiendo así la interpretación que sobre las normas cuestionadas había efectuado ya el máximo intérprete constitucional.

No tuvo en cuenta que incluso el 02.03.2006, esto es, antes de que expida sentencia, se había publicado en la página web del Tribunal Constitucional la STC N° 9165-2005-PA/TC del 13.02.2006 (fs.32/41), correspondiente al proceso de amparo promovido directamente por [...], con similar pretensión a la del proceso que el investigado venía conociendo [...]. Sentencia que declaró infundada la demanda bajo los mismos argumentos que habían sustentado poco tiempo antes la STC N° 4227-2005-PA/TC, fijada como precedente vinculante. Es decir, que ante idéntica pretensión a la que conoció el juez investigado [...] el Tribunal Constitucional ya había confirmado la constitucionalidad de las normas cuestionadas, de manera que las mismas debían ser observadas en adelante por los demás órganos del Estado, incluido el Poder Judicial.

15. El investigado aduce en su defensa que no cabe imputársele el delito de Prevaricato por haber contravenido un precedente vinculante, pues ello implicaría una aplicación analógica de la ley penal, que únicamente tipifica la contravención de la ley y no la del precedente. Sin embargo, en el caso analizado debe advertirse que el investigado, con sus decisiones, ha contravenido las disposiciones de la Ley N° 27796, cuya constitucionalidad había sido declarada en el precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido en la STC N° 4227-2005-PA/TC; además de contrariar el texto expreso y claro del artículo VI del Código Procesal Constitucional y de la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establecen la vinculación de los jueces a la interpretación que de las normas haga el Tribunal Constitucional en todo tipo

de procesos, en tanto éste es el máximo intérprete de la Constitución.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que si bien el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial faculta a los magistrados de todas las instancias del Poder Judicial a apartarse de los precedentes obligatorios motivando adecuadamente su decisión, sin embargo, el Código Procesal Constitucional que es una norma posterior y especial en lo que respecta a la jurisdicción constitucional, establece en el artículo VII de su Título Preliminar que es el Tribunal el que puede apartarse de sus propios precedentes, por lo que tal posibilidad queda negada a los órganos jurisdiccionales ordinarios. [...]

SE RESUELVE: Artículo Primero.- Declarar **Improcedente** la nulidad deducida contra la resolución [...] Asimismo declarar **FUNDADA** la denuncia formulada contra el doctor [...] en su condición de Juez [...], por la presunta comisión del delito de Prevaricato, [...].”

Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ.

El martes 4 de abril pasado, el diario oficial publicó la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ, mediante la cual se dispone que todos los órganos jurisdiccionales de la República den cumplimiento a precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional (TC), sobre criterios de procedibilidad en demandas de amparo en materia laboral y sobre el impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

No acabamos de terminar de leer esta resolución, cuando al día siguiente (el miércoles 5 de abril), el Secretario General del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, Alberto Mera Casas, publicó un **comunicado**⁴⁹² en los principales diarios, “desconociendo” y “desautorizando” la mencionada resolución jefatural de la OCMA, con el argumento de que los “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”⁴⁹³.

⁴⁹² Transcribimos el texto completo: Comunicado. Respecto a la resolución de Jefatura N° 021-2206-J-OCMA/PJ, expedida por el señor jefe de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial el 13 de Marzo del año en curso, comunicada en la fecha mediante Oficio N° 2826-2006GD-OCMA-FTC/Imo; el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, órgano de dirección de este Poder del Estado, considera necesario dirigirse a los señores magistrados de la república para puntualizar:

Primero: Con arreglo a los artículos 138° y 139°, inciso 1 de la Constitución y artículo 1 de la ley Orgánica del Poder Judicial se ejerce a exclusividad por el Poder Judicial a través de los órganos jerárquicos conforme a la constitución y a las leyes.

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 Judicial. Lima, 04 de abril del 2006. Alberto Mera Casas. Secretario General del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Disponible en:

http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/abril/06/comunicado_cepj.pdf (fecha de consulta 11/10/14)

⁴⁹³ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Ocma Determina Que Incumplir Las Sentencias Del Tc Acarrea Responsabilidad Disciplinaria.* disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notibak/2006/04abr/06/nota05.htm> (fecha de consulta 11/10/14)

4.- Un Escenario Complicado.

Para teorizar un poco vamos a complicar un poco más el escenario en el cual se desarrolla la institución bajo comento, veamos al respecto control Difuso vs. Prevaricato, Autonomía Procesal vs. Prevaricato, llegado a este punto debemos ir a tientas, pues sin dudas encontraremos más de una sorpresa. No resulta ocioso precisar que nuestro sistema jurídico pertenece o está adscrito a la Familia Jurídica Romano-Germana, empero con la introducción de figuras foráneas importadas de la familia del *Civil Law*, como es el PV vamos a advertir que se ha inyectado ciertas desavenencias que de por sí han terminado enfrentando al TC con casi todos los órganos constitucionales (Poder Judicial, CNM, JNE, etc.) todo a raíz de su producción jurisprudencial.⁴⁹⁴

El Artículo 418° del Código Penal es claro al establecer que prevarica: El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley... de una somera lectura me hace pensar que estuviéramos sumidos dentro de un estado Legal de Derecho y no en un Estado Constitucional de Derecho [para algunos estamos en un Estado Neoconstitucional de Derecho⁴⁹⁵], es decir en el estado legal de derecho asistíamos a una suerte de soberanía parlamentaria, de primacía de la ley sobre la constitución la cual solo era considerada un documento político desprovisto de toda vinculación a los poderes imperantes, en la actualidad ya se ha producido una transición del estado legal de derecho a un Estado Constitucional de Derecho. En un comentario aplicable a lo que acabo de mencionar *mutatis mutandis* el doctor García Toma: “Dicho proceso [la consolidación de la jurisdicción constitucional] conllevará a que el principio de legalidad al que ya se encontraba sujeto el estado desde los inicios del constitucionalismo moderno, se vea supraordinado por el principio de constitucionalidad.”⁴⁹⁶

De lo que acabo de mencionar anteriormente guarda relación tangencialmente con lo expuesto en el Programa de TV “TUS DERECHOS” (programa producido por el TC) cuyo Temas tratados fueron: Reforma del Sistema de Justicia (Situación de la justicia en el Perú) en los minutos 32:19 a 32:45⁴⁹⁷ se puede ver la entrevista que a continuación transcribo y que guarda relación con lo que expuse líneas arriba:

⁴⁹⁴ De ahí García de Enterría afirmara con acierto que el Tribunal Constitucional es un órgano que se juega la vida diariamente a través de sus sentencias (**Legitimación Carismática**), lo que se condice con la afirmación antes realizada de que el único poder que tiene es el de los argumentos que esgrime cuando decide. CUNO CRUZ, Humberto Luis. *Sentencias Interpretativas: Fundamentos, Origen y Clases*. En: Compendio de Instituciones Procesales Creadas Por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica S.A. T.C. Gaceta Constitucional. Primera Edición Diciembre 2009. Pág. 323.

⁴⁹⁵ En contra del uso del término Neoconstitucionalismo el profesor Domingo García Belaunde. *Vid.* La entrevista realizada por el Doctor José Palomino Manchego al Profesor Domingo García Belaunde ¿*Constitucionalismo o Neoconstitucionalismo?* En: Jurídica N° 374. Suplemento de análisis legal de El Peruano. Págs. 4-5. Disponible: <http://epdoc2.elperuano.pe/EpPo/DescargaNO.asp?Referencias=SIUyMDExMDIKVVJJRElDQV8zNzQucGRm> (Fecha de consulta 11/04/19).

⁴⁹⁶ GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Segunda Edición Actualizada. Palestra Editores. Segunda Edición Mayo 2008. Pág. 152.

⁴⁹⁷ Disponible en: http://www.tc.gob.pe/programatv/ptv_21112009.htm (Fecha de consulta 29/10/14).

La Entrevistadora [Dra. Carolina Canales Asesora Jurisdiccional del TC] pregunta: *¿Y el prevaricato ya resulta ser una figura obsoleta en el marco de la constitucionalización de nuestro estado?*

El entrevistado [Dr. Juan Jiménez Mayor Directivo del Colegio de Abogados de Lima] responde: *Bueno es una pregunta difícil se dejó planteada la eliminación del delito de prevaricato, [eh] yo creo que no estamos en condiciones todavía de plantear esa reforma, porque efectivamente necesitamos todavía asentar el principio de argumentación como una práctica extendida en el poder judicial y lamentablemente eso todavía no sucede en muchos campos...*

Para hablar sobre Control vs prevaricato debo decir primero que el control difuso, cuya facultad lo ostenta la judicatura esta inaplicación de la norma con visos de inconstitucionalidad atraviesa por dos etapas: en la primera etapa tenemos que el TC aún no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad sobre la norma infralegal y el juez inaplica la norma por considerarla inconstitucional, y una segunda etapa en la cual el TC ya se pronunció sobre la constitucionalidad de una norma, sin embargo el juez la inaplica desvinculándose de la jurisprudencia del TC veamos a continuación una vez hechas estas precisiones la dos etapas.

4.1.- Control Difuso Vs. Prevaricato.

Como ya tratamos *in extenso* líneas arriba no se puede dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el TC. Pero debo advertir que la aplicación del control difuso como poder-deber, prerrogativa de los Jueces⁴⁹⁸ atraviesa por dos tramos para las líneas que comentamos, me explico:

4.1.1- Primer Momento En este primer momento donde la norma sometida a análisis, aún no ha sido discutida su constitucionalidad por parte del TC, y por lo tanto aún no existe pronunciamiento sobre su constitucionalidad por parte de TC entonces cabe preguntarse ¿Prevarica aquel magistrado si aplica control difuso sobre una norma cuya constitucionalidad aún no ha sido materia de pronunciamiento por parte del TC? La respuesta es negativa, porque es parte de su potestad, es una prerrogativa y encargo constitucional contemplado en el Artículo 138° de la Constitución en concordancia con el artículo 51° de la Constitución, por lo que no hay prevaricación por parte del magistrado. No es de recibo decir que no hay prevaricación porque desde la óptica de derecho penal, se puede argumentar que la conducta del juez es atípica por ausencia de imputación objetiva, o si bien es típica pero no es antijurídica porque es una

⁴⁹⁸ Actualmente la potestad de inaplicar una norma vía control difuso a “*retornado*” al seno de la judicatura, vía *overruling*, pues con fecha 14 de Abril del Año 2014 el TC ha publicado la sentencia N° 04293-2012-PA/TC (Caso Consorcio Requena), la cual ha dispuesto dejar sin efecto el precedente vinculante contenido en el Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, Caso Ramón Hernando Salazar Yarlénque, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando esta vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo.

causa de justificación contemplada en el Inciso 8 del artículo 20 del Código Penal.⁴⁹⁹

De acuerdo a lo expuesto por la doctrina “La idea básica de la circunstancia prevista en el Artículo 20 Inciso 8 tercera parte del C.P, se puede rastrear ya en el brocardo contenido en el “Digesto”: *qui iure suo utitur naemine laedito* “nadie delinque cuando usa de su derecho”.

La doctrina mayoritaria considera que dicha eximente tiene la naturaleza de causa de justificación, lo que supone que quien actúa en ejercicio legítimo de un derecho realiza una conducta típica pero no antijurídica, es decir, obra conforme al ordenamiento jurídico, aun cuando cumpla formalmente un tipo penal y lesione materialmente un bien jurídico protegido. [...]

Lo que es lícito para un sector extrapenal del Derecho no puede ser ilícito para el Derecho Penal, en virtud de la unidad sistemática del ordenamiento jurídico (derivada de un concepto unitario de antijuridicidad y del principio de no contradicción interna) y al carácter de última ratio del Derecho Penal. Es de la plenitud de estos principios (y no del Inciso 8 del Artículo 20 C.P, que podría incluso no existir) de donde se deriva la regla de que el ejercicio legítimo de un derecho no puede dar lugar a ilícito penal alguno. "Sería una contradicción axiológica insoportable, y contradiría además la subsidiariedad del Derecho Penal como recurso extremo de la política social, que una conducta autorizada en cualquier campo del Derecho no obstante fuera castigada penalmente", Mientras se ejerza legítimamente el derecho, la realización de una conducta no puede ser desvalorada jurídico-penal; mucho menos a producción de un posterior resultado. El principios según el cual las causas de Justificación provienen de todo el ordenamiento jurídico hace, en tal medida, innecesaria la previsión *legal de la eximente*"⁵⁰⁰ (Resaltado nuestro).

El profesor Hurtado Pozo precisa: “Las disposiciones relativas a las causas de justificación son normas permisivas [Wessels/Beulke, N° 275; Jescheck/Weigend; § 31 I 2; Lenckner, en Schönke/Schröder, vorbem §§ 32 ss., N°4; Quintero, p. 466 ss.; Mir Puig, 1998, p.417 ss.] Prevén casos excepcionales en los que se puede violar la norma (implícita al tipo legal). El orden jurídico admite, en consecuencia y de manera excepcional, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.”⁵⁰¹

No es de recibo precisar que es una causa de justificación, porque esto supone que el juez sí ha incurrido en una acción delictuosa (prevaricó al inaplicar la norma), pero se le dispensa de la misma por ser una causa de justificación, o

⁴⁹⁹ Cfr. ESPINOZA RAMOS, Benji. *Entre aplicar control difuso y prevaricar: Un camino donde se violenta la independencia judicial. Necesidad del criterio de “interpretación de la ley penal vinculada a la Constitución”* Pág. 3. Disponible en: <http://alvarezylabogados.com/abogados/docs/articulos/bespinozar/Prevaricatoycontroldifuso.pdf> (fecha de consulta 11/10/14).

⁵⁰⁰ CASTILLO ALVA, José Luis. (Coordinador) *Código Penal Comentado Tomo I Título Preliminar Parte General*. Gaceta Jurídica. Primera Edición Setiembre 2004 Págs. 781-782.

⁵⁰¹ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Tercera Edición 2005. Editorial Grijley. Pág. 519

sea en simples palabras si es delito pero está justificado, lo cual es ilógico desde todo punto de vista, el doctor Espinoza Ramos precisa con relación a lo que acabamos de exponer. *“Nuestra posición, en cambio, es que los jueces tienen un criterio de interpretación -que es el criterio de “interpretación de la ley penal vinculada a la Constitución”- que demuestra con claridad que la conducta del juez que contraría manifiestamente el texto claro y expreso de la ley para garantizar el contenido de la Constitución no prevarica, no realiza el tipo siquiera, porque la interpretación del tipo penal -artículo 418- vinculada a la Constitución así lo sugiere, y, más que sugiere, determina.”*⁵⁰²

4.1.2- Segundo Momento: En esta segunda etapa el TC ya se pronunció sobre la constitucionalidad de una norma, dijo que sí es constitucional, sin embargo el juez la inaplica desvinculándose de la jurisprudencia del TC veamos lo expuesto en la STC. Exp. N° 00019-2005-PI/TC⁵⁰³ fundamento 66:

[...]“Los Jueces interpretan y aplican la 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”.

En tal sentido, al momento de evaluar si les corresponde ejercer el poder-deber de aplicar el control difuso contra una determinada ley (artículo 138 de la Constitución), **todos los jueces y magistrados del Poder Judicial, bajo las responsabilidades de ley, se encuentran en la obligación de observar las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional** que tengan conexión manifiesta con el asunto, lo que, conviene enfatizar, no ha sido efectuado por la judicatura al momento de conocer algunas causas en las que se solicitó la aplicación de la norma impugnada”. (Resaltado nuestro)

Entonces ¿prevarica aquel juez que aplicando control difuso se desvincula de las interpretaciones realizadas por el TC? Yo digo que sí, pues el TC ya se pronunció sobre dicha norma y confirmando su constitucionalidad aún sin embargo el magistrado optó por inaplicar la norma vía control difuso, contraviniendo el artículo VI del título preliminar del Código Procesal Constitucional y de la Primera disposición final de la ley orgánica del TC, al respecto el doctor Espinoza Ramos precisa: “Por tanto, realiza el tipo penal solo el juez que contradice una ley en su resolución siendo esta ley constitucionalmente conforme, porque, a *sensu contrarii*, si la ley es inconstitucional para el juez y éste la inaplica no prevarica, sino interpreta la ley penal vinculada a la Constitución...”⁵⁰⁴

⁵⁰² ESPINOZA RAMOS, Benji. Ob. Cit. Pág. 3.

⁵⁰³ Como se puede apreciar estamos ante un proceso de inconstitucionalidad y estando con el Artículo 82 del código procesal constitucional Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

⁵⁰⁴ ESPINOZA RAMOS, Benji. Ob. Cit. Pág. 19.

Refuerza la idea el profesor Peña-Cabrera Freyre: “En definitiva, cuando el órgano jurisdiccional opta por preferir la norma constitucional al precepto legal, haciendo uso del test de ponderación constitucional, no está incurriendo en la figura delictiva de Prevaricato; así tampoco, el juzgador, que en vez de elegir el precepto constitucional, elige la norma legal (*Inconstitucional*), pues mientras dicho enunciado normativo no haya sido expulsado del ordenamiento jurídico, vía una derogatoria, tiene la potestad de aplicarlo. Cuestión distinta aparece cuando al respecto, el TC ha emitido una sentencia con la calidad de “Precedente vinculante”.⁵⁰⁵”

4.1.3- Excepciones a la Aplicación del control difuso. La aplicación de control difuso tiene excepciones, en este punto considero que no habría prevaricación por parte de los magistrados, y siendo un principio universal que toda regla tiene sus excepciones veamos lo que expone el TC:

(i) En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.

Ese es el caso, por ejemplo, de las Leyes de Amnistía N.os 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Caso Barrios Altos, del 18 de septiembre de 2003 (Cf. STC N° 0275-2005-PH/TC).

(ii) En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, sin embargo advirtiéndose que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional.

Así se sostuvo en las STC N.os 0009-2001-A/TC, 0010-2002-A/TC, 0004-2004-A/TC, entre otras, donde si bien no se invalidó en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el *balancing*, precisando que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos.

(iii) Por último cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución -respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional-, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cf.

⁵⁰⁵ PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo VI. 2Da Ed. Lima - Mayo 2013. Editorial Idemsa. Pág. 459.

STC N.º 0014-2003-AI/TC y STC N.º 0050-2004-AI/TC).” (STC Exp. N.º 01680-2006-PA/TC, FJ 9)

4.1.4.- Autonomía Procesal vs. Prevaricato.

Otro tema que de por sí genera polémica en la doctrina es la autonomía procesal del Tribunal Constitucional⁵⁰⁶ al respecto veamos:

El doctor César Landa lo define como... “un atributo de un poder u organismo independiente como la capacidad de actuación de dicho organismo constitucional -como el Tribunal Constitucional- para cumplir sus fines de control constitucional con las limitaciones y responsabilidades que la propia Constitución y las leyes establecen”.⁵⁰⁷

El mismo autor expone: “La autonomía procesal es el principio en virtud del cual, dentro del marco normativo de las reglas procesales que son aplicables a los procesos constitucionales, el juez constitucional goza de un margen razonable de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

Ante la laguna o vacío normativo de las normas del Código Procesal Constitucional, en la medida que el juez no puede dejar de impartir justicia (artículo 139.5 CP) el juez constitucional puede establecer reglas jurídicas que tienen una pretensión de generalidad y que puedan aplicarse posteriormente a casos similares, con los límites que se analizan más adelante.

Si bien ante el vacío o deficiencia el Código Procesal Constitucional se ha previsto la aplicación supletoria del Código Procesal Civil ello será posible a condición que dichas normas sean conformes a los fines de los procesos constitucionales (Artículo IX Código Procesal Constitucional). Precisamente, ante la insuficiencia de las normas procesales ordinarias previstas para derechos de naturaleza legal establecidos en los códigos sustantivos, el Tribunal Constitucional haciendo uso de la autonomía procesal ha incorporado a través de sus sentencias normativas –sentencias la constitucionalidad de las normas legales, los precedentes vinculantes y la doctrina jurisprudencial- reglas procesales complementarias o de desarrollo del Código Procesal Constitucional.

El Tribunal Constitucional en tanto supremo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es de titular de la autonomía

⁵⁰⁶ Para una crítica ácida y demoledora de esta institución Vid. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Poder Judicial Vs. Tribunal Constitucional*. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (Director). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 10 (Julio-Diciembre 2008), Primera Edición: 2008. Editorial Porrúa. Argentina 15. Págs. 198-199.

⁵⁰⁷ LANDA ARROYO, César. *Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional*. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo (Coordinadores). *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional. estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho (Colaboraciones Peruanas)*. Editorial Idemsa. Lima - Perú. Primera Edición: Lima Abril de 2009. Pág. 446-447.

procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia, en el marco de los principios generales del Derecho Constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales.”⁵⁰⁸

Otra definición... “En un *sentido amplio* la autonomía procesal puede ser entendida como aquella facultad jurisdiccional del TC para configurar, con un margen libre de razonabilidad, su Derecho Procesal, a través de la interpretación constitucional y de la integración jurídica. La interpretación constitucional supone la actividad volitiva que realiza el TC dirigida a desentrañar la norma o normas a que pueda dar lugar una específica disposición. La disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, la(s) norma(s) su resultado.”⁵⁰⁹

A nuestro turno argumentamos que es la capacidad que tiene el Tribunal Constitucional, de configurar sus actuaciones procesales de conformidad con los fines de los procesos constitucionales, podemos agregar que esta actuación no significa actuación sin restricciones, pues se debe desenvolver dentro del marco de la Constitución y de su Ley Orgánica. En base a que lo hace el TC, Si advertimos que es una facultad o prerrogativa de la cual goza el TC, esta facultad se basa en alcanzar los objetivos de los procesos constitucionales, para lo cual podrá sortear cualquier obstáculo que se le presente en su diario quehacer, sin embargo debemos advertir que bajo ningún punto de vista, implica atribuirse facultades que ni la Constitución o su Ley Orgánica le ha concedido, por lo que en todo sentido deberá actuar de acuerdo al Principio de *Self restraint*.

El TC tiene autonomía procesal (AP) es para salirse o ir más allá del Código Procesal Constitucional de adecuarlo a la mejor protección de los derechos fundamentales Autonomía procesal, puede ser de tres tipos:

⁵⁰⁸ LANDA ARROYO, César. *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Palestra Editores. Lima. Primera Edición Abril 2010. Pág. 34.

⁵⁰⁹ LEÓN VÁSQUEZ, Jorge. *El Tribunal Constitucional y la configuración de su derecho procesal*. En: *Justicia Constitucional*. Revista de Jurisprudencia y Doctrina Año II. N° 04. Julio - Diciembre 2006. Palestra Editores S.A.C. Págs. 44-45.

A.- AP Ampliativa: el Código Procesal Constitucional menciona a las instituciones procesales pero no las desarrolla totalmente por ejemplo tenemos al Precedente Vinculante sobre el cual el TC se encarga de desarrollarlo jurisprudencialmente (STC Exp. N° 3741-2004-AA/TC y STC Exp. N° 024-2003-A/TC) lo mismo ocurre con la represión de actos lesivos homogéneos (STC Exp. N° 04878-2008-PA/TC).

B.- AP Creativa: en esta clase el TC *crea* figuras procesales que no están reguladas en el Código Procesal Constitucional por ejemplo la apelación por salto (STC Exp. N° 00004-2009-PA/TC Caso Roberto Allcca Atachahua), la reconversión de los procesos constitucionales (STC Exp. N° 1052-2006-PHD/TC; STC Exp. N° 2763-2003-AC/TC), las sentencias manipulativas-interpretativas (STC Exp. N° 0030-2005-A/TC, STC Exp. N° 0004-2004-CC/TC, STC Exp. N° 0007-2007-PI/TC, STC Exp. N° 00010-2002-A/TC, STC Exp. N° 00008-2005-PI/TC, STC Exp. N° 00047-2005-PI/TC, STC Exp. N° 00025-2005-PI/TC).

C.- AP Correctiva: esta clase sí es polémica pues en el Código Procesal Constitucional hay instituciones procesales que el Código Procesal Constitucional ha regulado pero el TC no está de acuerdo con ellas y las corrige por ejemplo el Código Procesal Constitucional prohíbe el amparo contra amparo pero el TC dice que sí procede amparo contra amparo. (STC Exp. N° 04252-2011-AA/TC; STC Exp. N° 4853-2004- PA/TC).

La autonomía Procesal es una facultad cuya titularidad sólo lo tiene el TC, esa autonomía ni siquiera la tiene un juez especializado en lo constitucional; pero lo que sí puede cada juez es aplicar el Principio de *iura novit curia* (la cual está extendida en todo el ordenamiento jurídico) y tenemos al Principio de la suplencia de la queja deficiente el que solo está en el ámbito constitucional. Ahora en lo relacionado con el delito de prevaricato encuentro un problema en la AP correctiva, pues el TC termina *Corrigiendo* normas procesales ¿El TC en al emplear la AP. Correctiva no está prevaricando? La respuesta depende si el TC transgrede lo límites que mediante jurisprudencia ha establecido considero que sí prevarica, el TC ha establecido tres límites son las siguientes:

-Primero, la regulación constitucional y legal en donde se han establecido los principios fundamentales del proceso constitucional, en este caso el artículo 200° de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, puesto que la complementación a la cual puede avocarse el Tribunal no supone una ampliación de sus competencias.

-Segundo, se realiza en base al uso del Derecho Constitucional material, pero no de manera absoluta; es el caso, por ejemplo, de las lagunas existentes en las prescripciones procesales legales que se detectan y cubren mediante la interpretación que realiza el Tribunal, en el cumplimiento de las funciones que le están encomendadas por la Constitución, empleando para ello determinadas instituciones procesales -como la del litisconsorte facultativo a la que se recurre en la presente resolución-. El espectro es bastante amplio, por ejemplo respecto a plazos, emplazamientos, notificaciones, citaciones, posibilidad de

modificación, retirada, acumulación y separación de demandas, admisibilidad de demandas subsidiarias y condicionales, derecho por pobre, procedimiento de determinación de costas, capacidad procesal, consecuencias de la muerte del demandante, retroacción de las actuaciones y demás situaciones que, no habiendo sido previstas por el legislador, podrían ser el indicio claro de la intención del mismo de dejar ciertas cuestiones para que el Tribunal mismo las regule a través de su praxis jurisprudencial, bajo la forma de principios y reglas como parte de un pronunciamiento judicial en un caso concreto. No obstante, esta aplicación analógica no debe entenderse como una mera translación mecánica de instituciones.

-Tercero, debe reconocer el lugar que ocupa el Derecho Procesal Constitucional dentro del ámbito del Derecho Procesal general, afirmándose la naturaleza del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional, sin que ello suponga negar las singularidades de la jurisdicción constitucional y los principios materiales que la informan; lo contrario comportaría el riesgo de someterse a un positivismo jurídico procesal basado en la ley.” (RTC Exp. N° 00020-2005-P/TC, FJ 3 Auto de admisibilidad).

5.- Colofón.

5.1.- La institución del Precedente Vinculante no es mera jurisprudencia, “es casi una ley”, es decir tiene efectos similares a una ley, solo efectos, más no será una ley tendrá “fuerza de ley”, pero jamás tendrá el “rango de ley”.

5.2.- El TC incurre en una impropiedad al exponer que los jueces que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC Exp N° 05961-2009-PA/TC, deben ser denunciados penalmente por el Ministerio Público por el delito de prevaricato, es una impropiedad pues, la contravención es a la ley no al Precedente Vinculante.

5.3.- No es de recibo precisar que aplicar control difuso por parte de la judicatura, es una causa de justificación, porque esto supone que el juez sí ha incurrido en una acción delictuosa (prevaricó al inaplicar la norma), pero se le dispensa de la misma por ser una causa de justificación, o sea en simples palabras si es delito pero está justificado lo cual es ilógico porque la constitución política del Perú faculta a los jueces aplicar dicho control constitucional (Art. 138° de la Constitución).

5.4.- Para hablar sobre Control Difuso vs prevaricato debo decir primero que el control difuso, cuya facultad lo ostenta la judicatura esta inaplicación de la norma con visos de inconstitucionalidad atraviesa por dos etapas: en la primera etapa tenemos que el TC aún no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad sobre la norma infralegal y el juez inaplica la norma por considerarla inconstitucional entonces no prevarica, y una segunda etapa en la cual el TC ya se pronunció sobre la constitucionalidad de una norma, sin embargo el juez la inaplica desvinculándose de la jurisprudencia del TC entonces sí prevarica.

5.5.- No se puede alegar que nuestro ordenamiento pertenece a la familia jurídica del *Civil Law*, y por lo tanto la única fuente del derecho aceptable es la ley y no la jurisprudencia, este argumento no es válido por la simple razón que desconoce el valor normativo de la jurisprudencia, por lo tanto no compartimos los lineamientos de la **R.N. N° 273-2018-Huánuco. Delito de prevaricato y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sumilla:** Es cierto que el Código Procesal Constitucional, en el último párrafo del artículo sexto de su Título Preliminar, establece como regla que “los Jueces interpretan y aplican las leyes [...] según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”. No obstante, no configura delito de prevaricato la inobservancia, en una sentencia, de la interpretación o aplicación, respecto a una ley, del Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, entre otras razones, debido a no ser equiparable, en puridad, la jurisprudencia a la ley, tanto más si en la mencionada sentencia se expresan puntualmente los fundamentos de la decisión. Debe tenerse en cuenta que nuestra tradición jurídica se adscribe al sistema jurídico del *civil law*, en el cual la fuente de derecho, ante todo, principal o por excelencia, es la ley. Ello explica que el legislador, al regular el delito de prevaricato, en lo que respecta a las fuentes de derecho, optó por criminalizar una determinada forma de inobservancia de la ley por parte de magistrados, y no sanciona penalmente, de modo alguno, el soslayar, en la resolución, otras fuentes, como sucede con la jurisprudencia. Ya será el órgano jurisdiccional superior en grado o revisor el que determine si la motivación es insuficiente o si cabe integrarla, de ser el caso. Una consideración distinta, que criminalice, sin más, la inobservancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, vulneraría gravemente el principio de legalidad penal (exigencia de *lex certa* o *taxativa*).

El profesor Gálvez Villegas nos da la razón, con relación a la jurisprudencia como fuente del derecho: “(...) Con ello, la fuente legal (Ley) ha perdido preeminencia, cobrando importancia relevante la interpretación del derecho (reglas y principios) desarrollada por los intérpretes del Derecho (órgano jurisdiccional y Tribunal constitucional); habiéndose producido una especie de *Jurisdiccionalización* del ordenamiento jurídico; lo que ha determinado que en el sistema de fuentes del ordenamiento Jurídico se tenga que considerar como elementos fundamentales a las decisiones jurisdiccionales, esto es, la *Jurisprudencia y los llamados precedentes vinculantes*, tanto del Poder Judicial como del Tribunal Constitucional. Ello ha determinado a la vez, que en dicha jurisprudencia se desarrolle una argumentación y justificación de alto nivel a fin de legitimar la actuación de estos órganos interpretando y delineando el contenido del ordenamiento jurídico.

Es por ello que a la fecha, el contenido del ordenamiento jurídico así como la interpretación y aplicación de las normas (reglas y principios) ya no pueden concebirse sin considerar a las decisiones jurisprudenciales vinculantes de los órganos jurisdiccionales nacionales como la corte Suprema y Tribunal constitucional y de los organismos internacionales como la corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comités de las Naciones unidas sobre derechos humanos e incluso de la propia corte Penal Internacional. En tal sentido, las referidas decisiones nacionales e

internacionales se han convertido en verdaderas fuentes del ordenamiento jurídico, de necesario estudio y aplicación por parte de los operadores jurídicos (jueces, fiscales, procuradores y abogados en general). Asimismo, la configuración del ordenamiento jurídico así como su funcionamiento, ya no puede comprenderse y desarrollarse sin tomar en cuenta el contenido de las decisiones anotadas, las que han devenido e[n] llamarse jurisprudencia vinculante o precedentes vinculantes.”⁵¹⁰

⁵¹⁰ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia Penal, Constitucional Penal y Procesal Penal*. Jurista Editores. Edición Mayo 2013. Págs. 42-43.

**SUB-CAPÍTULO
IV.**

**LA CLASIFICACIÓN DEL
PRECEDENTE CONSTITUCIONAL
VINCULANTE.**

Sub. Capítulo IV.

La clasificación del Precedente Constitucional Vinculante.

1.- Preliminares.

Se ha dicho que toda clasificación es arbitraria,⁵¹¹ sin embargo en nuestro proyecto de tesis nos planteamos como objetivo general *Definir si los nuevos precedentes constitucionales vinculantes que imponen cargas deben o no deben aplicarse a los procesos constitucionales en curso*. Para lograr tal cometido en este apartado vamos a realizar una clasificación de los PV, para agruparlos en conjuntos que nos puedan ayudar a demostrar los objetivos que nos hemos trazado, para tal efecto recurriremos, al estudio de los cincuenta y dos precedentes constitucionales vinculantes que ha emitido el TC, a lo largo de toda su vida institucional.

2.- La estructura del PV.

Al respecto el homólogo del TC, la Corte Constitucional de Ecuador expone: “Elaborar un precedente constitucional supone un proceso racional, argumentado, retrospectivo y complejo mediante el cual se construye el pensamiento jurídico de la Corte Constitucional. Este pensamiento puede ser de origen o derivado. Es de origen cuando se construye *ex-novo*, es decir sin que existan precedentes anteriores que sirvan de fundamento. Y, es derivado cuando toma precedentes anteriores para construirse, modificarse o mantenerse.

La estructura general para la elaboración de un precedente cuando es de origen se resume en la siguiente fórmula: *interpretación de las fuentes del derecho (...) + caso concreto = precedente*. Y, en el caso de un precedente derivado, la fórmula es la siguiente: *interpretación de las ratio (s) + caso concreto = precedente*.

(1) Ejemplo: De origen: en un caso hipotético en que la normativa jurídica no establece una disposición para la participación de un intérprete en un proceso judicial en el cual comparece una persona indígena. Así, es que Juan comparece en un proceso penal. A la Corte llega el caso planteado por acción de protección fallada por una Corte Provincial. Es del caso que La Corte no tenía precedentes al respecto, pero tomó la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, especialmente el Convenio 169 de la OIT, estándares internacionales de derechos humanos de la Corte Europea e Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de las cortes y tribunales constitucionales regionales, los informes del relator de Naciones

⁵¹¹ “Como afirma Borges, no hay clasificación del universo que no sea arbitraria y conjetural. Puesto que toda clasificación es arbitraria, tal como lo señala Borges en su texto, lo que podemos hacer es explicitar los criterios a partir de los cuales agrupamos o separamos procesos, fenómenos u otros objetos.” *Vid.* ASTESANA FERRERO, Silvana. LÓPEZ, Verónica. *La arbitrariedad de la clasificación*. En: IX Congreso internacional sobre investigación en didáctica de las ciencias (2013): 212-217. Pág. 214. Disponible en: https://ddd.uab.cat/pub/edlc/edlc_a2013nExtra/edlc_a2013nExtrap212.pdf (Fecha de consulta 15/04/19).

Unidas para Pueblos Indígenas y del Comité de Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (soft law), y los relacionó con los hechos del caso concreto y con ellos construyó una ratio (precedente) para el futuro: “que el derecho al debido proceso debe garantizar el acceso material de las personas a la justicia, pues debe romper las barreras estructurales que lo impiden.”

(2) Derivado: La Corte ya había decidido al respecto, sin embargo, lo había realizado únicamente respecto de la comparecencia de intérpretes en el caso de las personas extranjeras y personas con discapacidad oral. Entonces, toma las dos sentencias y ubica la ratio en cada una. La ratio de estas sentencias opera sobre el común pensamiento de que “es necesario garantizar la protección de personas que estén en situación de protección prioritaria en el proceso”. Con esto, la Corte toma los estándares y jurisprudencia mencionada y amplía el derecho de tutela a las personas indígenas a través de la siguiente ratio: “que el derecho al debido proceso debe garantizar el acceso material de las personas a la justicia, pues debe romper las barreras estructurales que lo impiden.”

Los puntos cinco y seis y los cuadros, que hemos transcrito provienen del Derecho comparado, lo hemos extraído del Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios (PCO), RS. 004-10-AD-CC: 20-ago-2010.”⁵¹²

3.- Clasificación o Tipología de precedentes constitucionales vinculantes.

Para abordar la clasificación de los PV, previamente debemos mencionar que el TC, a la fecha ha expedido cincuenta y dos PV, que a continuación transcribimos, los cuales los iremos agrupando en sus ítems respectivos:⁵¹³

- 1 Pagos en exceso al pensionista (STC 02677-2016-PA/TC, Caso Ladislao Carrillo Espejo)
- 2 Validez de los certificados médicos en materia pensionaria (STC 00799-2014-PA/TC, Caso Mario Eulogio Flores Callo)
- 3 Reglas en el ámbito de las comisiones investigadoras del Congreso (STC 04968-2014-PHC/TC, Caso Alejandro Toledo Manrique)
- 4 Cuándo es pertinente acudir a la vía ordinaria para la tutela de derechos (STC 02383-2013-PA/TC, Caso Elgo Ríos Núñez)

⁵¹² Vid. ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. *Repertorio constitucional 2008-2011*. (Jurisprudencia constitucional, Luis Fernando Ávila Lizán, editor.- 1 ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. Disponible en http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/site/image/common/libros/Repertorio/Repertorio_constitucional_Luis_Avila.pdf (Fecha de consulta 02/02/19). Págs. 375-376.

⁵¹³ Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/precedentes-vinculantes/> (Fecha de consulta 02/02/19). Anteriormente la página web del TC, se encontraba desactualizada incurriendo en una publicación parcial de los PV.

- 5** Exigencia de concurso público en el acceso a la función pública (STC 05057-2013-PA/TC, Caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco) El Precedente Huatuco no resulta aplicable a obreros municipales entre otros grupos de servidores públicos (STC 06681-2013-PA/TC, Caso Richard Nilton Cruz Llamos)
- 6** Reglas para una mejor solución de procesos que requieren una real tutela de urgencia (STC 00987-2014-PA/TC, Caso Francisca Lilia Vásquez Romero)
- 7** Se deja sin efecto precedente vinculante de la STC 03741-2004-PA/TC, en el extremo referido al control difuso administrativo (STC 04293-2012-PA/TC, Caso Consorcio Requena)
- 8** Amparo arbitral (STC 00142-2011-PA/TC, Caso Minera María Julia)
- 9** Importación de vehículos usados (STC 00001-2010-CC/TC, Caso Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra el Poder Judicial)
- 10** Cobro de beneficios sociales y reposición (STC 03052-2009-PA/TC, Caso Yolanda Lara Garay)
- 11** Importación de vehículos usados (STC 05961-2009-PA/TC, Caso Transportes Vicente, Eusebio, Andrea S.A.C.)
- 12** Amparo electoral (STC 05854-2005-PA/TC, Caso Pedro Lizana Puelles)
- 13** Amparo contra amparo (STC 04650-2007-PA/TC, Caso Cooperativa de Ahorro y Crédito “Santa Rosa de Lima Ltda”).
- 14** Plazo razonable de la detención (STC 06423-2007-HC/TC, Caso Ali Guillermo Ruiz Dianderas)
- 15** Se deja sin efecto el precedente vinculante en la STC 03361-2004-PA/TC en materia de ratificación de magistrados y se establece una nueva regla al respecto (STC 01412-2007-PA/TC, Caso Juan de Dios Lara Contreras)
- 16** Pensión vitalicia y pensión de invalidez (STC 02513-2007-PA/TC, Caso Ernesto Casimiro Hernández Hernández)
- 17** Acreditación de aportaciones en materia pensionaria (STC 04762-2007-PA/TC, Caso Alejandro Tarazona Valverde)
- 18** Pago de devengados e intereses en materia pensionaria (STC 05430-2006-PA/TC, Caso Alfredo de la Cruz Curasma)
- 19** ONP, bono de reconocimiento (STC 09381-2006-PA/TC, Caso Félix Vasi Zevallos)
- 20** Arbitraje voluntario y obligatorio del D.S. 003-98-SA; SCTR (STC 00061-2008-PA/TC, Caso Rímac Internacional)
- 21** Pensión vitalicia y pensión de invalidez; enfermedad profesional (STC 06612-2005-PA/TC, Caso Onofre Vilcarima Palomino)
- 22** Decreto Ley 18846; Ley 26790; pensión vitalicia y pensión de invalidez; enfermedad profesional, SCTR (STC 10087-2005-PA/TC, Caso Alipio Landa Herrera)
- 23** Amparo contra amparo; RAC a favor del precedente (STC 04853-2004-PA/TC, Caso Dirección General de Pesquería de La Libertad)
- 24** Se deja sin efecto RAC a favor del precedente, establecido en la STC 04853-2004-PA/TC (STC 03908-2007-PA/TC, Caso Provías)
- 25** Desafiliación de las AFPs, (STC 07281-2006-PA/TC, Caso Santiago Terrones Cubas)

- 26** Ratificación de magistrados; reingreso a la carrera judicial (STC 01333-2006-PA, Caso Jacobo Romero Quispe)
- 27** Derecho de rectificación (STC 03362-2004-PA, Caso Prudenciano Estrada Salvador)
- 28** Control difuso administrativo; prohibición de cobrar tasas administrativas por la interposición de recursos impugnatorios (STC 03741-2004-AA/TC, Ramón Hernando Salazar Yarlénque) La regla contenida en el literal a) del fundamento 50 de la STC 3741-2004-PA/TC fue dejada sin efecto. Esta decisión supone dejar sin efecto la autorización para que determinados órganos administrativos ejerzan el control difuso (STC 03908-2007-PA/TC, Caso Provías)
- 29** Impuestos a casinos y tragamonedas (STC 04227-2005-PA/TC, Caso Royal Gaming)
- 30** Medidas preventivas o cautelares en sede administrativa (STC 03075-2006-PA, Caso Escuela Internacional de Gerencia - Eiger)
- 31** Aplicación de la Ley 23908, pensión mínima o inicial (STC 05189-2005-PA/TC, Caso Jacinto Gabriel Angulo).
- 32** Procedencia del RAC (STC 02877-2005-HC/TC, Caso Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez) El Tribunal Constitucional desarrolló las reglas de este precedente que se relacionan con el Recurso de agravio Constitucional en la STC 00987-2014-AA que se incluye más abajo por tener carácter de precedente.
- 33** Inhabilitación política; acceso a los medios de comunicación del Estado; partidos políticos (STC 02791-2005-AA/TC, Caso Julio Soberón Márquez)
- 34** Plazo del proceso y plazo de detención en relación a la conducta obstruccionista del procesado (STC 01257-2005-HC/TC, Caso Enrique José Benavides Morales)
- 35** Jornada trabajadores mineros; jornadas atípicas (STC 04635-2004-PA/TC, Caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala)
- 36** Límites a las sentencias manipulativas (STC 00030-2005-P/TC, Caso Ley de la Barrera Electoral)
- 37** Derecho de reunión (STC 04677-2004-PA/TC, Caso CGTP)
- 38** Ratificación de magistrados; tutela procesal efectiva (STC 03361-2004-AA/TC, Caso Jaime Amado Álvarez Guillén)
- 39** Procedencia del amparo laboral (STC 00206-2005-PA/TC, Caso César Baylón Flores)
Los criterios de procedibilidad del amparo en materia laboral establecidos en la STC 0206-2005-PA fueron precisados al establecerse que la vía judicial en donde el trabajador cuestionará el despido dependerá del tipo de contratación laboral (STC 3940-2010-PA/TC, Caso Gobierno Regional del Callao)
El Tribunal Constitucional en la STC 2383-2013-AA que se incluye más abajo por tener carácter de precedente fijó una serie de requisitos para que la vía ordinaria pueda ser considerada igualmente satisfactoria que la del amparo.
- 40** Libertad de empresa; amparo en materia municipal (STC 02802-2005-PA/TC, Caso Julia Benavides García)
- 41** Libertad de tránsito; bien jurídico seguridad ciudadana (STC 03482-2005-HC/TC, Caso Augusto Brain Delgado)
- 42** Aplicación del DS 019-94-PCM y del DU 037-94 (STC 02616-2004-AC, Caso Amado Santillán Tuesta)

- 43 Procedencia del proceso de cumplimiento (STC 00168-2005-PC/TC, Caso Maximiliano Villanueva Valverde)
- 44 Responsabilidad del ente administrador (STC 01966-2005-HC/TC, Caso César Augusto Lozano Ormeño)
- 45 Libertad de tránsito; bien jurídico seguridad ciudadana (STC 0349-2004-PA/TC, Caso María Contrina Aguilar)
- 46 Tributos municipales (STC 00053-2004-A/TC, Caso Defensoría del Pueblo contra Municipalidad Distrital de Miraflores)
- 47 Amparo provisional; contenido esencial del derecho a la pensión (STC 01417-2005-PA/TC, Caso Manuel Anicama Hernández)
- 48 Agotamiento de la vía previa en materia tributaria (STC 02302-2003-AA/TC, Caso Inversiones Dreams S.A.)
- 49 Libertad personal; detención preventiva; principio 'tempus regit actum', (STC 02496-2005-HC, Caso Eva Valencia Gutiérrez)
- 50 Procesos constitucionales entre entidades de derecho público; derecho de defensa (STC 01150-2004-AA, Caso Banco de la Nación)
- 51 Inhabilitación política (STC 03760-2004-AA/TC, Caso Gastón Ortiz Acha)
- 52 Plazo razonable de la prisión preventiva (STC 03771-2004-HC/TC, Caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón)

Cuando concluyamos este subcapítulo elaboraremos un cuadro con el consolidado general de la clasificación del PV.

3.1.- “Clasificación del PV, por la Fuente: Los precedentes, por la fuente, se clasifican en: de origen y derivados.”⁵¹⁴ El término fuente está pensado para aludir a aquello de donde nace o brota algo, en este caso nos referimos a los PV, debemos anotar que el PV, en nuestro ordenamiento han adquirido carta de ciudadanía recién y por primera vez con la publicación del CPConst., el cual se encuentra vigente desde el 01 de Diciembre del 2004, si bien es cierto se ha dicho que el PV, tenía un antecedente remoto en el artículo 9° de la extinguida Ley N° 23506, -Ley de Hábeas Corpus y Amparo- sin embargo no poseía la tal denominación de PV y no tenía el alcance *erga omnes* que tiene el PV.

3.3.1.- “Los PV de origen: Se construyen *ex novo* y sobre la toma de elementos de la argumentación jurídica que no están en decisiones anteriores de la Corte.”⁵¹⁵ Con ello se hace mención, y son considerados PV, de origen a aquellos que se elaboran de cero, es decir, por primera vez, sólo nos queda la duda en el supuesto en que la misma controversia donde el TC, aún no tiene un PV, esta - la controversia- ya haya sido resuelta anteriormente por el TC o por la Corte Suprema a través de su Sala Constitucional y Social, supongamos que el TC, se ha pronunciado mediante jurisprudencia o doctrina jurisprudencial, consideramos que de igual manera si no hay precedente anterior sigue siendo originario, por cuanto una de las diferencias del PV, con la DJV, es que esta última

⁵¹⁴ ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. *Repertorio constitucional 2008-2011*. (Jurisprudencia constitucional, Luis Fernando Ávila Lizán, editor.- 1 ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. Pág. 383.

⁵¹⁵ *Ibidem*. Pág. 383.

si puede ser dejada sin efecto, por un PV, sin necesidad de recurrir a una argumentación reforzada que sí se exige en el cambio de PV.

3.3.2.- “Los PV derivados: Toman la (s) *ratio* (s) de sentencias anteriores de la Corte, y luego los elementos argumentativos necesarios de las fuentes respectivas. De acuerdo con los fines del proceso de elaboración, los derivados, pueden ser:⁵¹⁶ [Constructivos y Correctivos o de permanencia]. En este ítem implica que el TC, posteriormente a la expedición de PV, anteriores, emite nuevos precedentes en donde de acuerdo a la fuente tiene dos opciones los agrega nuevos elementos o simplemente los revoca. Ejemplos:

En el PV recaído en la STC. Exp. N° 3771-2004-HC/TC. Caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón, no hay PV, como es lógico, no se registran antecedentes en donde el TC haya elaborado reglas vinculantes sobre el Plazo Razonable de la prisión preventiva.

Otro ejemplo paradigmático lo constituye la STC. Exp. N° 3760-2004-AA/TC. Caso Gastón Ortiz Acha, no se registran antecedentes en donde el TC haya elaborado reglas vinculantes sobre Inhabilitación Política.

3.3.2.1.- “PV Constructivo: Es el que permite armar una nueva *ratio* a partir de una o más *ratios* de sentencias anteriores. Este precedente permitiría la existencia de una gran gama de formas adicionales. Por ejemplo, complementarios, restrictivos, extensivos, explicativos, aditivos.”⁵¹⁷ En esta tipología de PV, lo que el TC hace es agregar nuevos supuestos sobre la base de las reglas contenidas en anteriores PV, construye y usa de armazón a un PV, anterior. Ejemplos:

En este supuesto es menester traer a colación las reglas del amparo contra amparo, dicho sea de paso que el CPConst., es claro al respecto en su artículo 5° Inciso 6 estipula: *No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 6. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional.* Sin embargo sabemos que es otra la lectura del TC.⁵¹⁸

⁵¹⁶ Ibídem. Pág. 383.

⁵¹⁷ Ibídem. Pág. 383.

⁵¹⁸ “Contrariamente a lo señalado por el Tribunal en aquella oportunidad, el inciso en comentario sanciona expresamente la improcedencia del amparo ante la hipótesis de un proceso judicial “previo”; y bajo la consideración de que los supuestos de improcedencia representan limitaciones al acceso a la justicia, debería cuestionarse si cabe válidamente la interpretación extensiva de un precepto limitativo del derecho al acceso a la justicia constitucional, y si no más bien el remedio de la litispendencia debería operar sobre el proceso ordinario iniciado posteriormente [En ese sentido puede verse: SALINAS CRUZ, Sofía. *Reglas de admisibilidad y procedencia en el proceso de amparo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, pp. 40-41, donde se sostiene: “esta causal, implica la improcedencia de la demanda cuando se haya acudido primero a un proceso constitucional y con posterioridad a un proceso judicial ordinario, declarándose la improcedencia de este último; pero también se configura cuando se haya acudido a un proceso constitucional previamente y luego, durante su tramitación, se presente una nueva demanda constitucional”].” SOTERO GARZÓN, Martín Alejandro. *Causales de improcedencia. Comentarios al Artículo 5° Inciso 6 del Código Procesal Constitucional*. En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo I. Primera Edición. Diciembre 2015. Pág. 189.

Al respecto la doctrina expone: “Especialmente significativo ha sido el caso de la causal contenida en el artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional. Se trata de una causal que no solo no venía justificada por la esencia de los procesos constitucionales, sino que bien vistas las cosas, la formulación textual de la disposición contradecía tal esencia. Por eso, a pesar de que la literalidad de tal disposición declaraba la improcedencia de un proceso constitucional contra resolución firme obtenida en otro proceso constitucional, el Tribunal Constitucional se ha encargado, con acierto, de declarar la procedencia del proceso constitucional contra resolución firme obtenida en otro proceso constitucional, siempre que tal resolución vulnerase de modo manifiesto el contenido constitucional de algún derecho fundamental, señaladamente, el debido proceso⁵¹⁹.”

Un ejemplo del PV constructivo lo encontramos en la **STC. Exp. N° 4853-2004-PA/TC**. Caso Dirección General de Pesquería de la Libertad, el TC dejó establecido como **Segundo supuesto**: [cabe Amparo contra amparo contra] *sentencias estimatorias que desconocen la doctrina constitucional establecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Posteriormente añadió en el PV que lo podemos clasificar como PV, derivado constructivo **STC Exp. N° 03908-2007-PA/TC**.⁵²⁰ Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVÍAS Nacional), el cual es dicho sea de paso también se le puede clasificar como un PV implícito, el TC, a partir de los lineamientos del PV anterior, añadió una regla más a saber en el FJ 8: *Por tanto, cuando se considere que una sentencia de segundo grado emitida en un proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento ha sido emitida en contravención de un precedente vinculante establecido por este Tribunal, el mecanismo procesal adecuado e idóneo para evaluar ello es la interposición de un nuevo proceso constitucional*. En puridad procede interponer un proceso de amparo contra amparo, contra una resolución de segunda instancia que contraviene un PV emitido por el TC.

⁵¹⁹ [54] Ha acertado el TC cuando ha manifestado que “la posibilidad del ‘amparo contra amparo’ tiene fuente constitucional directa en el segundo párrafo del artículo 200.2 de la propia Constitución, (...). A partir de esta consideración, el Tribunal ha precisado que (...) cuando el Código Procesal Constitucional se refiere en su artículo 5, inciso 6), a la improcedencia de un proceso constitucional que cuestiona una resolución judicial firme recaída en otro proceso constitucional, esta disposición restrictiva debe entenderse referida a procesos donde se han respetado de modo escrupuloso el debido proceso y la tutela procesal efectiva en sus distintas manifestaciones”. Exp. N° 04853-2004-PA/TC, fundamento 5. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *La esencia de los procesos constitucionales y su relación con la procedencia de la demanda constitucional*. En: Gaceta Jurídica. Causales de improcedencia de los procesos constitucionales. Primera Edición. Junio 2015. Pág. 26.

⁵²⁰ Vid. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Variación de Precedente Vinculante respecto al Recurso de Agravio Constitucional*. Exp. N° 3908-2007-PA. Caso: Provías Nacional. En: Tupayachi Sotomayor, Jhony (Coordinador). *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú*. (Análisis, Comentarios y Doctrina Comparada) Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2009. Págs. 599-605. Vid. ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *El Caso Provías Nacional. (Exp. N° 3908-2007-PA/TC): Inicio de nuevos derroteros para el tratamiento de los precedentes constitucionales en el Perú?* En: Castañeda Otsu, Susana (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Editora Jurídica Grijley. Primera Edición 2010. Págs. 417-442.

3.3.2.2.- “PV Correctivo o de permanencia: Es el que busca corregir o mantener el criterio de la Corte.”⁵²¹ En este supuesto nos encontramos ante dos tipologías de PV, un PV es correctivo cuando ‘corrige’ una situación anómala de un PV, anterior en puridad nos encontramos ante un *Overruling*, el TC corrige un PV, anterior y lo revoca, y lo reemplaza por un nuevo PV.

Un PV es de permanencia, cuando reitera las reglas anteriores de un PV, es decir no quita ni pone sólo lo revitaliza o lo actualiza.

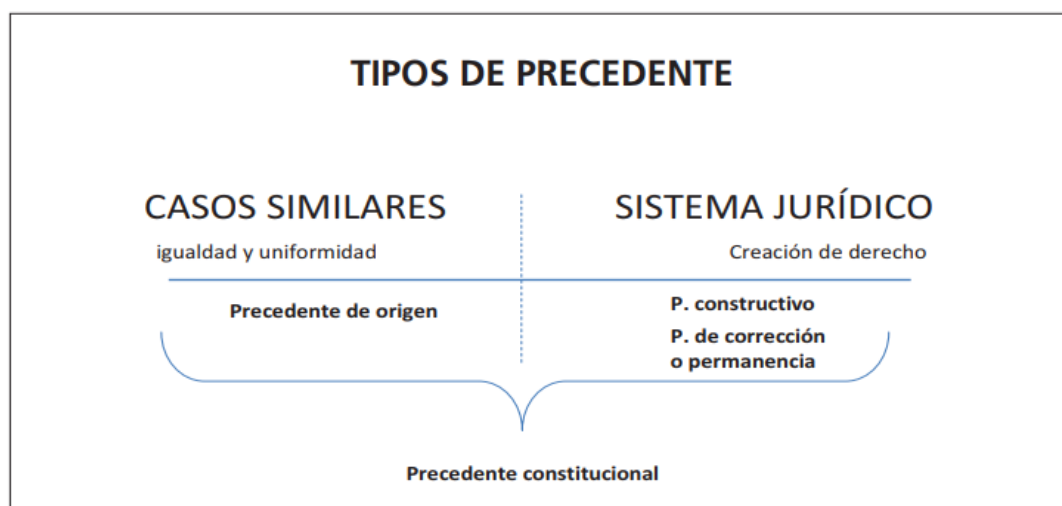
Ejemplo de un PV correctivo lo constituye la STC. Exp. N° 04293-2012-AA/TC. Caso Consorcio Requena. El cual deja sin efecto la potestad de ejercer control difuso por parte de los tribunales administrativos tal como lo había establecido la STC N° 3741-2004-PA/TC. Caso Ramón Salazar Yarlenque.

3.2.- “Clasificación del PV, por los efectos generales: Los precedentes, por los efectos generales, son aquellos que vinculan a la resolución de casos similares posteriores; y, los que tienden a la creación del derecho (precedente constructivo, de corrección o permanencia). En el primer caso, respecto de todos los procesos se busca garantizar los principios de igualdad (a igual caso, igual decisión) y la uniformidad con el fin de permitir la predictibilidad del razonamiento constitucional. En el segundo caso, la Corte crea derecho de acuerdo con la Constitución vigente y a la vez argumenta jurídicamente para ampliar el ejercicio de los derechos constitucionales.”⁵²² Los dos cuadros que siguen han sido extraídos del *Repertorio constitucional 2008-2011*, que ya hemos citado varias veces:

(10) Ejemplo: en el caso de Juan, la regla jurisprudencial de la Corte que extiende la garantía del debido proceso influye sobre todos los procesos, pues en lo posterior se aplicará a todos los casos donde comparezcan personas y colectivos indígenas. Al mismo tiempo, la Corte crea una norma que no existía en el ordenamiento jurídico.

⁵²¹ ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. *Repertorio constitucional 2008-2011*. (Jurisprudencia constitucional, Luis Fernando Ávila Lizán, editor.- 1 ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. Pág. 383.

⁵²² *Ibídem*. Pág. 383.



3.3.- Clasificación del PV De acuerdo a la relación institucional.

El Dr. Martínez Morón expone: “La distinción que a continuación desarrollaremos está constituida con base en la relación que existe entre el órgano que expide el precedente y el órgano que decidirá en observancia a este precedente.

Taruffo lo divide en tres clases: el precedente vertical, el precedente horizontal y el autoprecedente⁵²³. Esta división, sin embargo, está orientada a la organización judicial del Poder Judicial mas no dirigida a la reelección entre órganos. Es decir, que el estudio realizado por dicho autor es perfectamente aplicable cuando nos referimos a la técnica del precedente utilizada en una misma institución, en especial, dentro del Poder Judicial, pero ¿qué sucede si la relación no es entre órganos de una misma institución sino entre instituciones u órganos autónomos?

Esta interrogante es válida en especial cuando se trata de justicia constitucional dado que en muchos ordenamientos el máximo órgano jurisdiccional no siempre forma parte del Poder Judicial sino que se encuentra establecido de forma independiente, autónomo a la organización judicial ordinaria, por lo que esta nueva relación entre órganos no podría encontrarse inmersa en ninguno de los tres supuestos antes descritos, por lo tanto requeriríamos de una nueva distinción o, por lo menos, de una más específica a esa nueva relación.”⁵²⁴

En sentido similar, la doctrina expone: “Más allá de las formas en que los países del *common law* han alcanzado el perfeccionamiento del *stare decisis*, los tratadistas han advertido que éste se puede presentar de dos *formas* desemejantes, según la correspondencia existente entre el órgano emisor y el

⁵²³ Cfr. TARUFFO, Michele (2003). Ob. Cit. pp. 196-198. Citado por MARTÍNEZ MORÓN, Alan César. *Las técnicas de distinción del precedente. El caso peruano*. En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Tomo 180. Noviembre 2008. Pág. 183.

⁵²⁴ MARTÍNEZ MORÓN, Alan César. *Las técnicas de distinción del precedente. El caso peruano*. Ob. Cit. Pág. 183.

receptor de la decisión: uno es vertical y el otro, horizontal. En el primero, existe la aplicación de la doctrina de una corte más alta a una inferior; por ello, la concomitancia que involucra es *vertical*. Se asienta en el hecho de que los jueces son rodeados por decisiones jueces anteriores de niveles coordinados y jerarquizados. En el ámbito constitucional nacional, por su competencia para revisar los procesos de libertad a través del RAC, es el TC el que impone su poder frente a los jueces del PJ que resuelven en primera y segunda instancia. Por su parte, el *horizontal* se presenta cuando los dos tribunales en cuestión -el emisor y el receptor del precedente- se sitúan en el mismo nivel de la organización judicial. Se debe hacer una importante distinción entre las dos subformas en que se presenta: el autoprecedente y el horizontal propiamente dicho. El autoprecedente se presenta cuando los precedentes de los tribunales son obligatorios o vinculatorios para ellos mismos; sobre el horizontal propiamente dicho, se ha señalado que la decisión de un juez diferente de igual nivel tendrá más un valor sugerente antes que vinculante propiamente dicho.”⁵²⁵

En igual sentido: “(...) atendiendo a la estructuración de los órganos judiciales en jerarquías funcionales (en las que un juez A es superior al juez B si el juez A es competente para decidir los recursos contra las resoluciones del juez B). A este respecto, se contabilizan las siguientes clases de “precedentes”.”⁵²⁶

La doctrina extranjera en el mismo sentido: “Cabe distinguir tres tipos de precedentes, dependiendo de la relación existente entre el órgano que recurre a ellos y el órgano del que emanan: precedente vertical, precedente horizontal y autoprecedente. Conviene advertir, de entrada, que aunque todos ellos propician el valor de la justicia uniforme no comparten un mismo fundamento.”⁵²⁷

3.3.1.- Precedente Constitucional Vinculante Vertical.

“Se intuye fácilmente, que el llamado *precedente vertical* presupone un orden, en el cual hay una jerarquía vigente de autoridad entre los órganos judiciales.”⁵²⁸

“Primero, el precedente *vertical*: que supone una relación jerárquica entre el tribunal del que emana el precedente y el tribunal que lo usufructúa y que, por eso mismo, tiene dos variantes: el precedente vertical descendente (si la fuente

⁵²⁵ MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo. *El stare decisis constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales*. En: Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año III. N° 5. Enero - Junio. Lima 2007. Pág. 76.

⁵²⁶ Cfr. TARUFFO, Michelle, “Dimensioni del precedente giudiziario”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, N° 2, Milán, 1994 (...). Citado por IGARTUA SALA VERRÍA, Juan. *La fuerza vinculante del Precedente Judicial*. En: JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional. Grijley. Enero N° 1. 2008. Pág. 104.

⁵²⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores. Primera edición. Setiembre del 2003. Págs. 207-208.

⁵²⁸ Cfr., ampliamente CRISCUOLI, 1981: 345 y ss., *Vid.*, además, GASCÓN, 1993^a: 35; CROSS y HARRIS, 1991: 102 y ss. Citado por TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. (Traducción de Maximiliano Aramburo Calle). Madrid. Marcial Pons 2009. Pág. 544.

del precedente es un tribunal más alto) y el precedente vertical ascendente (si el precedente proviene de un tribunal inferior).”⁵²⁹

“Consiste en el recurso al precedente de un órgano judicial superior. El precedente vertical preserva el valor de justicia uniforme y su fundamento hay que buscarlo en el ideal de “juez único”, que exige corregir los efectos distorsionantes que produce la necesaria existencia de múltiples tribunales. Allí donde es vinculante, el precedente vertical juega en la argumentación el mismo papel que la ley y garantiza la unidad de solución correcta. Donde no es vinculante juega en la argumentación el papel de una razón de autoridad.”⁵³⁰

Consideramos que esta es la clásica tipología del PV, en virtud del cual el PV, emanado por el TC, vincula a todos los órganos jurisdiccionales, incluida la propia Corte Suprema de la República.

Con relación a la jerarquía de los órganos jurisdiccionales se expone: “Esta distinción se refiere a la relación que existe entre la regla establecida por instancias superiores y su aplicación y seguimiento por parte de las instancias inferiores. Es decir, que responde a una relación jerárquica dentro de una misma institución.”⁵³¹

3.3.2.- Precedente Constitucional Vinculante Horizontal.

“El orden institucional influye también en el llamado *precedente horizontal*, que se tiene cuando un juez hace referencia a la decisión de otro juez de igual nivel, y sobre el *autoprecedente*, es decir, sobre el vínculo de un juez para seguir sus propios precedentes. En cuanto al precedente horizontal, la ausencia de relación jerárquica entre jueces diferentes de igual nivel, excluye normalmente la existencia de una obligación de seguir el precedente⁵³². Nada impide que se haga referencia a la decisión de otro juez diferente del mismo nivel, pero esa decisión tendrá valor de ejemplo, más que de precedente en sentido estricto.”⁵³³

“Segundo, el precedente *horizontal*: cuando los dos tribunales en cuestión se sitúan en el mismo nivel de la organización judicial.”⁵³⁴

“Consiste en el recurso al precedente de otro órgano del mismo nivel jerárquico que el que adopta la decisión. Preserva también, como el precedente vertical, el valor de *justicia uniforme*, pero su fundamento hay que buscarlo en buena parte en una peculiar ideología judicial vinculada al espíritu institucional u

⁵²⁹ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La fuerza vinculante del Precedente Judicial*. Ob. Cit. Pág. 104.

⁵³⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Ob. Cit. 208.

⁵³¹ *Ibidem*. Pág. 183.

⁵³² Cfr. CRISCUOLI, 1981: 345 y ss. La vinculación al precedente horizontal implicaría una ideología del poder judicial inspirada en una particular solidez institucional. Cfr. GASCÓN, 1993a: 36. Citado por TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. (Traducción de Maximiliano Aramburo Calle). Madrid. Marcial Pons 2009. Pág. 545.

⁵³³ Sobre esta distinción, TARUFFO, 1988b. Citado por TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. (Traducción de Maximiliano Aramburo Calle). Madrid. Marcial Pons 2009. Pág. 545.

⁵³⁴ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La fuerza vinculante del Precedente Judicial*. Ob. Cit. Pág. 104.

organizativo que caracteriza a la profesión judicial y que hace que se considere una virtud de cada miembro su actuación integrada o uniforme en el conjunto: en suma, lo que está en la base del precedente horizontal es una aceptación de la doctrina jurisprudencial dominante. En razón de los órganos de los que emana (órganos homólogos y no superiores al que recurre al precedente), el precedente horizontal tiene menor fuerza persuasiva que el vertical y es probable que sólo cuente en la argumentación a *título de ejemplo*, en vez de como precedente a seguir.”⁵³⁵

“Cuando hablamos de precedente horizontal nos estamos refiriendo a aquella regla jurídica que es utilizada entre órganos de igual jerarquía, pero que es utilizada entre órganos de igual jerarquía, pero que pertenecen a una misma institución.

En casi todos los ordenamientos esta vinculación solo puede ser catalogada como persuasiva, es decir, los órganos de cada instancia no se encuentran efectivamente vinculados a otras instancias de igual jerarquía, pero pueden citar las reglas establecidas para reforzar su posición (...)

El precedente horizontal, al ser en su mayoría de casos persuasivo, sería difícilmente identificable en los casos de países de familia romano-germánica por diversas razones, entre ellas, por el alto valor de criterio de autoridad intrínseco de los jueces siendo, en consecuencia, que al ser el órgano del mismo nivel, entonces no verían la necesidad de observar esas resoluciones; otra de las razones podría ser la gran cantidad de resoluciones expedidas y la poca difusión de estas.”⁵³⁶

A nuestro argumentamos que para que exista esta tipología de PV, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, tendría que existir un órgano Homólogo al TC, jerárquicamente igual, empero como todos sabemos la Corte Suprema, no es homólogo del TC, por cuanto el TC, es el órgano de cierre, en nuestra jurisdicción, y se constituye como un órgano constituido primario.

Al respecto la doctrina expone: “No obstante, ellos [el autor se refiere a los poderes constituidos] no tienen la misma jerarquía constitucional; unos son jerárquicamente superiores a los otros. Podemos, entonces, referirnos a órganos o poderes constituidos primarios y a órganos o poderes constituidos secundarios. Todos son constituidos porque se crean en la Constitución, pero los primarios gozan de jerarquía superior respecto a los secundarios o, si se quiere, se puede expresar esta idea diciendo que los primarios tienen una competencia constitucional superior a los secundarios, debido a la naturaleza de sus funciones.

Los primarios son el órgano revisor de la Constitución y el tribunal constitucional, donde existen, aunque la Constitución denomine a este último

⁵³⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Ob. Cit. 208.

⁵³⁶ *Ibídem*. Pág. 184.

órgano constitucional autónomo. La denominación es lo de menos; lo esencial es, reitero, la naturaleza de la función.

Los secundarios son los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y los órganos constitucionales autónomos. El órgano revisor de la Constitución es jerárquicamente superior o goza de esa competencia superior a los órganos o poderes secundarios, en virtud de que puede alterar la estructura, integración y funciones de los segundos, e incluso los puede crear como en el caso de los órganos constitucionales autónomos. Al contrario, estos últimos no poseen ninguna facultad respecto al órgano revisor de la Constitución.”⁵³⁷

3.3.3.- Precedente Constitucional Vinculante *autoprecedente*.

“Tercero, el *autoprecedente*: si el precedente procede de una resolución anterior del mismo tribunal. Y engloba dos especies⁵³⁸: el *autoprecedente* en sentido estricto (si proviene de los mismos jueces o magistrados encargados de resolver el nuevo caso) y el *autoprecedente* del órgano (si no hay identidad personal entre los jueces o magistrados del mismo órgano en dos momentos diferentes o, también, si se trata de secciones distintas de un mismo órgano).”⁵³⁹

El *autoprecedente* implica que el TC, se encuentra sujeto a sus propios precedentes, por lo tanto cuando decida apartarse de sus PV, según el tenor literal del art. VII del TP del CPConst., *debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente* [anterior].

La doctrina expone: “Nos referimos al *autoprecedente* cuando el órgano utiliza las reglas jurídicas establecidos por él mismo.

Se trata, pues, de una revisión a sus propios precedentes con la finalidad de seguir sosteniendo el criterio o, en casos excepcionales, el de modificarlo si es que ha caído en impracticable por los cambios de la realidad especialmente planteados en el caso que se observa. Para realizar aquel cambio de criterio y dejar de lado el que se venía aplicando se debe realizar la técnica del *overruling* (...)”⁵⁴⁰

La doctrina española expone: “Es el que procede del mismo órgano que adopta la decisión. Consiste, pues, en la vinculación de un órgano judicial a sus propios precedentes, razón por la cual, a veces, se hace referencia a él como “precedente doméstico”. Este tipo de precedente preserva también -como vertical y el horizontal- el valor de la *igualdad en la aplicación de la ley o de la justicia uniforme*, aunque ahora en el seno de un mismo órgano jurisdiccional, pero su fundamento hay que buscarlo en la regla de la universalización expresada en el imperativo kantiano que ordena obrar “según el criterio que

⁵³⁷ CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Grijley. Primera Edición. 2009. Pág. 30.

⁵³⁸ SARTOR, “Il precedente giudiziale”, cit., pp. 251 y 254. Citado por IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La fuerza vinculante del Precedente Judicial*. Ob. Cit. Pág. 104.

⁵³⁹ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La fuerza vinculante del Precedente Judicial*. Ob. Cit. Pág. 104.

⁵⁴⁰ Ibídem. Pág. 184.

queramos ver convertido en ley universal". En otras palabras, la adopción de soluciones uniformes por parte de un mismo aplicador del derecho no puede atribuirse al ideal de juez único ni tampoco a una ideología gremial de aceptación de los criterios mayoritarios, sino que constituye exclusivamente una regla de racionalidad cuyo único fundamento reside en esa exigencia de justicia formal que es el requisito de la universalizabilidad. A diferencia del precedente vertical, el autoprecedente juega, pues, en la argumentación tan sólo el papel de una *regla argumentativa*: el criterio de universalizabilidad⁵⁴¹. Merece la pena detenerse sobre esta cuestión.

En la medida en que las decisiones jurídicas remiten, en muchas ocasiones, a consideraciones de tipo práctico general, o como dice ALEXY, en la medida en que la argumentación jurídica es una modalidad especial e institucionalizada de argumentación moral, el principio de universalizabilidad, que es esencial a todo razonamiento práctico, desempeña también un papel importante en la justificación de las decisiones jurídicas. Y es que cuando en el proceso de interpretación el juez se halla ante la necesidad de elegir entre distintas opciones a propósito del mismo problema, cuando las leyes, la jurisprudencia o los llamados métodos de interpretación ya no garantizan la decisión correcta, entonces la universalizabilidad de la decisión viene a representar la última trinchera de racionalidad. Pues bien, el principio de universalizabilidad encuentra su traducción jurídica en el respeto al propio precedente.

Como traducción jurídica del principio de universalizabilidad, la regla del autoprecedente se proyecta en la argumentación jurídica de dos modos: hacia el pasado y hacia el futuro⁵⁴².

Hacia el pasado: imponiendo al órgano judicial la obligación de resolver los casos del mismo modo en que haya resuelto otros casos sustancialmente idénticos con anterioridad.

Hacia el futuro: imponiendo al órgano judicial la obligación de usar en la resolución de un caso el mismo criterio que estaría dispuesto a utilizar en la resolución de casos futuros similares.

La consecuencia de todo ello es la siguiente: el órgano judicial *está vinculado a su propia jurisprudencia*, pero si decide apartarse de la misma (por no estimarla ya correcta o por estimar que las circunstancias sociales han cambiado y reclaman una nueva interpretación) tiene la *carga de justificarlo*, justificación que se entenderá cumplida si es capaz de mostrar que la nueva

⁵⁴¹ [9] He argumentado sobre ello en GASCÓN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993. Citado por GASCÓN ABELLÁN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores. Primera edición. Setiembre del 2003. Pág. 209.

⁵⁴² [10] Así lo ha visto, a mi juicio muy acertadamente, MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 97. Citado por GASCÓN ABELLÁN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 210.

interpretación constituye un criterio universalizable; esto es, un criterio que, por considerarlo correcto, está dispuesto a aplicar en todos los casos futuros iguales.

En suma, la regla del autoprecedente, como regla que disciplina la argumentación en los casos difíciles, podría formularse así: el criterio que ha de utilizarse para resolver ha de ser el mismo que se observó en un caso anterior sustancialmente igual, pero también y, sobre todo, el mismo que se estaría dispuesto a aplicar en otros casos futuros similares.”⁵⁴³

““autoprecedente”: en este supuesto, a diferencia de los anteriores, el tribunal que dictó el precedente es el mismo que tiene que resolver el caso, por lo que el material “jurisprudencial” con el que opera está constituido por las propias decisiones, debiendo realizarse en definitiva -y para emplear palabras de Perelman- una “deliberación consigo mismo” (*délibération avec soi-même*).”⁵⁴⁴

3.3.4.- El precedente interinstitucional.

La doctrina agrega un supuesto adicional, que lo consideramos vinculado al precedente vertical: “(...) El precedente interinstitucional que deseamos enmarcar se refiere a la relación existente entre los criterios argumentativos esgrimidos por los supremos intérpretes de la Constitución y los demás órganos autónomos, con la atinencia de que los órganos de justicia ordinarios se encuentran relacionados directamente con los tribunales o cortes constitucionales en la función de la administración de justicia, de allí su especial énfasis⁵⁴⁵.

Ahora bien, este tipo de relación es por lo general vinculante y puede nacer con la base en una norma -como el caso del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Español- o con base en la propia jurisprudencia del Tribunal o Corte Constitucional que a su vez, se basa en su relación directa con la Constitución, en su condición de intérprete supremo y final de la Constitución, este es el caso, por ejemplo, de la Corte Constitucional Colombiana.”⁵⁴⁶

⁵⁴³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Ob. Cit. Págs. 209-211.

⁵⁴⁴ Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*, p. 53. Citado por SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. Ob. Cit. Pág. 222.

⁵⁴⁵ [30] Este énfasis se puede apreciar en nuestro ordenamiento, en el artículo VI del TP del Código Procesal Constitucional que establece: “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.” Citado por MARTÍNEZ MORÓN, Alan César. *Las técnicas de distinción del precedente. El caso peruano*. Ob. Cit. Pág. 185.

⁵⁴⁶ MARTÍNEZ MORÓN, Alan César. *Las técnicas de distinción del precedente. El caso peruano*. Ob. Cit. Pág. 185.

3.4.- Clasificación del PV por su fuerza vinculante:

3.4.1.- “Precedentes meramente persuasivos (los jueces están obligados a mencionar los precedentes -si los hubiere- pero pueden separarse de ellos sin asumir ninguna carga argumentativa).”⁵⁴⁷

“El precedente persuasivo (...) se refiere, en forma general, al precedente que puede o no ser seguido por resoluciones posteriores, esto es, aquel que se utiliza como criterio argumentativo para sostener y afianzar una posición pero sin relación alguna a un criterio de autoridad.”⁵⁴⁸

Esta tipología a nuestro entender no existe en nuestro ordenamiento jurídico, pues el precedente ha nacido para ser seguido, no tendría sentido alguno que los órganos administrativos, judiciales o constitucionales, expidan precedentes si estos pueden o no ser seguidos, consideramos que en esta tipología de precedentes, subvierte la esencia del Precedente, apelamos a un ejemplo: El Juez de Tumbes, interpreta la Disposición X en sentido Y, el Juez de Chiclayo, interpreta la Disposición X en sentido Z, el Juez de La Libertad, interpreta la Disposición X en sentido W, La Corte Suprema o el TC, fijan la pauta interpretativa, pero esta, igual seguiría siendo banal, porque su criterio si se quiere se toma en cuenta o no se toma en cuenta, lo cual es un total despropósito, porque sería un total caos y reinaría la inseguridad jurídica.

Para ello ha sido creado el precedente, para dotar de predictibilidad, de seguridad jurídica, no es un pronunciamiento secundario que si se quiere se sigue o no, pues en todos los casos, sin excepción alguna, cuando un operador jurídico, decida aparte de un precedente, SIEMPRE debe motivar, bajo sanción de nulidad, es un mandato constitucional previsto en el Artículo 139° Inciso 5 de la Constitución. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) *La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias.*

Al respecto la doctrina expone: “Es interesante poner en relieve que en la Constitución vigente (al igual que en todas las anteriores) el Poder Judicial, frente a sus “pares” Legislativo y Ejecutivo, es el único órgano al que se le exige motivar sus actos, casi como poniendo en evidencia que los jueces serán todo lo independientes que deben ser, pero estando sometidos a la Constitución y a la ley (art. 146.1 Const.), así debe reflejarse en sus resoluciones. Es así que se ha dicho que la motivación es el “banco donde el juez paga el precio de la independencia y libertad de decisión.”⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La fuerza vinculante del Precedente Judicial*. Ob. Cit. Pág. 105.

⁵⁴⁸ *Ibidem*. Pág. 182.

⁵⁴⁹ [8] Así MELLI, Il principio del 'libero convincimento del giudice' ed il sapere delle parli nel processo penale. En: “Giurisprudenza costituzionale”, n. 1971, p. 2239, cito por GUASCH FERNANDEZ. El hecho y el derecho en la casación civil, J.M. Bosch, Barcelona, 1998, p. 445, nota 2198. Citado por ARIANO DEHO, Eugenia. *Comentarios al Artículo 139° Inciso 5 de la Constitución Política del Perú*. En: Gutiérrez, Walter (Director). *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo III. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Enero 2013. Pág. 78.

3.4.2.- “Precedentes *prejuzgantes* (los jueces, además de mencionar los precedentes si los hubiere, están obligados a seguirlos a menos de que aduzcan “buenas”, o “serias”, o “graves” razones para distanciarse de ellos).”⁵⁵⁰

La doctrina también lo denomina: “Precedente obligatorio flexible o cuasi obligatorio: Nos referimos como punto intermedio a aquellos criterios interpretativos que no, obstante ser de obligatorio seguimiento para los órganos vinculados, pueden ser apartados de estos a condición de que se argumente en contrario.”⁵⁵¹

Esta tipología de PV, sí existe como tal en nuestro ordenamiento jurídico, porque caben las excepciones al PV, o a los precedentes del PJ, por ejemplo traemos a colación el precedente judicial vinculante, podemos apelar al artículo 22° de la LOPJ: *Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial “El Peruano”, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.*

En sentido similar las **Conclusiones del Tema I del Pleno Jurisdiccional Distrital Constitucional 2010**. Corte Superior de Justicia de Lima. Lima, 15 y 16 de Julio de 2010.

Tema I. El precedente vinculante frente a la independencia judicial.

¿Los magistrados de los distintos órganos jurisdiccionales, deben aplicar los precedentes vinculantes en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional o, podrían apartarse de ellos con la debida motivación en atención a la independencia de la que gozan, como lo prevé la Constitución Política del Estado?

Conclusión Plenaria: “Los jueces como regla deben aplicar los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional; pero, pueden desvincularse de dichos precedentes, siempre que con su decisión se proteja de mejor manera al accionante, en cuanto al derecho fundamental violado.”

3.4.3.- Precedentes *incondicionalmente vinculantes* (los jueces deben mencionar los precedentes pertinentes -si existen- y encima tienen obligación de sujetarse a ellos pese a que haya “buenas”, o “serias”, o “graves” razones para dejarlos de lado).”⁵⁵²

La doctrina también lo denomina: “Precedente Obligatorio: El precedente obligatorio -o la doctrina del *stare*- se refiere al carácter vinculante de las reglas

⁵⁵⁰ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La fuerza vinculante del Precedente Judicial*. Ob. Cit. Pág. 105.

⁵⁵¹ *Ibidem*. Pág. 182.

⁵⁵² IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La fuerza vinculante del Precedente Judicial*. Ob. Cit. Pág. 105.

establecidas respecto de las reglas establecidas respecto de las resoluciones posteriores las que no pueden desvincularse.

En el *common law*, el precedente tiene el carácter de obligatorio y, por lo tanto, vinculante en los casos en que es establecido por los órganos de mayor jerarquía y solo adquiere ese carácter para el resto del ordenamiento mas no para ellos mismos, toda vez que aquellos tienen la posibilidad de argumentar en contrario en caso deseen cambiar sus precedentes.”⁵⁵³

Esta tipología consideramos ya no existe en nuestro país, originalmente se concibió al PV, como una camisa de fuerza, de la que nada ni nadie, podía escapar sin embargo, con el paso del tiempo poco a poco se ha ido resquebrajando la rigidez del PV, un ejemplo paradigmático en el derecho comparado es el siguiente:

“Hasta 1966 la Cámara de los Lores se consideraba a sí misma obligada por sus propias sentencias, pero en ese año determinó, mediante una famosa Declaración de Práctica, no encontrarse obligada por sus fallos, aunque de hecho ha sido muy renuente a invalidarlos⁵⁵⁴. El sentido en que una *ratio* es obligatoria es que los jueces ingleses consideran que estas normas de precedente (tanto en términos de definir la *ratio decidendi* de un caso anterior como de la jerarquía de los tribunales) deben ser acatadas y poseen una “visión interna” de estas⁵⁵⁵. A pesar de que no existe una sanción formal para un juez que omite aplicar un precedente en el sentido aludido (aunque un ofensor reiterado podría ser depuesto de su cargo), no es un hecho menor que él

⁵⁵³ MARTÍNEZ MORÓN, Alan César. *Las técnicas de distinción del precedente. El caso peruano*. Ob. Cit. Pág. 181.

⁵⁵⁴ [75] Declaración de Práctica (Precedente Judicial) (1966) 1 WLR 1234. Lord Bingham de Cornhill ha declarado recientemente que “la infrecuencia con que la Cámara (de los Lores) ha ejercido su libertad para desviarse de sus propias sentencias pone de relieve la importancia que ella atribuye al principio (del precedente)”: *Leeds City Council v. Price* cit. n. 1, párr. 42. HARRIS (2002) postula que la Cámara de los Lores debiera sentirse más libre para revocar sus “resoluciones erróneas” pretéritas, incluso si no puede apelar a hechos distinguibles, cambios en la sociedad, alteraciones en los principios jurídicos pertinentes, *per incuriam* o aducir que el fallo anterior ha devenido impracticable. Este autor expone una serie de aspectos que, en su concepto, los jueces de apelación de la Cámara de los Lores debieran tomar en cuenta al decidir si van a actuar de la forma antes indicada, agregando que no debieran preferir la mantención de “precedentes erróneos” en los intereses de la certeza jurídica (los “valores del *stare decisis*”) sino que debieran anularlos en aras de la justicia. Así definido, el tipo de caso aludido por Harris es inusual, porque los diversos elementos a que puede echarse mano rara vez faltan (con un leve ajuste o imaginación de los lores). Sin embargo, en mi opinión, los jueces de apelación de la Cámara de los Lores probablemente deciden la clase de pleitos que preocupa a Harris en forma *ad hoc*, sopesando los méritos sustantivos del cambio contra sus deméritos tomados en su conjunto y teniendo en cuenta los argumentos prácticos y constitucionales a favor y en contra de la modificación judicial contrastada con la legislativa. Para este fin, es inútil adoptar una presunción a favor de la anulación de una sentencia anterior “errónea” o de su confirmación en los intereses de la certeza jurídica. Citado por WHITTAKER. Simon. *El precedente en el derecho Inglés: Una visión desde la ciudadela*. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 1, pp. 37 - 83 [2008]. Pág. 52. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v35n1/art03.pdf> (Fecha de consulta 17/04/19).

⁵⁵⁵ [76] CROSS y HARRIS (1990) p. 98, tomando prestada la famosa expresión de HART (1961) p. 86. Citado por WHITTAKER. Simon. *El precedente en el derecho Inglés: Una visión desde la ciudadela*. Ob. Cit. Pág. 52.

quedaría expuesto a la crítica de sus colegas magistrados y de la comunidad jurídica en general.”⁵⁵⁶

3.5.- Precedentes Vinculantes por su mención.

De acuerdo a lo estipulado en el Artículo VII del TP del CPConst., *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.* Lo correcto es por mandato legal del CPConst., que cuando el TC, decida establecer PV, lo tiene que señalar en la sentencia de manera *explícita*, y además debe precisar que fundamentos son los vinculantes, eso es la regla, pero del estudio de los cincuenta y dos PV, hemos podido establecer que el TC, también tiene PV *implícitos*, a continuación nuestros argumentos.

3.5.1.- Precedentes Vinculantes Explícitos.

Como ya lo habíamos señalado antes, son PV explícitos, los que el TC, decide establecer como tal en una sentencia con calidad de cosa juzgada, sea está declarada fundada e infundada, en mérito al Art. VII del TP del CPConst., del total de cincuenta y dos PV, que ha emitido el TC, cuarenta y nueve son explícitos y solo tres son implícitos, los mencionaremos líneas abajo, finalmente es menester agregar que no cabe emitir PV mediante resoluciones, sino mediante sentencias.

3.5.2.- Precedentes Vinculantes Implícitos.

Esta tipología de PV, rompe esquemas en el sentido de que no se sigue las reglas contenidas en el Art. VII del TP del CPConst., es decir del tenor literal y revisión de las tres sentencias con calidad de PV, que vamos a citar, no figura POR NINGUNA PARTE que el TC, las haya establecido como PV, sin embargo son verdaderos PV, por lo que al respecto cabe plantearse las siguientes observaciones:

¿Por qué se dice que son PV, si el TC, no lo ha establecido como tal?

La respuesta está basada en la lógica, pues en dos sentencias el TC ha utilizado la técnica del *overruling*, para revocar dos PV, anteriores, en consecuencia para revocar una sentencia anterior mediante *overruling*, se entiende que esta tiene que tener la calidad de vinculante, no puede ser una simple sentencia o resolución, así se supone lo entiende el TC, pues de la revisión de la lista de PV, así aparece en su página web. Las sentencias que mencionamos son dos:

STC. Exp. N° 03908-2007-PA/TC. Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS Nacional). Deja sin efecto la STC. Exp. N° 4853-

⁵⁵⁶ WHITTAKER. Simon. *El precedente en el derecho Inglés: Una visión desde la ciudadela*. Ob. Cit. Pág. 52.

2004-PA/TC. Debemos agregar que mediante RTC. Exp. N° 00842-2009-PHD/TC. Caso Fausta Edelmira Fernández Mejía, FJ 5 el TC ha expuesto:

5. Que en el presente caso, el recurso de agravio constitucional se ha interpuesto contra una resolución de segundo grado que declaró fundada la demanda en un proceso constitucional **por lo que de acuerdo a lo establecido en el artículo VII del Código Procesal Constitucional, los criterios adoptados en la STC 3908-2007-PA constituyen precedente vinculante de aplicación inmediata y obligatoria**, motivo por el cual debe revocarse el auto que lo concede y declararse improcedente, ordenándose la devolución de los actuados al juzgado o sala de origen para la ejecución de la sentencia estimatoria de segundo grado. (Resaltados nuestros).

STC. Exp. N° 04293-2012-AA/TC. Caso Consorcio Requena. Deja sin efecto la STC. Exp. N° 3741-2004-PA/TC.

El caso recaído en la **STC. Exp. N° 00053-2004-P/TC**. Caso Defensoría del Pueblo, es un caso particular recientemente incluido en la lista oficial de PV, este PV ha suprimido de la lista de PV la STC. Exp. N° 0002-2010-P/TC. De la revisión del tenor literal de la sentencia no figura en 00053-2004-P/TC, que el TC, lo haya establecido como precedente en mérito al art. VII del TP del CPConst., sin embargo figura un ítem con la denominación *XIV. El precedente vinculante para el resto de municipios*, el citado art. VII, no menciona que en el fallo se deba establecer como PV.

Finalmente el Profesor Luis Saenz Dávalos, ha deslizado la idea que la STC. Exp N° 3179-2004-AA/TC Caso Apolonia Ccollcca Ponce, también constituye PV.⁵⁵⁷

3.6.- Precedentes vinculantes que alteran el procedimiento preestablecido por la ley.

El derecho al procedimiento preestablecido por la ley se encuentra previsto en el art. 139° inciso 3 de la Constitución: *Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos.*

En un excelente trabajo del Dr. Luis Vargas Ruiz, propone una tipología didáctica de los precedentes constitucionales vinculantes,⁵⁵⁸ trabajo que se encuentra en consonancia con uno de nuestros objetivos generales: **Definir si**

⁵⁵⁷ Vid. <https://www.youtube.com/watch?v=EtAUwZPkGeo&t=92s>

⁵⁵⁸ Vid. VARGAS RUÍZ, Luis. *La aplicación de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional a los procesos en curso. Análisis desde la seguridad jurídica*. En: JUS Doctrina & Práctica. Grijley. Mayo 5. Año 2007. Págs. 259-272.

los nuevos precedentes constitucionales vinculantes que imponen cargas deben o no deben aplicarse a los procesos constitucionales en curso.

Del análisis de los cincuenta y dos PV, expedidos por el TC, donde podemos colegir que existen siete PV que cambiando de línea jurisprudencial imponen cargas o gravámenes para los justiciables, exigiendo requisitos adicionales que antes de interponer la demanda no existían, es decir incurren en una aplicación retroactiva perjudicial para el justiciable.

A contraposición contamos con siete PV, expedidos por el TC, en los cuales el TC ha cambiado de línea jurisprudencial sin embargo con una nueva posición más favorable para los justiciables, exigiendo se cumplan con ciertos requisitos adicionales que antes de interponer la demanda no existían, y si bien es cierto incurre en una aplicación retroactiva pero esta no es perjudicial para los intereses de los justiciables. Al respecto el TC ha expuesto, en la STC. Exp. N° 0024-2003-A/TC:

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

En efecto, la decisión de otorgar expresa y residualmente eficacia prospectiva es establecida por el Tribunal Constitucional, en aras de procesar constructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre continuidad y cambio en la actividad jurisdiccional de naturaleza constitucional.

Dicho esto citamos el trabajo del Dr. Vargas Ruíz: "(...) podemos distinguir entre precedentes que alteran las reglas del procedimiento preestablecido y los que carecen de dicho efecto. El fundamento de esta tipología descansa en la consideración que el juez constitucional al momento de interpretar "crea Derecho"⁵⁵⁹.

Ahora bien, dentro de nuestra clasificación interesan los precedentes que cambian las reglas procedimentales, porque los demás (...) al no conllevar modificación normativa alguna a ese respecto, resultan irrelevantes dentro del ámbito protector de la seguridad jurídica. Estos pueden subdividirse en (a)

⁵⁵⁹ [13] Un ejemplo de este poder creativo lo encontramos en la sentencia del Exp. N° 590-2001-HC/TC en la que el Tribunal, vía interpretación, implementa un nuevo tipo de hábeas corpus -el correctivo-, para proteger derechos fundamentales de las personas reclusas. Una sencilla revisión a la ley derogada, nos permitirá concluir que dicha modalidad no se encontraba prevista legislativamente, y es sólo a partir del CPCo. que el legislador la regula, haciendo eco del criterio jurisprudencial del TC. Citado por VARGAS RUÍZ, Luis. *La aplicación de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional a los procesos en curso. Análisis desde la seguridad jurídica*. Ob. Cit. Pág. 263.

precedentes que imponen cargas o gravámenes procesales⁵⁶⁰ y (b) precedentes que otorgan ventajas adjetivas para los actores.”⁵⁶¹

3.6.1.- Precedentes constitucionales vinculantes que alteran el procedimiento preestablecido por la ley imponiendo cargas.

En primer lugar definamos el Derecho al procedimiento preestablecido por la ley, consideramos que es un derecho del justiciable, el cual implica que a este, no se le pueda alterar o cambiar las reglas con las que había iniciado su proceso. Es decir con las reglas que existían al inicio, con esas mismas reglas culmina el procedimiento, sin embargo alguien válidamente puede objetar que de conformidad con la segunda disposición final del CPConst., *Las normas procesales previstas por el presente Código [Procesal Constitucional] son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite.* En el capítulo final daremos mayores detalles sobre la inaplicación de esta disposición, al caso que comentamos.

Corresponde ahora esclarecer ¿qué se entiende por carga procesal? No es como se ha entendido de manera errada que constituiría la carga laboral, no es la cantidad de trabajo que tiene una persona en un despacho judicial o fiscal, no es tal, la carga laboral es el deber que tiene los justiciables, de cumplir con ciertos requisitos, son las obligaciones o tareas que se debe realizar, por ejemplo si decidimos interponer un Proceso de Hábeas Data, tenemos la obligación de cumplir con los requisitos especiales de la demanda previstos en el art. 62° del CPConst., *Para la procedencia del hábeas data se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, (...), y que el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud tratándose del derecho reconocido por el artículo 2 inciso 5) de la Constitución, (...)*

Al respecto la doctrina expone: “(...) el artículo 62 dispone ciertos requisitos especiales para la procedencia de la demanda. La justificación de esta etapa anterior a la jurisdiccional la encontramos en el Tribunal Constitucional, el cual sostiene que “en la medida en que el ejercicio del derecho [alegado] requiere de una serie de actuaciones por parte de quien la custodia resulta razonable exigir al justiciable el agotamiento de la vía previa a efectos de permitir al demandado satisfacer el pedido (...) supeditando la procedencia del proceso de hábeas data al cumplimiento de tal requisito.”⁵⁶²

⁵⁶⁰ [14] Carnelutti se hace una distinción entre lo que es una obligación y una carga en base a “la diversa sanción conminada a quien no realiza el acto: existe sólo obligación cuando la inercia da lugar a la sanción jurídica (ejecución o pena); en cambio si la abstención del acto hace perder los efectos útiles del acto mismo, tenemos la figura de la carga”. Vid. Carnelutti, Francesco, La prueba civil, Arayo, Buenos Aires, s/a, p. 217. Citado por VARGAS RUÍZ, Luis. *La aplicación de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional a los procesos en curso. Análisis desde la seguridad jurídica.* Ob. Cit. Pág. 264

⁵⁶¹ VARGAS RUÍZ, Luis. *La aplicación de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional a los procesos en curso. Análisis desde la seguridad jurídica.* Ob. Cit. Pág. 264.

⁵⁶² [1] STC Exp. N° 06227-2013-PHD/TC, f. j. 6. Citado por ARMAS DIÉGUEZ, Silvana. *Requisito especial de la demanda. Comentarios al artículo 62° del Código Procesal Constitucional.* En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo II. Primera Edición. Diciembre 2015. Pág. 19.

Con relación a la carga procesal la jurisprudencia expuso en el Exp. N° 98-39697-852-Lima.

*Al contestarse la demanda es preciso pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en ella, y el silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el juzgador como reconocimiento de verdad de los hechos alegados. Asimismo, el inciso tercero del artículo citado **impone como carga procesal** respecto de documentos anexados a la demanda su reconocimiento o negativa categórica, pudiendo el a quo asimismo extraer conclusiones sobre el silencio en cuanto a los documentos presentados.⁵⁶³ (Resaltados nuestros).*

Una vez dicho esto habíamos mencionado que se han registrado siete PV, de los cincuenta y dos que existen a la fecha, en donde se advierte que el TC ha cambiado de manera sorpresiva su línea jurisprudencial y han establecido NUEVOS requisitos -cargas procesales- para los procesos en trámite, exigiendo el cumplimiento de presupuestos que al momento de plantear la demanda NO EXISTIAN, a dicha situación anómala se le clasifica como Precedentes constitucionales vinculantes que alteran el procedimiento preestablecido por la ley, imponiendo cargas, conviene precisar que lo que estamos postulando es que el TC, sí puede cambiar de línea jurisprudencial y de PV, el derecho no se puede petrificar, el TC está totalmente autorizado para ello, pues si cambia la legislación, también debe cambiar el PV, eso es normal y se admite en cualquier ordenamiento jurídico, sin embargo otra es la situación cuando el TC, crea nuevos PV imponiendo y creando nuevos supuestos que representan cargas para los justiciables los cuales no se encontraban vigentes al momento de plantear la demanda, y por lo tanto no exigibles ahora, por cuanto no existían en antaño.

Con relación a este tipo de PV, la doctrina expone: “Es el caso en que el Tribunal Constitucional determina en una sentencia el contenido esencial de un derecho fundamental -o lo que el CPConst. denomina contenido constitucionalmente protegido del derecho-. Así, dicho colegiado establece qué pretensiones referentes a la titularidad fundamental resultan materia de amparo, y cuáles se encuentran fuera del contenido esencial y, por lo mismo, el amparo es improcedente, debiendo recurrirse a la vía ordinaria. Este precedente configura una carga o gravamen, en el sentido que al presentarse una demanda alegando la afectación de determinado derecho no existía una delimitación semejante del contenido del derecho invocado y por tanto la creencia del demandante en obtener una sentencia sobre el fondo; sin embargo, ahora el tendrá que demostrar que su pretensión supera dicha valla de procedibilidad, es decir, está referida al contenido esencial del derecho para que la demanda pueda prosperar.

⁵⁶³ GACETA JURÍDICA. Diálogo con la Jurisprudencia. *El Proceso Civil en su jurisprudencia*. Primera Edición Junio 2008. Pág. 364.

El Tribunal Constitucional establece en una sentencia el precedente por el cual obliga a agotar la vía previa en un supuesto en que con anterioridad interpretaba que no era necesario, por ejemplo, debido a la posibilidad de un perjuicio irreparable. Evidentemente, el cambio jurisprudencial responde a que el colegiado interpreta de una manera más restrictiva la noción de perjuicio irreversible. En este supuesto, la imposición de un gravamen o carga al accionante se aprecia en que el nuevo criterio le exige transitar la vía administrativa antes de acudir al amparo, cuando anteriormente la jurisprudencia le eximía de ello.

Ahora que el CPConst. ha instaurado el modelo de amparo subsidiario, según el cual si existe una vía tan o más satisfactoria que dicho proceso, se debe recurrir al proceso común; se pueden dar casos en que inicialmente se considere en una demanda es procedente, pero que con posterioridad nuestro Tribunal Constitucional dentro de una tendencia endurecedora del acceso al amparo o de lograr una más radical desamparización de la justicia, fije el criterio de subsidiariedad para supuesto idénticos a los del caso “N”. Esta posibilidad no es descabellada, pues las pautas para fijar la excepcionalidad del amparo dan pie a la interpretación, y dependiendo de cuán estrictos o flexibles se quiera ser en el tema, algunas demandas podrán ir quedando fuera de esta clase de tutela especializada.

Se pueden citar otros ejemplos de precedentes vinculantes que gravan o cargan a los actores con el cumplimiento de ciertos requisitos de procedencia, derivados todos ellos de una interpretación diversa en el tiempo del Tribunal Constitucional respecto a las causales de procedibilidad. En tal sentido, creemos que la aplicación a los procesos en curso de las nuevas interpretaciones vinculantes, (...) se encuentra prohibida por la seguridad jurídica.”⁵⁶⁴

Los comentarios que se han extraído de la doctrina citada se han visto reflejados en los siete PV, que a continuación citamos:

1.- STC. Exp. N° 1417-2005-AA/TC. En el FJ 49 y en el Fallo 4. En este PV, el TC redujo la posibilidad de reclamar vía proceso de amparo, algunos contenidos del derecho a la pensión, estamos de acuerdo con ello, por ejemplo si me calcularon mal el monto de mi pensión de jubilación, antes lo podíamos reclamar vía proceso de amparo, pero como ya no forma parte del contenido esencial del derecho a la pensión, dicha pretensión se debe reclamar ante el Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo correspondiente, sin embargo dichas nuevas reglas el TC, las aplicó para procesos en trámite y de manera inmediata, la pregunta ¿Y quién me devuelva el tiempo y dinero invertido cuando estuve litigando bajo la vigencia de la línea jurisprudencial anterior?

49. El precedente sentado es de vinculación inmediata, motivo por el cual a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y cuya pretensión

⁵⁶⁴ VARGAS RUÍZ, Luis. *La aplicación de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional a los procesos en curso. Análisis desde la seguridad jurídica*. Ob. Cit. Págs. 264-265.

no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión (Fundamento 37 *supra*), debe ser declarada improcedente.

Fallo:

4. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo que versen sobre materia pensionaria, previstos en el Fundamento 37 *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, debe ser declarada improcedente.

2.- STC. Exp. N° 168-2005-PC/TC. FJ 25. Fallo 2.

25. Con ello el Tribunal Constitucional busca perfeccionar el proceso de cumplimiento a fin de que sea realmente eficaz y expeditivo. Por tanto, el precedente establecido en el párrafo anterior será de vinculación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, de modo que toda demanda que sea presentada y que no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite y adolezcan de ellos, deberán ser declaradas improcedentes.

Fallo:

2. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de cumplimiento, previstos en los fundamentos 14, 15 y 16, *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de cumplimiento que sea presentada o que se encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones, debe ser declarada improcedente.

Declarar que las reglas procesales de aplicación a las demandas de cumplimiento que a la fecha de publicación de esta sentencia se encuentren en trámite, serán las previstas en los fundamentos 53 a 58 y 60 del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.° 1417-2005-AA/TC), de modo que serán vinculantes tanto para los jueces que conocen los procesos de cumplimiento, como para los jueces que resulten competentes para conocer las demandas contencioso administrativas, en la vía del proceso sumarísimo a que se refiere el artículo 24°, inciso 2 de la Ley N.° 27584.

3.- STC. Exp. N° 2802-2005-PA/TC. FJ 18.

18. De conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos N.ºs 4 a 17, *supra*, constituyen precedente vinculante, puesto que son indispensables para determinar la vía en la que corresponderá que se atiendan las acciones de amparo

comprendidas en los supuestos de improcedencia, siendo de aplicación inmediata a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, de modo que toda demanda que sea presentada y que no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite y adolezcan de ellos, deberán ser declaradas improcedentes, debiendo ser encausadas, conforme a los criterios expuestos, en la vía contencioso-administrativa.

4.- STC. Exp. N° 206-2005-PA/TC. FJ 34. Fallo 3.

34. Con ello el Tribunal Constitucional busca perfeccionar el proceso de amparo a fin de que sea realmente eficaz y expeditivo. Por tanto, el precedente establecido será de vinculación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, de modo que toda demanda que sea presentada y que no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite e igualmente no reúnan tales condiciones, deberán ser declaradas improcedentes.

Fallo:

3. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral, previstos en los fundamentos 7 a 25, supra, constituyen precedente vinculante inmediato de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones, debe ser declarada improcedente.

5.- STC. Exp. N° 3908-2007-PA/TC. FJ. 9-A. Fallo 3.A.

9. En este orden de ideas, también debe señalarse qué sucederá con aquellos recursos de agravio constitucional interpuestos a favor del precedente que se encuentren en trámite y han sido concedidos por el Poder Judicial, así como con el cómputo del plazo de prescripción para interponer un “amparo contra amparo”, un “amparo contra hábeas corpus”, un “amparo contra hábeas data”, o un “amparo contra cumplimiento”. En este sentido, es oportuno precisar las siguientes reglas procesales a seguir:

a. El auto que concede el recurso de agravio constitucional a favor del precedente que se encuentre en trámite será revocado y declarado improcedente y se ordenará la devolución de lo actuado al juzgado o sala de origen para la ejecución de la sentencia estimatoria de segundo grado.

Fallo:

3. Establecer las siguientes reglas procesales:

a. El auto que concede el recurso de agravio constitucional a favor del precedente que se encuentre en trámite será revocado y declarado improcedente y se ordenará la devolución de lo actuado al juzgado o sala de origen para la ejecución de la sentencia estimatoria de segundo grado.

6.- STC. Exp. N° 00142-2011-PA/TC. FJ.31.

31. A partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial “El Peruano”, toda demanda que se encuentre en trámite y que no se ajuste al precedente vinculante establecido en la presente sentencia debe ser declarada improcedente. Por seguridad jurídica y en vía excepcional las partes pueden en un plazo no mayor de 60 días hábiles interponer recurso de apelación o anulación, según corresponda, en sede ordinaria.

7.- STC. Exp. N° 05057-2013-PA/TC. FJ. 21, 26 y 27. Fallo 3.

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

26. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 supra, constituyen precedente vinculante, siendo determinantes para resolver si a través de la vía del proceso constitucional de amparo, se ordenará o no la reincorporación de la parte demandante como trabajador con un contrato laboral a plazo indeterminado. Tales exigencias se ajustan y respetan la Constitución y demás normas legales vigentes que regulan la contratación de personal en el Estado.

27. El precedente establecido será de vinculación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

Fallo:

3. Declarar que a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, los procesos de amparo en trámite, en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional, deberán ser declarados improcedentes cuando se verifique que un demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. En tal caso, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que el demandante solicite la indemnización que corresponda.

3.6.2.- Precedentes constitucionales vinculantes que alteran el procedimiento preestablecido por la ley estableciendo ventajas procesales.

Esta tipología de PV, implica que al justiciable se le aplique un nuevo escenario más beneficioso al que tenía antes de plantear la demanda, por

ejemplo un pensionista no podría protestar si es que vía un nuevo PV, se amplían los días para que pueda interponer sus recursos impugnativos, o mediante nuevo PV, se prescinden de requisitos que antes sí eran exigibles, el escenario es más beneficioso por lo tanto se puede aplicar a los procesos en trámite porque beneficia y no perjudica, a contraposición como lo hacen los PV, que imponen cargas.

Al respecto citamos la doctrina especializada: “En cuanto a los precedentes que modifican el procedimiento preestablecido reconociendo ventajas procesales, citamos los siguientes supuestos:

- En la sentencia del Exp. Nº 1003-1998-AA/TC el Tribunal Constitucional varía su criterio jurisprudencial respecto a los alcances del silencio administrativo negativo, reinterpretándolo a partir de entonces ya no como deber del administrado sino como potestad, por lo que su no acogimiento al mismo -a efectos de esperar un pronunciamiento expreso de la entidad hasta cuando ésta resuelva- no puede determinar la caducidad de la acción de amparo (como se venía interpretando hasta entonces) manteniéndose expedita la vía judicial. Esta ventaja procesal (la no caducidad de la acción), no podría ser invocada con sustento en la seguridad jurídica por quien por ejemplo tuviese su proceso en trámite al momento del cambio y su demanda hubiese sido declarada caduca primera instancia.
- Otro caso de un precedente que modificó beneficiosamente las reglas originales del procedimiento preestablecido lo constituyó aquella sentencia recaída en el Exp. Nº 090-2004-AA/TC, que sienta criterio sobre la necesidad que los pases a retiro por renovación de los policías deberían ser motivado. Con anterioridad, dicho colegiado había descartado dicha exigencia de fundamentación.
- Igualmente beneficiosa para el justiciable podría considerarse aquella sentencia del Exp. Nº 3846-2004-PA/TC, en la que se reabría la puerta del amparo contra el amparo, no obstante que el Código Procesal Constitucional en el inc. 6 de su artículo 5 estableció dicho supuesto como causal de improcedencia de la demanda. En este caso, el colegiado fue más allá de la ley, bajo el argumento que dicha figura tiene un sustento constitucional directo, aunque no aplicó expresamente el control difuso en el caso concreto.

Como resulta obvio, al constituir ventajas procesales para los justiciables, esta clase de precedentes no representan una amenaza o un perjuicio que pueda afectar en algún sentido la seguridad jurídica. En consecuencia, nuestra tesis se avocará estrictamente al análisis de cómo los nuevos criterios jurisprudenciales que establecen gravámenes al derecho de acción en el modo ya explicado, se oponen a la seguridad jurídica si se llegan a aplicar a las causas en curso.”⁵⁶⁵

Haciendo una pequeña observación debemos mencionar que el autor cita como precedentes los Exp. Nº 1003-1998-AA/TC. Caso Jorge Miguel Alarcón

⁵⁶⁵ VARGAS RUÍZ, Luis. *La aplicación de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional a los procesos en curso. Análisis desde la seguridad jurídica*. Ob. Cit. Pág. 265.

Menéndez, Exp. N° 090-2004-AA/TC. Caso Juan Carlos Callegari Herazo⁵⁶⁶ y Exp. N° 3846-2004-PA/TC. Caso Municipalidad provincial de San Pablo. Sin embargo no constituyen PV sino en puridad son DJV.

Finalmente de igual manera, como lo presentamos en el ítem anterior, luego del análisis y lectura de los cincuenta y dos PV, del TC, se ha detectado que existen siete PV, donde el TC, ha establecido ventajas para los justiciables.

Precedentes Constitucionales Vinculantes que establecen ventajas:

1.- STC. Exp. N° 4635-2004-PA/TC. Fallo 4.

Fallo:

4. Declara que los criterios previstos en los fundamentos 28, 29, 35, 39 y 41, *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, regirán a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*.

2.- STC. Exp. N° 7281-2006-PA/TC. FJ. 24 y 27.B.

24. Por tales razones, entonces, las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante este Colegiado, deberán ser remitidas a la autoridad administrativa competente a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación establecido por la Ley N.º 28991 y que será desarrollado en su reglamento, sin desconocer los requisitos establecidos en la ley y en el artículo 65º de la Constitución, referido a la falta o insuficiencia de la información, de acuerdo a lo señalado en la jurisprudencia de este Colegiado.

27. Con tal propósito, el Tribunal Constitucional considera menester establecer, en el presente proceso constitucional de amparo, precedente vinculante referido a la **falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación** en el siguiente sentido:

(...)

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que el Estado protege a los usuarios ante la falta de información o la insuficiencia de la misma (artículo 65º de la Constitución); por lo que constituye un supuesto jurídico legítimo para que se pueda dar inicio al trámite de desafiliación de una determinada AFP. En consecuencia, las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante este Colegiado, deberán ser remitidas a la autoridad administrativa correspondiente, a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación.

3.- STC. Exp. N° 4853-2004-PA/TC. FJ. 41 y 42.

41. Por lo tanto las reglas desarrolladas en la presente sentencia y declaradas en el fallo como precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional,

⁵⁶⁶ En esta sentencia de manera indebida, creemos, el TC, utiliza la frase *overruling*, para hacer alusión a que está dejando de lado una sentencia anterior, sin embargo el término técnico es cambio de línea jurisprudencial.

deberán ser aplicadas por los jueces constitucionales, incluso a los procesos en trámite, por mandato de la Segunda Disposición Final del mismo cuerpo normativo, una vez que la misma haya sido publicada conforme a Ley.

§10. Vigencia de las nuevas reglas y su aplicación al presente caso.

42. En el presente caso la resolución judicial impugnada es precisamente una resolución estimatoria en un proceso de amparo. Esto permite, en primer término, advertir que, conforme a las reglas establecidas por este Tribunal en la sentencia del expediente 200-2001-AA/TC, la demanda debe ser declarada improcedente, debido a que, de acuerdo con una de las reglas establecidas en dicha ejecutoria, no era posible cuestionar mediante un nuevo proceso de amparo una sentencia estimatoria.

4.- STC. Exp. N° 5430-2006-PA/TC. SI. FJ.14 PV. 2.B (Regla sustancial).

14. En consecuencia, en ejercicio de las funciones conferidas a este Colegiado, se establecen las siguientes reglas:

Precedente vinculante 1: Reglas de procedencia para demandar el pago de pensiones devengadas, reintegros e intereses

Regla sustancial 1: Reconocimiento de la pensión de jubilación o cesantía (...)

Regla sustancial 2: Reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. (...)

Regla sustancial 3: Afectación al mínimo legal o necesidad de tutela urgente. (...)

Regla sustancial 4: Afectación del derecho a la igualdad (...)

Regla sustancial 5: Procedencia del RAC para el reconocimiento de devengados e intereses. (...)

Regla sustancial 6: Improcedencia del RAC para el reconocimiento de devengados e intereses. (...)

Precedente vinculante 2: Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo.

B.- Regla sustancial: El criterio vinculante establecido en el Precedente 1 de esta sentencia será de aplicación inmediata desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, a todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite, precisándose que no están incluidos aquellos que se encuentren en etapa de ejecución.

5.- STC. Exp. N° 4762-2007-PA/TC. FJ.26.C.

26.-De este modo, cuando en los procesos de amparo la dilucidación de la controversia conlleve el reconocimiento de periodos de aportaciones, que no han sido considerados por la ONP, para que la demanda sea estimada los jueces y las partes deben tener en cuenta las siguientes reglas:

(...)

C.- La carga procesal de adjuntar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, es aplicable a los procesos de amparo en trámite cuando los jueces lo estimen necesario e indispensable para resolver la controversia planteada.

6.- STC. Exp. N° 01412-2007-PA/TC. Fallo 3.

Fallo:

3.- **DEJAR** sin efecto el precedente vinculante establecido en la STC 3361-2007-AA/TC, y conforme a lo estipulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, SENTAR como nuevo precedente lo siguiente:

Primero.- Todas las resoluciones evacuadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales deben ser motivadas, sin importar el tiempo en que se hayan emitido; este criterio deberá ser tenido como fundamento a tener obligatoriamente en cuenta por los jueces de toda la República como criterios de interpretación para la solución de casos análogos.

7.- STC. Exp. N° 03052-2009-PA/TC. FJ.36. Fallo 3-C.

36. Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y teniendo en cuenta que los distintos operadores jurisdiccionales han venido aplicando el criterio jurisprudencial señalado por este Colegiado en anterior jurisprudencia respecto a la declaratoria de improcedencia del amparo cuando el trabajador cobraba sus beneficios sociales o su compensación por tiempo de servicios, este Tribunal debe pasar a definir el cambio de criterio desarrollado en esta sentencia como precedente vinculante, a efectos de generar predictibilidad en los operadores jurídicos. Así, las reglas en materia de procedencia del amparo restitutorio del trabajo, son las siguientes:

a. El cobro de los beneficios sociales (compensación por tiempo de servicios, vacaciones trunca, gratificaciones trunca, utilidades u otro concepto remunerativo) por parte del trabajador, no supone el consentimiento del despido arbitrario y, por ende, no debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.

b. El cobro de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin "incentivos" supone la aceptación de la forma de protección alternativa brindada por ley, por lo que debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.

c. El pago pendiente de la compensación por tiempo de servicios u otros conceptos remunerativos adeudos al trabajador debe efectuarse de modo independiente y diferenciado al pago de la indemnización por despido arbitrario, esto es, el empleador deberá realizar dichos pagos en cuentas separadas o a través de consignaciones en procesos judiciales independientes, bajo su responsabilidad.

Los efectos de estas reglas se aplican a los procesos que a la fecha

de publicación en la página web de esta sentencia se encuentran en trámite, tanto en el Poder Judicial, como en el Tribunal Constitucional y a aquellos que se interpongan en adelante.

3. Constitúyase **PRECEDENTE VINCULANTE** las reglas contenidas en el fundamento 37 de la presente sentencia:

(...)

c. El pago pendiente de la compensación por tiempo de servicios u otros conceptos remunerativos adeudados al trabajador debe efectuarse de modo independiente y diferenciado al pago de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin; el empleador deberá realizar dichos pagos en cuentas separadas o a través de consignaciones en procesos judiciales independientes.

4.- Efectos del precedente.

4.1.- “Vinculación erga omnes: Los precedentes constitucionales tienen efectos generales (*erga omnes*), en dos sentidos: **uno abstracto**, sobre el sistema jurídico, lo que lo convierte en fuente formal del derecho. La Corte Constitucional es en la nueva Constitución una corte de precedentes y el máximo intérprete de aquella (...). Esto supuso pasar de un esquema general de interpretación funcional donde varias instancias en orden de su ámbito de competencia podían interpretar la norma constitucional, a uno concentrado en la Corte Constitucional. El otro sentido del efecto *erga omnes* es **concreto** y opera respecto de las/os operadores jurídicos, especialmente sobre las juezas/es, quienes tienen un control directo sobre su actuación respecto del acatamiento de los precedentes.”⁵⁶⁷ (Resaltados nuestros).

En nuestro ordenamiento jurídico es indiscutible el carácter *erga omnes* que ostentan los PV, y por ende constituyen fuente del derecho, es decir, el PV vincula tanto a los entes públicos como privados, sin embargo cierto sector de la doctrina cuestiona que el PV constituya fuente del derecho: “Conforme a las sentencias del TC sus precedentes son una nueva fuente de Derecho en el ordenamiento jurídico-peruano, asimismo, estos tendrían la misma fuerza de ley y su inobservancia acarrearía la nulidad del acto que la inobservó.

Una lectura acorde con el paradigma del Estado Constitucional del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, nos conduce a entender que la facultad de establecer precedentes ahí concedida al TC, de ninguna manera implica una facultad normativa, esto es, legislar en sentido positivo.”⁵⁶⁸

4.2.- “Inamovibilidad ex nunc y ex tunc: El efecto hacia el futuro (*ex nunc*) y retrospectivo (*ex tunc*) son comunes a toda sentencia de la Corte. En el primer

⁵⁶⁷ VARGAS RUÍZ, Luis. *La aplicación de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional a los procesos en curso. Análisis desde la seguridad jurídica*. Ob. Cit. Pág. 384.

⁵⁶⁸ RAMÍREZ FIGUEROA, Jim L. *La jurisprudencia ¿fuente de Derecho en el ordenamiento jurídico peruano? A propósito del grado de vinculación del llamado “precedente constitucional”*. En: Actualidad Jurídica. Tomo 184. Gaceta Jurídica. Marzo 2009. Pág. 336.

caso significa que no existe forma para revisar lo decidido y su aplicación dispone hacia el futuro respecto del sistema jurídico; y, en el segundo caso, refiere a la posibilidad de, sin negar lo anterior, retrotrae algunos efectos en el tiempo por una cuestión social o política determinada, lo que se conoce hoy como modulación de sentencias. El efecto *ex nunc* es aplicable a los precedentes, no obstante, el efecto *ex tunc* tiene una particularidad, puesto que solo es aplicable al caso concreto si la Corte decide fallar respecto de él o a los casos similares aún en proceso.”⁵⁶⁹

Consideramos que los actos de las autoridades públicas y con mayor razón los jueces están sometidas y sujetas a ciertas reglas, como por ejemplo la prohibición de aplicación de efectos retroactivos (efectos *ex tunc*) a fin de no incurrir en situaciones injustas o a sentido contrario diferir los efectos de ciertos pronunciamientos con efectos *ex nunc*, lo correcto consideramos es que por lo general los PV, se apliquen con efectos *ex nunc*, salvo que la nueva interpretación que subyace en el PV, es más progresista y favorable para los justiciables en consecuencia queda habilitada los efectos *ex tunc*.

Al respecto la doctrina expone: “**Efectos *ex nunc***: La expresión “efectos ***ex nunc***” (palabra latina que significa “efectos desde ahora”) alude a los efectos no retroactivos de una normativa o acto jurídico. Así las cosas, la decisión que posea esos efectos se aplicará hacia adelante en el tiempo, tomando como referencia la fecha de la misma o la de su publicación. Las situaciones nacidas con anterioridad a tal fecha se regirán por la normativa o acto vigente en el momento de ese nacimiento.

En el ámbito del derecho procesal constitucional, sobre todo en los sistemas de control sucesivo, una cuestión de la máxima relevancia es la eficacia temporal de las decisiones, sobre todo de las sentencias. Dicha eficacia temporal se traduce técnicamente en efectos ***ex nunc***, si la sentencia es irretroactiva, o efectos ***ex tunc***, si la misma es retroactiva. Esta cuestión ha sido debatida doctrinalmente, sin llegar a una postura común, como lo demuestra el derecho comparado, en el que hay ejemplos diversos de ambos efectos.”⁵⁷⁰

Con relación a los efectos *ex tunc* la doctrina expone: “**Efectos *ex tunc***: La expresión “efectos ***ex tunc***” (locución latina que significa “efectos desde entonces”) alude a los efectos retroactivos de una normativa o acto jurídico. Así las cosas, la decisión que posea esos efectos se aplicará hacia atrás en el tiempo, tomando como referencia la fecha de la misma. Las situaciones nacidas con anterioridad a esa fecha y todavía no cerradas se regirán por esa disposición o acto retroactivo, y no por la disposición o acto vigente en el momento de ese nacimiento.

⁵⁶⁹ Ibídem. Pág. 384.

⁵⁷⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Martínez Ramírez, Fabiola. Figueroa Mejía, Giovanni A. (Coordinadores). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Tomo I. Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera edición: 24 de abril de 2014. Pág. 621.

Como dijimos en la voz anterior, en el ámbito del derecho procesal constitucional, una cuestión de la máxima relevancia es la eficacia temporal de las decisiones, sobre todo de las sentencias. Dicha eficacia temporal se traduce técnicamente en efectos *ex nunc*, si la sentencia es irretroactiva, o efectos *ex tunc*, si la misma es retroactiva. Se trata de una cuestión en la que la doctrina se ha mostrado discrepante, y el derecho comparado también, dado que acoge ejemplos diversos de ambas opciones.”⁵⁷¹

4.3.- “Cosa juzgada: Es resultado del efecto *ex nunc*. Consiste en que ya no existe una instancia de revisión y, además, que no puede tratarse sobre lo mismo y con las mismas partes en otro proceso (*identidad objetiva e identidad subjetiva*). Este efecto es aplicable al precedente constitucional únicamente cuando la Corte decida fallar sobre el caso concreto.”⁵⁷²

En virtud del art. VII del TP del CPConst., *Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de **cosa juzgada** constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia*, en consecuencia en nuestro medio solo constituye PV, aquel pronunciamiento del TC, que declara fundada o infundada la demanda, se entiende que un PV, está contenida en una sentencia judicial, es decir no cabe establecer un PV, mediante una resolución - sí procede establecer en cambio DJV- en un PV, la sentencia se declarará fundada o infundada, pero nunca improcedente o inadmisibile.

Es decir como el TC, mediante un PV, se pronuncia sobre el fondo, es lógico que su sentencia tiene la calidad de cosa juzgada porque dentro del ordenamiento jurídico ya no puede ser cuestionada.

Al respecto el art. 6° del CPConst., estipula: “*En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo*. Al respecto la doctrina expone: “La autoridad de la cosa juzgada o *res iudicata* es el principal efecto y eficacia de la actuación jurisdiccional graficada en la sentencia o declaración de certeza, así como su principal atributo y eficacia, lo que aparece reconocido desde los albores mismos de la civilización. El proceso judicial vincula cuando menos a dos partes y en sus efectos jurídicos deben alcanzar cuando menos a esas dos partes (*res inter alios iudicata*) que se hallan sometidas a un proceso, solo a uno, de manera que sea imposible discutir la misma pretensión jurídica de modo indefinido.

El atributo jurisdiccional está definido por la facultad exclusiva y excluyente para determinar el derecho mediante una declaración de certeza, en un caso concreto, de modo válido y definitivo. Es precisamente esta definitividad la que le otorga el atributo de la cosa juzgada como autoridad y eficacia de la sentencia judicial cuando no existan medios que permitan modificarla, de allí que sus tres principales características estén definidas por la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad. Por la primera se entiende

⁵⁷¹ Ibídem. 623.

⁵⁷² ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. *Repertorio constitucional 2008-2011*. (Jurisprudencia constitucional, Luis Fernando Ávila Lizán, editor.- 1 ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. Pág. 385.

la firmeza de un fallo judicial que impida su revisión, por la segunda la imposibilidad de ulterior modificación y por la tercera la posibilidad de cumplimiento, exigencia y ejecución.”⁵⁷³

4.4.- “Vinculación *inter pares*: El precedente opera principalmente respecto de los procesos similares a partir de la identificación de la *ratio*. Se buscan dos fines, garantizar la igualdad jurídica (a igual caso, igual decisión), la uniformidad y la predictibilidad judicial con el fin de determinar el pensamiento judicial y facilitar el litigio (seguridad jurídica).”⁵⁷⁴

Con ello se alude a las funciones que desempeñan lo PV, se supone -decimos eso-, porque no siempre es así que las funciones del PV, son dotar de predictibilidad, seguridad jurídica, uniformidad, etc., para las partes litigantes y para terceros ajenos al proceso constitucional no debemos olvidar que las reglas establecidas en un PV, exceden con largueza, el caso donde se ha conocido la controversia.

4.5.- “Vinculación *inter partes*: Es decir, aquellos que vinculan, fundamentalmente a las partes del proceso cuando la Corte ha fallado sobre el caso concreto.”⁵⁷⁵

Este ítem debe ser matizado en el sentido en que primigeniamente un PV, sí vincula a las partes, por supuesto, pero reglas las allí, establecidas vinculan a terceros públicos y particulares, que si bien son ajenos al proceso, sin embargo ello no implica que puedan ‘escaparse’ de los PV, buena cuenta de ello ha quedado graficado en el artículo 82° del CPConst., *Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.*

“En la demanda de inconstitucionalidad recaída en el Exp. N° 00024-2010-P/TC se cuestionaba la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1097, cuyo objeto era adelantar la vigencia de algunos artículos del Nuevo Código Procesal Penal a todos los distritos judiciales del país. Se dijo que, aunque el Tribunal Constitucional no podía expulsar del ordenamiento jurídico el punto 1.1 del artículo único de la Resolución Legislativa N° 27998, conexo al mandato previsto en el Decreto Legislativo N° 1097, pues se encuentra fuera del plazo de seis años previsto como término de prescripción para las demandas de inconstitucionalidad, habiéndose advertido su inconstitucionalidad y siendo el colegiado el supremo intérprete de la Constitución, en virtud a los artículos VI del Título Preliminar y 82 del Código Procesal Constitucional, a partir del día

⁵⁷³ QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Cosa juzgada. Comentarios al artículo 6° del Código Procesal Constitucional*. En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo I. Primera Edición. Diciembre 2015. Pág. 222.

⁵⁷⁴ ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. *Repertorio constitucional 2008-2011*. (Jurisprudencia constitucional, Luis Fernando Ávila Lizán, editor.- 1 ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. Pág. 385.

⁵⁷⁵ *Ibídem*. Pág. 385.

siguiente de la publicación de esta sentencia, todo poder público se encontraba impedido de aplicar el referido precepto jurídico.”⁵⁷⁶

4.6.- “Vinculación *inter comunes*: Efectos que alcanzan y benefician a terceros que no habiendo sido parte del proceso, comparten circunstancias comunes con los petitionarios de la acción (...).”⁵⁷⁷

Un buen ejemplo de ello constituye la Declaratoria de un estado de cosas inconstitucional, que es decretado por el TC, en supuestos en que se produce la violación sistemática de los derechos fundamentales, ejemplos de ello son:

STC. Exp. N° 03426-2008-PHC/TC. Caso Pedro Gonzalo Marroquín Soto.
STC. Exp. N° 3149-2004-AC/TC. Caso Gloria Marleni Yarlequé Torres.
STC. Exp. N° 05561-2007-PA/TC. Caso Oficina de Normalización Previsional.
STC. Exp. N° 2579-2003-HD/TC. Caso Julia Eleyza Arellano Serquén.
STC. Exp. N° 02744 2015-PA/TC. Caso Jesús de Mesquita Oliviera y Otros.
STC. Exp. N° 01126-2012-PA/TC. Caso Dogner Lizith Díaz Chiscul.
STC. Exp. N° 06089-2006-PA/TC. Caso Express Cars S.C.R.L.
STC. Exp. N° 01722-2011-PA/TC. Caso sindicato de trabajadores de la municipalidad de Lima (SITRAMUN-LIMA).
STC. Exp. N° 00853-2015-PA/TC. Caso Marleni Cieza Fernández y Otra.

Finalmente adjuntamos un cuadro que contiene la síntesis general de este subcapítulo con relación a la clasificación del PV.

CUADRO DE LA CLASIFICACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE PERUANO.

⁵⁷⁶ [4] Referido a la aplicación temporal de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Citado por BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Cosa juzgada. Comentarios al artículo 82° del Código Procesal Constitucional*. En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo II. Primera Edición. Diciembre 2015. Pág. 158.

⁵⁷⁷ ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. *Repertorio constitucional 2008-2011*. (Jurisprudencia constitucional, Luis Fernando Ávila Lizán, editor.- 1 ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. Pág. 385.

Precedente Constitucional Vinculante.	Explícito	Implícito.	Desarrolla o reconoce un Nuevo DD.FF.	Efecto Normativo.	Overruling.	Cambio de Línea Jurisprudencial	Altera el procedimiento preestablecido imponiendo o cargas.	Altera el procedimiento preestablecido imponiendo ventajas.	PV Originario	PV Derivado	Realiza mutaciones constitucionales.	Restringe DD.F.F.	Quorum Que Emitió el PV.	Materia.
1.- 3771-2004-PH/TC	SI	NO	Dilaciones Indebidas FJ. 26 y 27.	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	Primera Sala del TC	Procesal Penal.
2.- 3760-2004-AA/TC	SI	NO	Inhabilitación Política	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	Pleno.	Constitucional
3.- 1150-2004-AA/TC	SI	NO	Derecho de defensa	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	Pleno	Civil Constitucional
4.- 2496-2005-PH/TC	SI	NO	<i>Tempus regit actum</i>	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	Primera Sala del TC	Procesal Penal.
5.- 2791-2005-PA/TC	SI	NO	Inhabilitación Política	Inmediato	NO	NO	NO	NO	NO	3760 - 2004 - AA/TC	NO	NO	Primera Sala del TC	Constitucional

6.- 2302-2003-AA/TC	SI	NO	Agotamiento de la vía previa.	Inmediato	NO	SI FJ 5.	NO	NO	SI	NO	NO	NO	Pleno	Tributario.
7.- 1417-2005-AA/TC	SI	NO	Derecho a la pensión	Inmediato	NO	SI FJ 46-48	SI FJ 49 Fallo 4.	NO	SI	NO	NO	SI Derecho a la pensión.	Pleno	Previsional.
8.- 349-2004-PA/TC	SI	NO	Derecho a la libertad de tránsito.	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	Primera Sala del TC	Constitucional.
9.- 1966-2005-PH/TC	SI	NO	Debido proceso en sede administrativa	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	Segunda Sala del TC	Constitucional Administrativo.
10.- 168-2005-PC/TC	SI	NO	Desarrollo los presupuestos del Proceso de cumplimiento	Inmediato	NO	SI FJ 23	SI FJ 25 Fallo 2.	NO	SI	NO	Crea requisitos del proceso de cumplimiento	NO.	Pleno	Constitucional

Precedente Constitucional Vinculante.	Explícito	Implícito.	Desarrolla o reconoce un Nuevo DD.FF.	Efecto Normativo.	Overruling.	Cambio de Línea Jurisprudencial	Altera el procedimiento preestablecido imponiendo o cargas.	Altera el procedimiento preestablecido imponiendo ventajas.	PV Originario	PV Derivado	Realiza mutaciones constitucionales.	Restringe DD.F.F.	Quorum Que Emitió el PV.	Materia.
11.- 2616- 2004- AC/TC	SI	NO	Bonificación del D.U. 037-94.	Inmediato	NO	SI FJ 14	NO	NO	SI	NO	NO	NO	PLENO	Previsional
12.-3482- 2005- HC/TC	SI	NO	Libertad de tránsito.	Inmediato	NO	NO	NO	NO	NO	349-2004 - PA/TC	NO	NO	Primera Sala del TC	Constitucional
13.- 5854- 2005- PA/TC	SI	NO	Revisión judicial de las resoluciones del JNE	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	SI Arts. 142 y 181 de la Constitución	NO	PLENO	Constitucional
14.- 2802- 2005- PA/TC	SI	NO	Obtención de licencia municipal	Inmediato	NO	NO	SI FJ 18	NO	SI	NO	NO	NO	PLENO	Municipal

15.- 206-2005PA/TC	SI	NO	Amparo laboral	Inmediato	NO	SI FJ 32.	SI FJ 34 Fallo 3.	NO	SI	NO	NO	NO	PLENO	Laboral
16.- 3361-2004-PA/TC	SI	NO	Evaluación y ratificación del CNM	Diferido o Prospectivo	NO	SI FJ 25, 40	NO	NO	SI	NO	SI Art. 154.2 de la Constitución	NO	PLENO	Constitucional
17.- 4677-2004-PA/TC	SI	NO	Derecho a la reunión	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	Primera Sala del TC	Constitucional
18.- 4227-2005-PA/TC	SI	NO	Constitucionalidad de la Ley N° 27796	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	PLENO	Tributario
19.- 0030-2005-P/TC	SI	NO	Límites a las sentencias normativas	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	PLENO	Constitucional
20.- 4635-2004-PA/TC	SI	NO	Jornada de trabajo minero	Inmediato	NO	SI FJ 43	NO	SI Fallo 4	SI	NO	NO	NO	PLENO	Laboral
21.- 1257-	SI	NO	Conducta obstrucc	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	PLENO	Procesal Penal.

2005-PH/TC			ionista del procesado											
22.- 2877- 2005- PA/TC	SI	NO	RAC	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	PLENO	Constitucional
Precedente Constitucional Vinculante.	Explícito	Implícito.	Desarrollo o reconoce un Nuevo DD.FF.	Efecto Normativo.	Overruling.	Cambio de Línea Jurisprudencial	Altera el procedimiento preestablecido imponiendo o cargas.	Altera el procedimiento preestablecido imponiendo ventajas.	PV Originario	PV Derivado	Realiza mutaciones constitucionales.	Restringe DD.F.F.	Quorum Que Emitió el PV.	Materia.
23.- 5189- 2005- PA/TC	SI	NO	Aplicación de la Ley N° 23908	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	PLENO	Previsional
24.- 3075- 2006- PA/TC	SI	NO	Procedimientos Administrativos	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	Primera Sal del TC	Administrativo.
25.- 3362- 2004- PA/TC	SI	NO	Derecho de rectificación	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	PLENO	Constitucional.

26.- 3741- 2004- AA/TC	SI	NO	Control difuso administrativo y derecho de petición.	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	SI FJ 50 - A Art. 138 de la Constitución	NO	PLENO	Administrativo Constitucional.
27.- 1333- 2006- PA/TC	SI	NO	Art. 154.2 de la Constitución	Inmediato	NO	NO	NO	NO	NO	SI 3361 - 2004 - PA/TC	SI FJ 5 a 8. Art. 154.2 de la Constitución	NO	PLENO	Constitucional.
28.- 9381- 2006- PA/TC	SI	NO	Variación de los bonos de reconocimiento	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	PLENO	Previsional.
29.- 7281- 2006- PA/TC	SI	NO	Desafiliación de las AFP por falta de información.	Inmediato	NO	NO	NO	SI FJ. 24 y 27.B	SI	NO	NO	NO	PLENO	Previsional.
30.- 4853-	SI	NO	RAC a favor del PV.	Inmediato	NO	SI FJ. 42	NO	SI FJ. 41 y 42.	SI	NO	SI FJ. 26 y 32.	NO	PLENO	Constitucional.

2004-PA/TC											Art. 202.2 de la Constitución			
31.- 6612-2005-PA/TC.	SI	NO	Pensión vitalicia por enfermedad profesional.	Inmediato	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	PLENO	Constitucional.
Precedente Constitucional Vinculante.	Explícito	Implícito.	Desarrolla o reconoce un Nuevo DD.FF.	Efecto Normativo.	Overruling.	Cambio de Línea Jurisprudencial	Altera el procedimiento preestablecido imponiendo o cargas.	Altera el procedimiento preestablecido imponiendo ventajas.	PV Originario	PV Derivado	Realiza mutaciones constitucionales.	Restringe DD.FF.	Quorum Que Emitió el PV.	Materia.
32.- 10087-2005-PA/TC	SI	NO	Pensión vitalicia conforme al DL. 18846.	Inmediato	NO	NO	NO	NO	NO	SI 6612 - 2005 - PA/TC	NO	NO	PLENO	Previsional.
33.- 0061-	SI	NO	Improcedencia	Inmediato	NO	NO	NO	NO	NO	SI 6612	NO	NO	PLENO	Previsional.

2008-PA/TC			de la excepción de Arbitraje							- 2005 - PA/TC y 1008 7- 2005 - PA/TC				
34.- 5430- 2006- PA/TC	SI	NO	Procedencia del amparo reintegratorios e intereses.	Inmediato	NO	NO	NO	SI. FJ.14 PV. 2.B (Regla sustancial).	NO	SI Fallo FJ. 5.	NO	NO	PLENO	Previsional.
35.- 4762- 2007- PA/TC	SI	NO	Reglas para acreditar el periodo de aportes	Inmediato	NO	NO	NO	SI. FJ.26.C	SI	NO	NO	NO	PLENO	Previsional.
36.- 2513- 2007- PA/TC.	SI	NO	Unificación de las reglas sobre	Inmediato	NO	NO	NO	NO	NO	SI FJ. 5. Constructivo y	NO	NO	PLENO	Previsional.

			otorgamiento de pensiones							de permanencia.				
37.- 3908- 2007- PA/TC.	NO	SI	Deja sin efecto el RAC a favor del PV.	Inmediato	SI deja sin efecto 4853-2004-PA/TC.	NO	SI FJ. 9-A. Fallo 3.A.	NO	SI	SI. 4853 - PA/TC. Correctivo.	NO	NO	PLENO	Constitucional.
38.- 01412- 2007- PA/TC.	SI	NO	Motivación de resoluciones del CNM sobre no ratificación.	Inmediato	SI deja sin efecto 3361-2004-PA/TC. (Present overruling).	NO	NO	SI Fallo 3.	SI	SI. 3361 - 2004 - PA/TC. Correctivo.	NO	NO	PLENO	Constitucional.
39.- 4650- 2007- PA/TC.	SI	NO	Reglas del amparo contra amparo.	Inmediato	NO	NO	NO	NO	NO	SI FJ. 3-5 4853 - 2004 -PA y 3907 -	NO	NO	PLENO	Constitucional.

										2007-PA.				
Precedente Constitucional Vinculante.	Explícito	Implícito.	Desarrollo o reconoce un Nuevo DD.FF.	Efecto Normativo.	Overruling.	Cambio de Línea Jurisprudencial	Altera el procedimiento preestablecido imponiendo o cargas.	Altera el procedimiento preestablecido imponiendo ventajas.	PV Originario	PV Derivado	Realiza mutaciones constitucionales.	Restringe DD.FF.	Quorum Que Emitió el PV.	Materia.
40.- 06423-2007-PH/TC.	SI	NO	Plazo estrictamente necesario de la detención.	Inmediato.	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	PLENO	Procesal Penal.
41.- 5961-2009-PA/TC.	SI	NO	Inaplicación del D.U. 79 y 86-2000.	Inmediato.	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	PLENO	Constitucional.
42.- 03052-2009-PA/TC.	SI	NO	Cobro de beneficios sociales no significa	Inmediato.	NO	SI FJ. 29 y 36.	NO	SI FJ.36 Sl. Fallo 3-C.	SI	NO	NO	NO	PLENO	Laboral.

			consentimiento del despedido.											
43.- 0001- 2010- CC/TC.	SI	NO	Importación de vehículos usados.	Inmediato.	NO	NO	NO	NO	NO	SI PV 5961 - 2009 - PA/TC	NO	NO	PLENO	Constitucional.
44.- 0002- 2010- PI/TC	NO	SI	Constitucionalidad del CAS.	Inmediato.	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	PLENO	Laboral.
45.- 00142- 2011- PA/TC.	SI	NO	Control difuso arbitral.	Inmediato.	NO	SI FJ. 17-18.	SI FJ.31	NO	SI	NO	SI Art. 138 de la Constitución FJ. 24 y 26.	NO	PLENO	Arbitral.
46.- 04293- 2012- PA/TC.	NO	SI	Deja sin efecto control difuso administrativo.	Inmediato.	SI Fallo 4. Deja sin efecto PV 3741-	NO	NO	NO	NO	SI PV 3741 - 2004 - PA/TC.	NO	NO	PLENO	Constitucional.

					2004-PA/TC.									
47.- 00987- 2014- PA/TC.	SI	NO	Requisit os del RAC Sentenc ia Interloc utoria	Inmedi ato.	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	PLEN O	Constit uciona l.
48.- 05057- 2013- PA/TC	SI	NO	Contrat ación laboral del DL 728.	Inmedi ato.	NO	SI	SI FJ. 21, 26 y 27. Fallo 3.	NO	SI	NO	NO	SI. D. a la repos ición.	PLEN O	Labora l.
Precede nte Constitu cional Vinculan te.	Expl ícito	Im plíc ito.	Desarro lla o recono ce un Nuevo DD.FF.	Efecto Norma tivo.	Overr uling.	Cambi o de Línea Jurisp ruden cial	Altera el procedimi ento preestable cido imponiend o cargas.	Altera el procedi miento preesta blecido imponie ndo ventajas .	PV Origini ario	PV Deriv ado	Realiza mutaci ones constit ucionales.	Restr inge DD.F F.	Quor um Que Emiti ó el PV.	Materi a.
49.- 02383- 2013- PA/TC.	SI	NO	Vía igualme nte satisfact oria Art. 5.2	Inmedi ato.	NO	NO	NO	NO	NO	PV. 206- 2005 - PA/T C	NO	NO	PLEN O	Labora l.

			CPConst.							FJ. 22 y 43.				
50.- 04968- 2014- PH/TC	SI	NO	Investigaciones realizadas por las comisiones parlamentarias.	Inmediato.	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	PLENO	Constitucional.

SUB-CAPÍTULO V.

**LOS OVERRULING DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL PERUANO Y LA
VULNERACIÓN DE LOS
DERECHOS AL PROCEDIMIENTO
PREESTABLECIDO POR LEY Y LA
SEGURIDAD JURÍDICA.**

Los *overruling* del Tribunal Constitucional Peruano y la vulneración de los derechos al procedimiento preestablecido por ley y la seguridad jurídica.⁵⁷⁸

1.- Preliminares.

Desde la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional⁵⁷⁹ (CPConst., en adelante), el primero de diciembre del año 2004, se advierte que dicho cuerpo normativo ha incorporado una figura novedosa regulada en el Artículo VII del título preliminar, el precedente constitucional vinculante (PV en adelante) dicho sea de paso que el precedente vinculante judicial o administrativo, ya se encontraba establecido para otros ámbitos (administrativo, procesal penal, procesal civil, etc.⁵⁸⁰), pero a pesar de su reciente data, el PV es uno mucho más repotenciado con relación a los precedentes vinculantes establecidos con anterioridad para ciertas ramas del derecho, utilizo la frase precedente constitucional vinculante, a fin de diferenciarlo de otro tipo de precedentes, que se expiden por tribunales administrativos o judiciales *strictu sensu*, dicha precisión no es banal, pues integrando a la corte suprema de la república, se halla la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, la cual no tendría impedimento legal alguno, para que pueda expedir precedentes judiciales vinculantes en materia constitucional, pero no con el alcance y fuerza del PV expedido por el Tribunal Constitucional (TC en adelante) y con la salvedad adicional a que no se contradigan los PV del TC, dicha potencial contradicción, trae como consecuencias que la sala constitucional y Social de la Corte Suprema se vea reducida u opacada por la labor jurisprudencial que realiza el TC. (*Aggiornamento* del TC).

⁵⁷⁸ Este trabajo pertenece al tesista, y para la presente tesis se han realizado pequeñas modificaciones de estilo y redacción, dicho trabajo ha sido publicado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Los overruling del Tribunal Constitucional Peruano y la vulneración de los derechos al procedimiento preestablecido por ley y la seguridad jurídica*. En: Ipso Jure Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Edición Día del Juez. Año 7 N° 30 Agosto 2015. Págs. 173-190. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0d51b38049dcfa09ae1fffb5fa346f2f/IPSO+JURE+N%C2%B030.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0d51b38049dcfa09ae1fffb5fa346f2f>

⁵⁷⁹ Para cierto sector de la doctrina y para algunos profesores universitarios, la doctrina peruana en materia constitucional no ha aportado absolutamente nada, todo es copia de ordenamientos jurídicos extranjeros, sin embargo la idea antes expuesta merece ser matizada, pues el Código Procesal Constitucional, es *creación* de un conjunto de académicos como son los profesores: Juan Monroy Gálvez, Domingo García Belaunde, Francisco J. Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordóñez, Samuel B. Abad Yupanqui y Arsenio Oré Guardia. Y en palabras de los doctores Gerardo Eto Cruz y José Palomino Manchego es “El primer código procesal constitucional del mundo” “*Y es que en efecto no se trata de afirmar una pretensión chauvinista ni académica, ni hay una pretensión vanidosa en esgrimir en la vitrina de las políticas legislativas comparadas, una joya legislativa...*” Vid. ETO CRUZ, Gerardo. PALOMINO MANCHEGO, José F. *En tres análisis: El primer código procesal constitucional del mundo. Su iter legislativo y sus principios procesales*. En: Palomino Manchego, José F. (Coordinador) *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*. Tomo I. Editora Jurídica Grijley 2005. Pág. 284. Puede consultarse también CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Editora Jurídica Grijley. 2008. Págs. 307-325.

⁵⁸⁰ Un antecedente remoto del PV lo encontramos, en el artículo 9° de la hoy derogada ley N° 23506, en el ámbito judicial contamos con el artículo 22° y 116° (sobre los plenos jurisdiccionales) de la ley orgánica del poder judicial, contamos con el artículo 400° del Código Procesal Civil, artículo 433° del nuevo Código Procesal Penal (sobre los plenos casatorios), artículo 37° de la ley N° 27584 sobre el proceso contencioso administrativo.

Para ser consecuentes con el título que hemos adoptado, y a manera de justificación, debemos anotar previamente que de acuerdo al Artículo VII del CPConst, el TC, tiene la potestad de establecer PV, siendo que cuando dicho organismo resuelva apartándose de su propio PV, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del mismo, esta técnica de revocación, de reemplazo por un nuevo PV, se llama *overruling*, siendo obligación del TC determinar los efectos normativos de la aplicación del nuevo PV a través del tiempo, la cual puede ser de aplicación anticipada, inmediata o presente, a futuro o diferida. Según los efectos adoptados se podrá colegir en el caso en concreto si dicha aplicación deviene en una aplicación perniciosa o benefactora de del nuevo PV, en contravención a los derechos de los justiciables, específicamente con incidencia en el respeto a los derechos al procedimiento preestablecido por ley y el derecho a la seguridad jurídica, este último como derecho implícito que se desprende del Derecho al Debido Proceso ambos derechos están contemplados en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución.⁵⁸¹

Asimismo queremos dejar constancia, que en relación al extremo de la aplicación del PV (en determinados supuestos) y la vulneración del derecho al procedimiento preestablecido por ley, tomo prestadas las ideas-fuerza, vertidas por el asesor jurisdiccional del TC, Dr. Luis Saenz Dávalos en su magistral conferencia denominada: *El Precedente Constitucional Vinculante*, impartida en el auditorio de la corte suprema de la república el día martes 21 de enero del año 2014, para la escuela de formación de auxiliares jurisdiccionales y administrativos de la corte de lima.⁵⁸²

Para concluir este pequeño introito, debemos anotar previamente que uno de los múltiples motivos que nos impulsaron a escribir estas pequeñas líneas es la reciente expedición del nuevo PV del TC, contenido en la STC. Exp. N° 05057-2013-PA/TC. Caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco⁵⁸³, el TC estableció un nuevo PV sobre la exigencia de concurso público para el acceso a la función pública y estipula palabras más palabras menos, que no podrán ser repuestos los trabajadores estatales que no ingresaron por concurso público, dicho PV como más adelante se va a explicar representa un quiebre de la línea jurisprudencial del TC, *ergo* no se puede alegar técnicamente que nos encontramos ante un *overruling*, por cuanto dicha técnica implica que el TC haya establecido previamente un PV el cual estaría dejando de lado, *rectius*

⁵⁸¹ Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia.

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:...

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

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 sea su denominación. (Resaltados nuestros). En cuanto al principio de seguridad jurídica se puede consultar las sentencias Ns° 0001/0003-2003-AI/TC (Acumulados); 00016-2002-AI/TC

⁵⁸² SAÉNZ DÁVALOS, Luis. *El Precedente Constitucional Vinculante*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=EtAUwZPkGeo&t=27s>

(Fecha de consulta 18/04/19).

⁵⁸³ Publicado el día lunes primero de junio del año 2015 en la página web del TC, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/05057-2013-AA.pdf>

revocando, lo cual no ha sucedido en el caso antes mencionado, nos reservamos los comentarios para más adelante.

Mención aparte merece el análisis sobre la posibilidad de la existencia de los llamados PV implícitos, posibilidad que no sería de recibo si estamos a lo estipulado en el artículo VII del Título Preliminar del CPConst. “...*Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia...*” (Resaltados nuestros), en el presente trabajo daremos cuenta sobre esta posibilidad.

Finalmente cabe anotar que mencionaremos los overruling del TC registrados hasta la fecha y la aplicación de sus efectos normativos a través del tiempo y resaltaremos la gran importancia que tiene la vinculación del PV al caso concreto (hechos) que le dieron origen, pues no es suficiente alegar válidamente que conocemos los PV del TC, si sólo hemos memorizado sus reglas, pero no sabemos cuáles son los hechos que le dieron origen, dicho extremo está íntimamente vinculado por ejemplo a una de las excepciones a la aplicación del PV, la técnica del *Distinguish*, siendo que para aplicar esta distinción debemos conocer sí o sí los hechos que dieron origen al PV, memorizar las reglas que se extraen del caso tal vez sea suficiente para rendir un examen, pero no para resolver un caso concreto.

2.- Precedente Vinculante.

2.1.-Concepto.

Concibo al PV como una técnica a través de la cual el TC extrae una regla de un caso concreto, la que establece con alcances generales y con efectos *erga omnes*, es decir dicha regla es oponible a todos, dicha técnica es de gran importancia por cuanto contribuye a cimentar el principio-derecho a la seguridad jurídica, básicamente por la predictibilidad que genera, es decir a través del PV, el justiciable (y con mayor razón nosotros los abogados y todos los aplicadores del derecho) sabe de antemano y con anticipación como va a resolver el órgano (sea jurisdiccional o administrativo) un caso similar al contemplado en el PV, dicha predictibilidad viene solventada en el extremo en que nadie (incluida la judicatura) se puede apartar de un PV, so pena de incurrir en responsabilidad. En palabras del doctor Guido Aguila Grados y con *animus iocandi gratiae* (ánimo de broma), sólo por la palabra entrecomillada: *Nadie se puede apartar de la “santa” palabra del TC.*⁵⁸⁴

Retomando y si nos ponemos a analizar podemos advertir que dichas características (oponibilidad a todos y alcance general) son propias de una ley, tal reflexión no está tan alejada de la realidad, pues el PV tiene efectos similares a una ley, es decir tiene fuerza de ley (por su oponibilidad) pero no tiene el rango de ley, entonces la pregunta que cabe plantearse es si ¿El PV es una Ley? Al respecto cumplo con el no muy penoso deber de decir que NO, el PV no es una

⁵⁸⁴ AGUILA GRADOS, Guido. *El precedente constitucional vinculante en el Perú*. (281114) Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=lqmiCT6OOqI> minuto 1:14:15. (Fecha de consulta 11/04/19).

ley, no confundamos, el PV tiene efectos similares a una ley ósea tiene fuerza de ley (pues es oponible a todos, tiene alcances generales), más no tiene rango de ley.

¿Pero que es tener Fuerza de Ley y Rango de Ley? El TC aclara las dudas: "... el concepto de **rango de ley**, alude a que *"las fuentes a las que se ha calificado como tales, se ubican en el ordenamiento en el grado inmediatamente inferior al que ocupa la Constitución"* (Exp. N° 00005-2003-A/TC, fundamento 10 -el énfasis es nuestro-), mientras que por **fuerza de ley**, la doctrina lo concibe como un principio que tiene dos facetas. En su faceta *activa* reconoce a la ley la capacidad de innovar, regular o modificar aquellos ámbitos que no le han sido vedados en forma expresa por la Constitución; mientras que en su faceta *pasiva* reconoce la capacidad de resistencia específica de la ley para no ser modificada ni derogada sino por otras normas que tengan el mismo rango u otra superior. En concreto, la fuerza de ley es una característica que engloba a distintas disposiciones que tienen muy diferente fuerza de innovar y muy diferente fuerza de resistir, **y una disposición puede tener rango de ley sin tener fuerza de ley** (Rubio Llorente, Francisco: *"Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley: Sobre el problema del concepto de ley en la Constitución"*. En: Revista de Administración Pública N° 100-102, Madrid, Enero-Diciembre de 1983, pp. 422 y 423. El énfasis es nuestro). STC. Exp. N° 00018-2009-P/TC. FJ N° 06.

Siguiendo la línea anterior no resulta ocioso agregar que las únicas disposiciones que tienen rango legal son las contempladas en el Artículo 200° Inciso 4 de la Constitución política del Perú.- Acciones de Garantía Constitucional. Son garantías constitucionales: ...

La Acción⁵⁸⁵ de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. (Resaltados nuestros)

Debemos agregar que el TC vía jurisprudencial ha ensanchado el catálogo de las normas (con rango legal) sobre las cuales procede interponerse un Proceso de Inconstitucionalidad, es decir el Artículo 200° inciso 4 de la Constitución no es un catálogo rígido, cerrado, sino es un catálogo *numerus apertus*, es decir aunque no esté contemplado formalmente se puede plantear un proceso de inconstitucionalidad contra una Resolución Legislativa (STC. Exp.

⁵⁸⁵ Nuestra actual Constitución Política regula el Proceso De Inconstitucionalidad en el Artículo 200° Inciso 4, pero debemos advertir que se usa inapropiadamente el término "Acción" siendo lo correcto el término "Proceso". Me explico, entiendo a la categoría procesal de Acción, recordando mi pregrado sobre la teoría general del proceso, como la capacidad (accionar) que tiene un sujeto procesal legitimado de recurrir ante el órgano jurisdiccional y solicitar tutela procesal efectiva, y entiendo al término jurídico proceso, como aquel conjuntos de pasos, etapas concatenados desarrollados por el órgano jurisdiccional encaminados a obtener una resolución fundada en derecho. En consecuencia se ejerce el derecho de acción cuando los sujetos legitimados presentan su demanda al órgano jurisdiccional eso y nada más, ahí concluye su derecho de acción, y luego se desarrolla el proceso. Ergo el término acción es muy corto, muy reducido, no es suficiente para cubrir la clases de actuaciones procesales que se desarrollan en los distintos procesos constitucionales.

N° 0018-2009-PI/TC); contra un decreto ley (STC. Exp. N° 0010-2002-AI/TC⁵⁸⁶), contra las leyes de reforma constitucional (Exp. N° 0050-2004-AI 0051-2004-AI 0004-2005-AI 0007-2005-AI 0009-2005-AI/TC Acumuladas), leyes derogadas (Exp. N° 00004-2004-AI/TC).

Con relación a las leyes de reforma constitucional el extinto profesor Jorge Carpizo se preguntaba: “¿Puede el Tribunal Constitucional controlar una reforma constitucional aprobada por el órgano revisor de la Constitución?

(...) Si la Constitución no le otorga dicha facultad expresamente y el tribunal se la atribuye a través de una interpretación, a) estaría sobrepasando su competencia como órgano constituido y usurpando funciones que no le corresponden; b) en lugar de proteger y ser el guardián de la Constitución, la estaría vulnerando y quizá creando una crisis constitucional y política sin que exista quién la pueda resolver a través de medios jurídicos. Desde luego, todo depende de qué país se trate y de las circunstancias; c) se quiebra la idea de que los órganos constituidos son poderes limitados que sólo pueden actuar de acuerdo con su competencia constitucional.

Por tanto, no es aceptable la tesis de que el tribunal no necesita facultad expresa para poder controlar la materia de una reforma constitucional. A mayor abundamiento hay que destacar que d) no resultaría lógico que la Constitución le otorgue al tribunal múltiples funciones y fuera omisa en relación con una tan importante como ésta, que incluso define la jerarquía entre los órganos constituidos primarios.⁵⁸⁷

En síntesis, el tribunal constitucional es órgano constituido y como tal sólo debe ejercer las facultades expresas que la Constitución le señala, es un órgano limitado, no debe usurpar funciones de otros órganos ni equipararse al Poder Constituyente, aunque algunos lo hagan en la realidad y, desde luego, la Constitución obliga a todos los poderes públicos, incluido el tribunal. Si no, a través de facultades implícitas, el tribunal se convertiría en el poder de los poderes, incontrolado, ilimitado y supremo. Además, reitero, el tribunal generalmente no es el único, ni siempre el último, garante de la Constitución.

⁵⁸⁶ STC. Exp. N° 0010-2002-AI/TC (Sentencia que contiene el voto de la mayoría) Fundamento 21. Por lo demás, esa ha sido la línea jurisprudencial mantenida por este Colegiado desde el inicio de sus actividades. En efecto, el Tribunal no sólo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad constitucional de los Decretos Leyes, pese a que no se encuentran comprendidos entre las normas que señala el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución, sino que, además, ha entendido, implícitamente, que las normas comprendidas en dicho dispositivo constitucional sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad. Por ejemplo, con relación a un Decreto Ley (el N° 25967), el Tribunal Constitucional dictó ya la sentencia de 23 de abril de 1997, publicada en el diario oficial El Peruano el 26 del mismo mes (Exp. N° 007-96-I/TC). El Tribunal Constitucional es, pues, competente para determinar la constitucionalidad de los Decretos Leyes impugnados, en su condición de órgano de control de la constitucionalidad (art. 1° de la LOTC).

⁵⁸⁷ Pegoraro, Lucio, op. cit., pp. 236-240. Citado por CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Grijley. Primera Edición. 2009. Pág. 97.

No desconozco que existe una tendencia actual en la cual diversos tribunales constitucionales, más allá de sus facultades expresas, se han atribuido el control de las reformas constitucionales, como acontece en Perú.⁵⁸⁸

Así mismo, en lo correspondiente al término Fuerza de Ley el constituyente utiliza el término dos veces en los Artículos 94° y 118° Inciso 19 de la Constitución.⁵⁸⁹

Otro argumento de peso que abona la tesis que el PV no es una ley, lo encontramos al recurrir al Principio de reserva de ley al respecto el TC expone:

32. Ahora bien, es bastante frecuente la confusión que existe entre el principio de legalidad y el de reserva de ley.

Se debe partir de señalar que no existe identidad entre ellos. Así, mientras que el *principio de legalidad*, en sentido general, se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes; la *reserva de ley*, por el contrario, implica una determinación constitucional que impone la regulación, sólo por ley, de ciertas materias.

Así, “mientras el Principio de legalidad supone una subordinación del Ejecutivo al Legislativo, la Reserva no sólo es eso sino que el Ejecutivo no puede entrar, a través de sus disposiciones generales, en lo materialmente reservado por la Constitución al Legislativo. De ahí que se afirme la necesidad de la Reserva, ya que su papel no se cubre con el Principio de legalidad, en cuanto es sólo límite, mientras que la Reserva implica exigencia reguladora” [DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto de Ley*. Madrid: Trotta, 2000. p. 69.]

En materia tributaria, el *principio de legalidad* implica, pues, que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, debe estar sometida no sólo a las leyes pertinentes, sino, y principalmente, a lo establecido en la Constitución. (STC Exp. N° 02302-2003-PA/TC. Caso Inversiones Dreams S.A. FJ 32)

Entonces para terminar con este extremo debemos anotar que la primera gran diferencia entre un PV y una ley, radica en el órgano emisor, para la ley es el poder legislativo o el ejecutivo (los decretos de urgencia o vía delegación a través de los decretos legislativos) el PV lo expide el TC, y otro argumento es que al recurrir a las fuentes principales del Derecho advertimos que la ley forma parte de la legislación y el PV forma parte de la jurisprudencia, por lo tanto queda demostrado que el PV no es una Ley.

⁵⁸⁸ García Belaunde, Domingo, op. cit., pp. 262-267. Citado por CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Grijley. Primera Edición. 2009. Págs. 97-98.”

⁵⁸⁹ Artículo 118° Inciso 19. Corresponde al Presidente de la República: Dictar medidas extraordinarias, **mediante decretos de urgencia con fuerza de ley...**

Artículo 94° El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, **que tiene fuerza de ley...**

Con relación a la definición de PV a su turno, la doctrina expone: “...Cuando se habla de precedente, se alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación 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 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... el adjetivo de “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 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... 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 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 encuentra conociendo el juez posterior de menor jerarquía.”⁵⁹⁰

Con relación al origen foráneo del PV, el doctor Eto Cruz sostiene: “Aunque de identidad claramente anglosajona, en nuestro país, la necesidad de adaptación del instituto del Precedente Vinculante a un sistema no judicialista como el nuestro, ha generado que el precedente tenga tanto a nivel legal como jurisprudencial una particular configuración”.⁵⁹¹ En nuestro país hemos aplicado el PV a la peruana pues en otras latitudes sí cabe apartarse del PV con la correspondiente motivación del caso.

En una definición jurisprudencial el TC expone: “El precedente es una técnica para la ordenación de la jurisprudencia permitiendo al mismo tiempo que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia deberá ir delimitando paulatinamente. De modo preliminar puede establecerse, sin embargo, que una primera restricción está referida a la relación entre caso y precedente.” (STC. Exp. N° 03741-2004-PA/TC. FJ.44)

“El precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal

⁵⁹⁰ RODRIGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú: Entre el Poder de la Historia y la Razón de los Derechos*. En: Carpio Marcos, Edgar. Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores) Estudios al Precedente Constitucional. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1ª Edición Febrero 2007. Págs. 55-56-57.

⁵⁹¹ ETO CRUZ, Gerardo. *El Desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a Partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Centro de Estudios Constitucionales. Serie Teoría Procesal Constitucional 1ª Edición Lima - Diciembre 2008. Pág. 139.

Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

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

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.” (STC. Exp. N° 00024-2003-P/TC. Párrafos 27, 28 y 29).

2.2.- Supuestos para la emisión de un precedente vinculante.

Antes de abordar este ítem, es ineludible citar lo estipulado en el Artículo VII del CPConst. (Ley N° 28237)

Artículo VII.- Precedente 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.

Como podemos apreciar el CPConst, no desarrolla los supuestos para la emisión de un PV, dichos supuestos han sido desarrollados vía jurisprudencial en nuestro ordenamiento jurídico, a través del no muy polémico principio de la autonomía procesal del TC⁵⁹² al respecto veamos:

El doctor César Landa lo define como... “un atributo de un poder u organismo independiente como la capacidad de actuación de dicho organismo constitucional -como el Tribunal Constitucional- para cumplir sus fines de control constitucional con las limitaciones y responsabilidades que la propia Constitución y las leyes establecen.”⁵⁹³

⁵⁹² Para una crítica ácida y demoledora de esta institución Vid. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Poder Judicial Vs. Tribunal Constitucional*. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (Director). Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Número 10 (Julio-Diciembre 2008), Primera Edición: 2008. Editorial Porrúa. Argentina 15. Págs. 157-216. Del mismo autor se puede consultar *La teoría del proceso a la luz lánguida del Tribunal Constitucional Peruano: Sobre la presunta “Autonomía Procesal Constitucional”*. En: García Belaunde, Domingo. (Director). Revista Peruana de Derecho Público. Año 08, Número 16. Enero-Junio de 2008. Editora Jurídica Grijley. E.I.R.L. Págs. 119-155.

⁵⁹³ LANDA ARROYO, César. *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional*. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (Coordinadores). *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*

Otra definición... “En un *sentido amplio* la autonomía procesal puede ser entendida como aquella facultad jurisdiccional del TC para configurar, con un margen libre de razonabilidad, su Derecho Procesal, a través de la interpretación constitucional y de la integración jurídica. La interpretación constitucional supone la actividad volitiva que realiza el TC dirigida a desentrañar la norma o normas a que pueda dar lugar una específica disposición. La disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, la(s) norma(s) su resultado.”⁵⁹⁴

“Según él [la Autonomía Procesal], este Tribunal detenta en la resolución de cada caso concreto la potestad de establecer, a través de su jurisprudencia, normas que regulen el proceso constitucional, a través del precedente vinculante del artículo VII del CPConst, en aquellos aspectos donde la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional. La norma así establecida está orientada a resolver el concreto problema -vacío o imperfección de norma- que el caso ha planteado y, sin embargo, lo trascenderá y será susceptible de aplicación ulterior debido a que se incorpora, desde entonces, en la regulación procesal constitucional vigente... que esta configuración del proceso a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no constituye, empero, una potestad libre sino sujeta a límites, conforme ya se estableció en la resolución de fecha 8 de agosto de 2005, dentro de los que debe destacarse la observancia de la regulación procesal constitucional vigente”.⁵⁹⁵

A nuestro turno argumentamos que es la capacidad que tiene el TC, de configurar sus actuaciones procesales de conformidad con los fines de los procesos constitucionales, podemos agregar que esta actuación no significa actuación sin restricciones, pues se debe desenvolver dentro del marco de la Constitución y de su ley orgánica. En base a que lo hace el TC, si advertimos que es una facultad o prerrogativa de la cual goza el TC, esta facultad se basa en alcanzar los objetivos de los procesos constitucionales, para lo cual podrá sortear cualquier obstáculo que se le presente en su diario quehacer, sin embargo debemos advertir que bajo ningún punto de vista, implica atribuirse facultades que ni la Constitución o su Ley Orgánica le han concedido, por lo que en todo sentido el TC, deberá actuar de acuerdo al Principio de *Self restraint*.

El TC tiene autonomía procesal (AP) y utiliza dicha potestad para salirse o ir más allá del CPConst. A fin de adecuarlo a la mejor protección de los derechos fundamentales la AP, puede ser de tres tipos:

(Colaboraciones Peruanas). Editorial Idemsa. Lima - Perú. Primera Edición: Lima Abril de 2009. Pág. 446-447.

⁵⁹⁴ LEÓN VÁSQUEZ, Jorge. *El Tribunal Constitucional y la configuración de su derecho procesal*. En: *Justicia Constitucional*. Revista de Jurisprudencia y Doctrina Año II, N° 04, Julio - Diciembre 2006. Palestra Editores S.A.C. Págs. 44-45.

⁵⁹⁵ RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *Reflexiones a propósito de la denominada “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional*. En: V congreso nacional de derecho procesal constitucional. A diez años de la vigencia del Código procesal constitucional. Arequipa - Perú. Del 30 de octubre al 01 de noviembre 2014. ADRUS D & L Editores SAC. Primera Edición Octubre 2014. Pág. 284.

A.- AP Ampliativa: el CPConst., menciona a las instituciones procesales pero no las desarrolla totalmente por ejemplo tenemos al PV sobre el cual el TC se encarga de desarrollarlo de ampliarlo jurisprudencialmente (STC N° 3741-2004-AA/TC y STC. Exp. N° 0024-2003-AI/TC) lo mismo ocurre con la represión de actos lesivos homogéneos (STC. Exp. N° 04878-2008-PA/TC).

B.- AP Creativa: en esta clase de AP, el TC “crea” figuras procesales que no están reguladas en el CPConst., por ejemplo la apelación por salto (STC. Exp. N° 00004-2009-PA/TC Caso Roberto Allcca Atachahua), la reconversión de los procesos constitucionales (STC. Exp. N° 1052-2006-PHD/TC; STC. Exp. N° 2763-2003-AC/TC), las sentencias manipulativas-interpretativas (STC. Exp. N° 0030-2005-AI/TC, STC. Exp. N° 0004-2004-CC/TC, STC. Exp. N° 0007-2007-PI/TC, STC. Exp. N° 00010-2002-AI/TC, STC. Exp. N° 00008-2005-PI/TC, STC. Exp. N° 00047-2005-PI/TC, STC. Exp. N° 00025-2005-PI/TC), la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales (STC. Exp. N° 2579-2003-HD/TC, STC. Exp. N° 3149-2004-AC/TC; STC. Exp. N° 05561-2007-PA/TC; STC. Exp. N° 03426-2008-PHC/TC), el partícipe en el proceso de inconstitucionalidad (STC. Exp. N° 0007-2007-PI/TC), inconstitucionalidad por omisión (STC. Exp. N° 0006-2008-PI/TC).⁵⁹⁶

C.- AP Correctiva: esta clase sí es la más polémica pues en la Constitución y en el CPConst., hay instituciones que los cuerpos normativos han regulado, incluso con prohibición expresa, por ejemplo el Art. 142° de la Constitución estipula: *No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las de la Junta Nacional de Justicia en materia de evaluación y ratificación de jueces.* El Art. 5° Inciso 6 del CPConst., No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 6. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional.

Sin embargo el TC no está de acuerdo con dichas prohibiciones y las corrige por ejemplo en el CPConst., prohíbe el amparo contra amparo pero el TC ha dejado establecido que sí procede amparo contra amparo. (STC. Exp. N° 04252-2011-AA/TC; STC. Exp. N° 4853-2004-PA/TC). Por ejemplo se ha prohibido el amparo contra las resoluciones del JNE, sin embargo tenemos Amparo arbitral (STC. Exp. N° 00142-2011-PA/TC. Caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia), lo mismo sucede con el amparo electoral (STC. Exp. N° 5854-2005-PA/TC. Caso Pedro Lizana Puelles), lo mismo sucedió En su oportunidad para plantear amparo contra resoluciones del Consejo nacional de la magistratura⁵⁹⁷ (STC. Exp. N° 3361-2004-AA/TC. Caso Jaime

⁵⁹⁶ Vid. CUNO CRUZ, Humberto Luis. *Sentencias Interpretativas: Fundamentos, Origen y Clases.* En: Compendio de Instituciones Procesales Creadas Por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica S.A. TC. Gaceta Constitucional. Primera Edición Diciembre 2009.

Vid. RODRÍGUEZ FUENTES, Clementina del Carmen. *El control de las omisiones que vulneran Derechos Fundamentales.* Compendio de instituciones procesales creadas por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica S.A. Gaceta Constitucional. Primera Edición Diciembre 2009.

⁵⁹⁷ Dicha institución ha sido desactivada y ha sido reemplazada por la *Junta Nacional de Justicia*. Según La única disposición complementaria final de la Ley N.º 30904, publicada el 10 enero 2019, en el diario oficial El Peruano, dispone el cambio de denominación en todas las disposiciones correspondientes del ordenamiento jurídico nacional del "Consejo Nacional de la Magistratura" por el de "Junta Nacional de

La AP es una facultad cuya titularidad sólo lo ostenta el TC, esa autonomía ni siquiera la tiene un juez especializado en lo constitucional; pero lo que sí puede cada juez es, aplicar el Principio de *iura nóvit curia* (la cual está extendida en todo el ordenamiento jurídico) y adicionalmente tenemos al Principio de la suplencia de la queja deficiente el que solo subyace en el ámbito constitucional.⁵⁹⁸ Ahora en lo relacionado con el PV no es muy difícil darse cuenta que los supuestos para la emisión de un PV han sido desarrollados por la **AP Ampliativa** jurisprudencialmente en las STC. Exp. N° 3741-2004-AA/TC y la STC. Exp. N° 0024-2003-AI/TC). Constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes:

- La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.
- La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.

Justicia”. Vid. Constitución Política del Perú. Pág. 14. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2019/01/CONSTITUCION-POLITICA-DEL-PERU.pdf> (Fecha de consulta 18/04/19).

⁵⁹⁸ Conviene hacer una distinción entre el Principio de *iura Novit Curia*, el cual corrige el error en el derecho y el Principio de suplencia de queja deficiente que corrige el error en el proceso: “... A diferencia de las situaciones resueltas sobre la base de la aplicación del principio de suplencia de queja deficiente, por aplicación del aforismo *iura novit curia*, el juez tiene el poder-deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado en la demanda. De este modo el juez, como director del proceso, dice el derecho antes de emitir sentencia (TAIPE CHÁVEZ, Sara. *Algunas Reflexiones sobre el iura novit curia*. En: Derecho Procesal. II Congreso Internacional. Lima 2002. Pág. 215), lo que no implica, en ningún caso, la modificación del objeto de la pretensión o de los términos de la demanda; es decir, que ello no puede suponer fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.” (Exp. N° 0569-2003-AC/TC LIMA FJ.6).

- Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.” (STC. Exp. N° 03741-2004-PA/TC. FJ.41).

2.3.- Elementos del precedente vinculante.

Siguiendo al TC, en la STC. Exp. N° 0024-2003-A/TC, la estructura interna de sus decisiones se compone de los siguientes elementos:

A.- La razón declarativa-axiológica: Es aquella parte de la sentencia constitucional que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y teleológicas insertas en la Constitución. (STC. Exp. N° 0024-2003-A/TC).

B.- La razón suficiente o Ratio Decidendi: Expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional. (STC. Exp. N° 0024-2003-A/TC).

En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la litis. (STC. Exp. N° 0024-2003-A/TC).

Lo antes expuesto trae a colación tratar sobre el término *Holding*, que al decir de la profesora Ana Laura Magaloni Kerpel: “Holding es la parte específica de la opinión en la que el tribunal decide la cuestión de derecho que tiene en frente, esto es, la regla o principio que establece el tribunal para decidir el caso. En términos prácticos, el holding es la respuesta que el tribunal da a las partes respecto a la cuestión jurídica que el caso plantea. Esa regla que decide el caso se puede encontrar expresamente formulada en la opinión del tribunal, o bien se puede inferir analizando el resultado de la decisión, las situaciones fácticas y el contenido de la opinión.”⁵⁹⁹

Ergo se podría decir que Holding y Ratio Decidendi son palabras sinónimas, la profesora Ana Laura Magaloni Kerpel, nos aclara esta duda...“El término holding es un sinónimo del término más conocido entre los españoles de Ratio Decidendi, el primero es una expresión propia del Derecho Norteamericano y el segundo del Derecho Inglés...”⁶⁰⁰

C.- La razón subsidiaria o accidental u obiter dicta: es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan. (STC. Exp. N° 0024-2003-A/TC).

⁵⁹⁹ MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El Precedente Constitucional en el Sistema Judicial Norteamericano*. Mc Graw Hill. Madrid 2001. Pág. 81

⁶⁰⁰ Ibídem. Pág. 81

En este contexto es posible afirmar que todas las razones suficientes o Ratio Decidendi en una sentencia constitucional, en particular las que en ella son formuladas como Precedentes vinculantes, son normas constitucionales implícitas o adscritas a la norma constitucional directamente estatuida, objeto de interpretación y en relación con la cual se ha formulado el Precedente Vinculante⁶⁰¹. Ergo solo vincula la ratio decidendi no las obiter dicta.

El criterio que se emplea para distinguir una *ratio decidendi* de los *dicta* es el siguiente: “La ratio decidendi es un regla necesaria para la decisión de forma que a sensu contrario, aquellas consideraciones hechas en la sentencia que no sean necesarias para la decisión son meros *obiter dicta*. Ahora bien, la cuestión está en determinar que es, de entre todas las consideraciones hechas por el juez, lo necesario para la decisión...”⁶⁰²

D.- La invocación preceptiva: es aquella parte de la sentencia en donde se consignan las normas del bloque de constitucionalidad⁶⁰³ utilizadas e interpretadas, para la estimación o desestimación de la petición planteada en un proceso constitucional. (STC. Exp. N° 0024-2003-A/TC).

E.- La decisión o fallo constitucional: es la parte final de la sentencia constitucional que, de conformidad con los juicios establecidos a través de la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria u occidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional. (STC. Exp. N° 0024-2003-A/TC).

Según el profesor Michelle Taruffo expone: “El precedente constitucional tiene efecto sobre todos los poderes públicos, sus precedentes tienen los mismos efectos que una ley, esa regla es para es para todos cualquiera lo puede invocar sin recurrir al juez, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional tiene efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y frente a los particulares.”⁶⁰⁴

⁶⁰¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luís. *Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano*. JUS Constitucional Especial “La fuerza Vinculante del Precedente Vinculante y la Jurisprudencia Constitucional Enero 1 Grijley 2008”

⁶⁰² ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Civitas. Madrid. 1995. Pág. 102.

⁶⁰³ “El bloque de constitucionalidad...Puede ser entendido como el conjunto de disposiciones que deben tomarse en cuenta al momento de apreciar los supuestos vicios de inconstitucionalidad que adolece una ley sometida a control. [...]” (STC. Exp. N° 0008-2006-PI/TC. FJ 4)

El bloque de constitucionalidad estaría formado, además de por la Constitución, por esas normas encargadas de configurar o proponer una determinada estructura de entre las prefiguradas o programables. Su función es constitutiva y, este sentido constituye la estructura del sistema, aunque no constituye el sistema mismo, pues esta función le corresponde en exclusiva a la norma suprema, la constitución. (CARPIO MARCOS, Edgar. *Bloque de constitucionalidad y principio de inconstitucionalidad de las Leyes*. En: Palomino Manchego, José F. (Coordinador) *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*. Tomo II. Editora Jurídica Grijley 2005. Pág. 902.)

⁶⁰⁴ TARUFFO, Michele. *Dimensiones del Precedente Judicial*. En: Castañeda Otsu, Susana Inés. (Directora) Velezmoro, Fernando. (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Grijley 2010. Págs. 08-09.

3.- ¿Precedentes Constitucionales Implícitos?

El jurista Castillo Córdova no hace un enfoque sobre los PV implícitos pero sus reflexiones nos sirven de plataforma para apuntalar esta característica *sui generis* de la institución bajo comento:

“El precedente en los procesos constitucionales significa que ante una sentencia con unos fundamentos o argumentos jurídicos y con un fallo en un sentido determinado, obliga a resolver los futuros casos semejantes según los términos de esa primera sentencia. El precedente que pueda configurar las sentencias del Tribunal Constitucional vincula tanto a los jueces y magistrados del Poder Judicial, como a sí mismo en los casos semejantes que en el futuro tengan que resolver, salvo se trate de un apartamiento de su línea jurisprudencial.

Pero no cualquier resolución del Alto Tribunal de la Constitucional adquiere la calidad de precedente, sino que para que esto ocurra deben cumplirse al menos los siguientes dos requisitos. En primer lugar, debe tratarse de una resolución del Tribunal Constitucional que tenga pronunciamiento sobre el fondo, es decir, que la demanda constitucional no haya sido declarada improcedente por una simple cuestión formal o de admisibilidad... Y en segundo lugar, así deberá expresarlo la sentencia misma, ella deberá expresar que se está creando un precedente de obligatorio cumplimiento. (Resaltados nuestros).

Creado el precedente este no tiene por qué durar para siempre. De hecho el Tribunal Constitucional podrá desvincularse de él, pero para que ello ocurra la ley exige que se razone el cambio, expresando los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones que justifican el cambio. Obviamente, el precedente que esté vigente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vincula a las correspondientes instancias inferiores judiciales de modo que éstas no podrán apartarse de él. El cambio de criterio jurisprudencial como precedente sólo puede efectuarlo el Tribunal Constitucional y a partir de aquí -y en plena aplicación del precedente vigente- los magistrados del Poder Judicial deberán cambiar el criterio jurisprudencial que venían aplicando.”⁶⁰⁵

A nuestro turno agregamos que el PV es una regla de carácter obligatorio, muy similar a la ley, nace del ámbito casuístico a diferencia de la ley que nace de la voluntad del legislador, es muy importante anotar que el PV siempre está vinculado al caso que le dio origen y este se aplica a supuestos iguales, similares, parecidos que le dieron origen, en frases del Dr. Luis Saenz Dávalos, si conocemos solo las reglas y no los hechos o controversias que le dieron origen estamos a *fojas cero*. Porque nunca el PV se desvincula de su caso, nunca de los hechos que le dieron origen.⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo I. Título Preliminar y Disposiciones Generales. Palestra editores. Segunda Edición. Julio 2006. Pág. 92.

⁶⁰⁶ Vid. SAÉNZ DÁVALOS, Luis. *El Precedente Constitucional Vinculante*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=EtAUwZPkGeo&t=92s> (Fecha de consulta 11/04/19).

El PV evoluciona al igual que la ley, pero a diferencia de esta última, el TC en caso que considere que la coyuntura ha cambiado, solo le queda emitir un nuevo PV, pero no cabe bajo ningún supuesto que un operador jurídico alegue que se puede aplicar un PV por analogía (no confundir con el *Distinguish* el cual no es una aplicación analógica del PV),⁶⁰⁷ entonces cabe preguntarse ¿Cuándo el TC crea un PV lo debe mencionar de modo expreso?

Siguiendo lo estipulado en el Art. VII del TP del CPConst. El TC debe expresar de manera expresa e inequívoca, que establece un PV, entonces podemos concluir que no podrían existir PV implícitos o tácitos, que se puedan presumir o inferir, dicho de otra manera y siguiendo el mencionado artículo no cabría PV implícitos.

Contamos con un antecedente antes de la vigencia del CPConst., STC. Exp. N° 0090-2004-AA/TC. Caso Juan Carlos Callegari Herazo, si bien es cierto fue expedida con fecha 05 de Julio del 2004, es decir antes de la entrada en vigencia del CPConst. Que data del 01 de diciembre de 2004, empero en la citada sentencia, siguiendo sus lineamientos reparamos que aborda la institución del *overruling*, y tomando en cuenta tal como lo hemos mencionado líneas arriba que para se aplique la técnica del *overruling* debe existir necesariamente un PV anterior, que el TC ha decidido revocar, *rectius* debe entenderse como un cambio de línea jurisprudencial, sin embargo el TC aplica los efectos de su sentencia con calidad de diferida, es decir aplica un *prospective overruling*, postergando los efectos para las resoluciones futuras en casos que la administración decida el pase a la situación de retiro por la causal de renovación a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, declarando infundada el proceso de amparo al recurrente, a tal conclusión, en el extremo que se trata de un PV Implícito, arribamos cuando analizamos las siguientes líneas:

4.- Al respecto, el criterio sentado por este Tribunal Constitucional ha sido el de considerar que el pase a la situación de retiro por causal de renovación en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional es una *facultad discrecional del Presidente de la República*, en su calidad de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional [STC N° 1906-2002-AA/TC]...

⁶⁰⁷ No es de recibo decir que si la ley se aplica por analogía entonces también el PV, sí hay una omisión normativa, estamos ante una laguna del derecho, y citando al TC “El precedente vinculante como forma de cubrir una laguna normativa: La función integradora del Tribunal Constitucional permite que, a través de la constitución de un precedente vinculante, se resuelvan las situaciones derivadas de un vacío normativo. En ese orden de ideas, dicha función verificable mediante la expedición de un precedente vinculante se hace patente cuando, se acredita la ausencia absoluta de norma...” (Exp. N° 0024-2003-AI/TC. FJ 10). Para una definición de lagunas del Derecho puede ser definida como “aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico. Estrictamente hablando, el suceso que da origen a la laguna no está previsto en ninguno de los supuestos existentes en las normas vigentes del sistema jurídico, o puede ocurrir también que, a la consecuencia prevista, deba añadirse otra no prevista para el mismo supuesto.” *Vid.* RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Décima Edición, Aumentada. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Reimpresión de la Décima Edición. Junio de 2011. Pág. 261.

11.-...Es así que el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito sine qua non de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad. En ese sentido, la potestad discrecional de la Administración, en el caso del pase a retiro por renovación de cuadros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, debe tener como sustento la debida motivación de las decisiones, las cuales, asimismo, tienen que estar ligadas a la consecución de un interés público que, en el caso de autos, está directamente vinculado a la finalidad fundamental de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional: garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, y garantizar, mantener y restablecer el orden interno, respectivamente, entre otras funciones que la Constitución y la ley le asignen, y al cumplimiento óptimo de sus fines institucionales en beneficio de todos y cada uno de los ciudadanos, mediante la renovación constante de los cuadros de oficiales, realizada en forma objetiva, técnica, razonada y motivada, excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

47.- Este Colegiado subraya que los criterios precedentemente vertidos deberán ser observados por las futuras resoluciones mediante las cuales la administración pase a la situación de retiro por la causal de renovación a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; los cuales deberán ser retomados por este Supremo Tribunal cuando requiera cambiar su actual criterio, en concordancia con lo expresado en el Fundamento N° 5., supra.

48. En el caso de autos, habiéndose producido la sustracción de la materia, referida en el Fundamento 2., supra, y, tomando asimismo en consideración el principio de prospective overruling invocado por este Supremo Tribunal, la presente demanda deviene en improcedente.

Por su parte anota el Dr. Víctor García Toma: “El Tribunal Constitucional ya ha tenido la oportunidad de utilizar la técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante en el caso Juan Carlos Callegari Herazo (Exp. N° 0090-2004-AA/TC, en donde se estableció con efecto diferido la aplicación de las nuevas reglas relativas al pase a la situación de retiro por causal de renovación de las fuerzas armadas y la Policía Nacional.”⁶⁰⁸

Actualmente y estando que toda disposición admite excepciones un ejemplo tangible que traemos a colación y que se configura como un PV implícito, pues en ningún punto de la sentencia el TC menciona que constituye PV, de conformidad al Artículo VII del título preliminar del CPConst, es la STC. Exp N° 3179-2004-AA/TC Caso Apolonia Ccollcca Ponce, que versa sobre el amparo contra resoluciones judiciales dicha sentencia representa todo un punto de

⁶⁰⁸ GARCÍA TOMA, Víctor. *Las Sentencias Constitucionales: El Precedente Vinculante*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhonny. (Coordinador). *El precedente constitucional vinculante en el Perú. (Análisis, comentarios y doctrina comparada)*. Editorial Adrus. Primera Edición. Septiembre 2009. Pág. 63

quiebre de una larga línea jurisprudencial del amparo contra resoluciones judiciales desde la dación de la Ley N° 23506 (esta tendencia habría durado un aproximado de 25 años), la que solo procedía única y exclusivamente contra resoluciones judiciales que vulneraban derechos constitucionales pero de naturaleza eminentemente procesal (Tutela Procesal efectiva y debido proceso), actualmente el TC, creemos de manera acertada se apartó de dicha tesis y estableció en el fundamento jurídico dieciocho la siguiente regla:

18.- La tesis según la cual el amparo contra resoluciones judiciales procede únicamente por violación del derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional, confirma la vinculatoriedad de dichos derechos en relación con los órganos que forman parte del Poder Judicial. Pero constituye una negación inaceptable en el marco de un Estado constitucional de derecho, sobre la vinculariedad de los “otros” derechos fundamentales que no tengan la naturaleza de derechos fundamentales procesales, así como la exigencia de respeto, tutela y promoción ínsitos en cada uno de ellos.

En efecto, en el ejercicio de la función jurisdiccional, los jueces del Poder Judicial no sólo tienen la obligación de cuidar porque se hayan respetado los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas cuya controversia se haya sometido a su conocimiento, sino también la obligación -ellos mismos- de respetar y proteger *todos* los derechos fundamentales al dirimir tales conflictos y controversias.

Otros ejemplos que son más tangibles lo tenemos en los casos Ns° 03908-2007-PA/TC. Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS Nacional y en la STC. Exp. N° 04293-2012-PA/TC. Caso Consorcio Requena.

En ambos precedentes, el TC no menciona textualmente que son PV de conformidad a lo establecido en el Artículo VII del título preliminar del CPConst. Dichas sentencias son verdaderos PV, y hacemos un pequeño comentario de las mismas en el ítem correspondiente a los overruling del TC.

4.- Excepciones a la aplicación del PV.

Como se ha dicho líneas arriba nadie (entidad o particular) se puede apartar de lo estipulado en un PV por más argumentos que se brinden (salvo excepción que se transcribe líneas abajo), por lo que no cabe por ejemplo invocar criterios de independencia judicial, en esta línea el doctor César Landa Arroyo de manera categórica concluye: “..., entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, si bien se articulan relaciones de coordinación e interdependencia, no se puede negar que existe también una relación de jerarquía a favor del Tribunal en tanto instancia final de fallo y supremo intérprete de la Constitución, y a la interpretación que haga de la Constitución y de las leyes [DE OTTO, Ignacio. Estudios sobre el Poder Judicial. Madrid: Ministerio de Justicia, 1989. pp. 70 y ss.]. El Poder Judicial, por tanto, está sometido jerárquicamente a las sentencias

del Tribunal Constitucional, sin que ello signifique mengua en la autonomía e independencia de aquél y que la Constitución misma le reconoce.”⁶⁰⁹

Tampoco cabe invocar la aplicación del Artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues no es de recibo invocarla porque esta salvedad está contemplada como excepción, sí pero es para apartarse de los principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento pero de la doctrina jurisprudencial emitida por Poder Judicial no por el TC.

Del CPConst., y de la Jurisprudencia del TC se desprende que las únicas excepciones para no aplicar un PV son cinco⁶¹⁰:

4.1.- Aplicar la técnica del *overruling*, la cual es potestad única y exclusiva del TC en el siguiente ítem lo desarrollamos.

4.2.- La otra excepción radica en aplicar la técnica del *Distinguish*, al respecto la doctrina expone:

“La experiencia jurisdiccional acredita que en algunos casos se presenta que ciertos hechos no concuerda con aquellos que fueron examinados al momento en que el Tribunal Constitucional emitió un precedente vinculante.

En este contexto es dable que un operador jurisdiccional del Poder Judicial o hasta el propio Tribunal Constitucional haga uso de la técnica del *Distinguish*; la cual consiste en resaltar que en un caso particular y concreto no es pertinente aplicar el precedente vinculante, en razón de no existir identidad sustancial con los hechos que originaron la dación del mismo. Vale decir, que al encontrarse acreditada la disimilitud entre las circunstancias o acontecimientos examinados en el caso que contiene el precedente y aquel que aparece con posterioridad, el operador jurisdiccional tiene discrecionalidad dentro del marco de la Constitución y las leyes para resolver de manera diferente.”⁶¹¹

Recurriendo a la doctrina extranjera, lo cual es de recibo por cuanto la figura es foránea: “¿Cómo se aplica el precedente por parte de los tribunales? La manera más simple y clara para un tribunal es afirmar que “La ley aplicable al presente caso es la establecida [por esta misma corte o por una superior] en el proceso Smith v. Jones que [estableció el precedente]...” Pero la aplicación del precedente por parte de un tribunal es a menudo más complicada como cuando este distingue el precedente al establecer que los hechos del presente caso son

⁶⁰⁹ LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el derecho procesal constitucional*. Pág. 16. Disponible En: http://www.law.ufl.edu/pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/Tribunal_Const_y_Poder_Judicial.pdf (fecha de consulta 25/06/15).

⁶¹⁰ Antaño en: CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Los overruling del Tribunal Constitucional Peruano y la vulneración de los derechos al procedimiento preestablecido por ley y la seguridad jurídica*. Ob. Cit. Pág. 182, dijimos que eran **tres** las excepciones al PV, ahora nos rectificamos y argumentamos que con **cinco** las excepciones al PV.

⁶¹¹ GARCÍA TOMA, Víctor. *Las sentencias constitucionales: El Precedente Vinculante*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhonny. (Coordinador). *El precedente constitucional vinculante en el Perú. (Análisis, comentarios y doctrina comparada)*. Editorial Adrus. Primera Edición. Septiembre 2009. Pág. 59.

bastantes diferentes de los del anterior, y que el precedente establecido en éste último simplemente no se aplica al nuevo proceso.”⁶¹²

4.3.- Una tercera excepción viene establecida jurisprudencialmente por el propio TC en su PV STC. Exp. N° 4853-2004-PA/TC. Caso Dirección regional de pesquería de La Libertad, en el fundamento dieciséis de la sentencia recaída en dicho PV, el TC expone:

16. Todo lo anterior no excluye, en todo caso, que los jueces del Poder Judicial, que también son jueces de la Constitución, en la medida en que deben aplicarla como norma suprema del Estado en los casos que conocen, puedan también participar en esta labor de integración e interpretación en aras de dar una mayor y más amplia protección a los derechos fundamentales. En cualquier caso, las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse, en estos casos, por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto. De este modo, las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado.

4.4.- Una cuarta excepción el Principio de Previsión de las consecuencias.

Para mayor abundamiento nos remitimos a nuestros argumentos esgrimidos en el sub capítulo denominado Problemas del Precedente Constitucional Vinculante, solo debemos agregar que por aplicación de este principio el TC, modula el impacto de sus decisiones en los justiciables a fin de no incurrir en situaciones de una mayor inconstitucionalidad.

4.5.- Una quinta excepción el Control de Convencionalidad.

De igual manera como dijimos en el ítem anterior, ya hemos brindado nuestro argumentos solo cabe mencionar que nuestro país al haber suscrito la jurisdicción contenciosa de la CorteIDH, se encuentra obligado a seguir sus lineamientos que están contenidos tanto en sentencias como en sus opiniones consultivas.

Al respecto la doctrina expone: “Con tal decisión, la CIDH ejerce su mandato de conformidad a los tratados y recuerda al Estado parte que por el principio de *Pacta Sunt Servanda* el aparato jurisdiccional se encuentra en la

⁶¹² BARKER, Robert S. *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*. Editorial Grijley. 2014. Pág. 41.

obligación de ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que se aplican en el caso concreto y los dispositivos de la Convención Americana de Derechos Humanos, y por tal el poder judicial...”⁶¹³

5.- La técnica del *Overruling*, como supuesto de excepción al PV.

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

El año 1886, en el caso *Plessy v. Ferguson*, la Corte Suprema decidió que una ley estatal que estipulaba que los pasajeros de ferrocarril, blancos y negros, ocuparan diferentes vagones por motivos de segregación racial, no violaba la Decimocuarta Enmienda sobre *la protección igual ante la ley* siempre que los asientos y el ambiente fuesen *iguales* en un sentido material y en su presentación. [163 U.S. 537, 16 S.Ct. 1138, 41 L.Ed. 256 (1896)] Por consiguiente, el precedente así establecido fue conocido como la doctrina de *iguales, pero separados*. Cincuenta y ocho años después, en 1954, la Corte analizó el caso *Brow v. Board of Education*, en el que los demandantes negros sostenían que la segregación racial en las escuelas públicas les negaba la “protección igual ante la ley” a pesar de cualquier “igualdad” tangible en estas escuelas. Por supuesto que la Corte Suprema se enfrentó a su precedente de *iguales, pero separados* y por unanimidad, decidió revocarlo. [347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686, 98 L.Ed. 873 (1954)].”⁶¹⁴

Entre nosotros el TC, expone: Por aplicación de esta técnica Jurídica se permite el cambio del precedente ante circunstancias que así lo justifiquen.

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

- a) Expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión.
- b) Expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión.
- c) Determinación de sus efectos en el tiempo.” (STC. Exp. N° 00024-2003-PV/TC, párrafo 36)

5.1.-Los *Overruling* del Tribunal Constitucional Peruano.

Como ya lo expusimos líneas arriba y es bueno recordarlo, técnicamente hablando, para que el TC aplique la técnica del *overruling*, es presupuesto básico

⁶¹³ PÉREZ CASAVARDE, Efraín. *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Adrus. Primera Edición Lima Octubre 2013. Pág. 485.

⁶¹⁴ BARKER, Robert S. *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*. Ob. Cit. Págs. 49-50.

- necesario que dicho tribunal, haya establecido con anterioridad un PV, con la especificación de sus efectos normativos a través del tiempo, el cual recientemente ha decidido dejar de lado, estando con estas consideraciones cabe alegar por ejemplo con el último PV caso Huatuco Huatuco STC. Exp. N° 05057-2013-AA/TC, el TC ha realizado un cambio de línea jurisprudencial mas no se ha configurado la técnica del overruling por cuanto no existe un PV establecido con anterioridad al cual revocar, dicho esto anotamos como dato adicional que a la fecha el TC ha expedido exactamente cincuenta y dos PV (incluidos los PV implícitos).

Dicho esto debemos dar cuenta que en nuestra historia constitucional a la fecha ha registrado tres overruling con diferentes efectos a través del tiempo:

5.2.1.- Primer Overruling.

A.- STC. Exp. N° 3361-2004-PA/TC. Caso Jaime Amado Álvarez Guillén.

Contenido normativo: Evaluación y ratificación de magistrados.
Fecha de publicación: 15/12/2005.

Sumilla: Mediante la técnica del prospective overruling se reforma la jurisprudencia sobre los procesos de evaluación y ratificación de magistrados llevados a cabo por el Consejo Nacional de la Magistratura, a fin de compatibilizarla con el nuevo marco legal que regula dichos procesos. Se establecen las funciones constitucionales que cumple el proceso de ratificación, los parámetros a seguir, las consecuencias de la no ratificación, y las garantías de la tutela procesal efectiva en el marco de tales procesos (acceso a la información procesal, necesidad de un examinador independiente, exigencia de una resolución motivada, y pluralidad de instancias). Se declara que tienen fuerza vinculante, los argumentos referidos a la aplicación de los nuevos criterios a casos futuros (FJ 7 y 8), al nuevo carácter del proceso (FJ 17 a 20) y a los derechos-reglas contenidos en el derecho-principio a la tutela procesal efectiva (FJ 26 a 43).⁶¹⁵

Aplicación en el tiempo: Diferida, Fallo: Infundada, el TC fija los efectos normativos del PV, para casos futuros (prospective overruling)⁶¹⁶

Consideramos, que dicho fallo incurre en actos de discriminación pues para el recurrente y para todos los justiciables que habían interpuesto sus procesos de amparo con anterioridad a la expedición del PV, según el TC, **no** cabía la

⁶¹⁵ Disponible en: http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc_jurisprudencia_sis_02.php (Fecha de Consulta 25/06/15).

⁶¹⁶ Cfr. HAKANSSON NIETO, Carlos. *El prospective overruling en las resoluciones en materia de ratificación de magistrados. Exp N° 3361-2004-AA Caso: Jaime Amado Álvarez Guillén*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhonny. (Coordinador). *El precedente constitucional vinculante en el Perú. (Análisis, comentarios y doctrina comparada)*. Editorial Adrus. Primera Edición. Septiembre 2009. Pág. 279.

obligación de motivación de resoluciones por parte del CNM, pero sí para casos futuros lo cual es un absurdo, motivo por lo que el TC decidió revocarlo.

B.- STC. Exp. N° 01412-2007-AA/TC. Caso Juan de Dios Lara Contreras.

Contenido normativo: Cambio de precedente vinculante en relación a la motivación de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura respecto a la evaluación y ratificación de magistrados efectuada por el Consejo Nacional de la Magistratura.

Sumilla: El Tribunal Constitucional, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, **ha resuelto cambiar el precedente vinculante establecido en la STC N.º 3361-2004-AA**, precisando que los efectos de dicho precedente no se limitan a los casos suscitados con posterioridad a su expedición sino que, en aras de lograr una jurisprudencia eficaz que tutele los derechos fundamentales, en especial en lo que se refiere al derecho al debido proceso y a la motivación de las resoluciones, debe entenderse que todas las resoluciones evacuadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales deben ser motivadas, sin importar el tiempo en que se hayan emitido.

Precedente vinculante: DEJAR sin efecto el precedente vinculante establecido en la STC N° 3361-2007-AA/TC, y conforme a lo estipulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, SENTAR como nuevo precedente lo siguiente:

Primero.- Todas las resoluciones evacuadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales deben ser motivadas, sin importar el tiempo en que se hayan emitido; este criterio deberá ser tenido como fundamento a tener obligatoriamente en cuenta por los jueces de toda la República como criterios de interpretación para la solución de casos análogos⁶¹⁷.

Aplicación en el tiempo: Inmediata, Fallo: Fundada, el TC fija los efectos normativos del PV, para casos anteriores, presentes y futuros.

El Dr. Martínez Morón, se muestra crítico al respecto con relación a que la STC. Exp. N° 01412-2007-AA/TC. Caso Juan de Dios Lara Contreras, constituya un caso de *overruling*, al respecto expone: "(...) puede observarse que el TC no se encuentra en strictu sensu modificando un precedente, es decir, la regla jurídica extraída de un caso en concreto para su aplicación en otro, pues ambas sentencias se encuentran de acuerdo en que las resoluciones que, en última instancia son emitidas por el CNM deben ser motivadas, no siendo aquel el punto en conflicto sino la aplicación de ese precedente -el establecido en la

⁶¹⁷ Disponible en: http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc_jurisprudencia_sis_02.php (Fecha de Consulta 25/06/15).

STC Nº 3361-2004-AA/TC- en el tiempo, no mereciendo ello que se hable en puridad de un cambio de precedente (...), sino de una precisión en su tiempo de aplicación, pues no es el *overruling* utilizado el tema controvertido sino su aplicación (escogiéndose en la STC primigenia el *prospective overruling*) lo que ha motivado la presente resolución.

Así las cosas nos parece un tanto exagerado cuando la resolución se refiere a un cambio de la regla del precedente extraída en un caso concreto - aquella, por el contrario, continua vigente- tanto más si ambos son similares, siendo necesario que solo se haya realizado una precisión en cuanto a su aplicación, y aquello debió ser el desarrollo que, a nuestro juicio, ha debido afianzar el TC. No obstante ello, debemos seguir nuestro análisis tomando como premisa que si se ha realizado un cambio de precedente, por cuanto asó lo ha desarrollado el TC.”⁶¹⁸

5.2.2.- Segundo Overruling.

A.- STC. Exp. Nº 04853-2004-AA/TC. Caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad.

Contenido normativo: Amparo contra amparo.

Sumilla: El Tribunal establece los presupuestos para la procedencia del “amparo contra amparo”, así como las reglas para la admisión del recurso de agravio a favor del precedente.

§8. La reglas vinculantes del recurso de agravio a favor del precedente.

40. A partir de lo desarrollado supra, este Colegiado procede a precisar las reglas aplicables para el trámite del nuevo supuesto establecido a través de esta sentencia, para la procedencia del recurso de agravio tratándose de una sentencia estimatoria de segundo grado.

A) Regla procesal: El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional, la revisión por parte de este Colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del C.P.Const. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19 del Código Procesal Constitucional.

⁶¹⁸ MARTÍNEZ MORÓN, Alan César. *La técnica del overruling y los cambios de precedente: Lo que el Tribunal Constitucional no dijo. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. Nº 1412-2007-PA/TC.* En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Tomo 186. Mayo 2009. Págs. 224.

B) Regla sustancial: El recurso de agravio a favor del precedente tiene como finalidad restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional. El recurso puede ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo. El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados.”

Aplicación en el tiempo: Inmediata, Fallo: Infundada, el TC fija los efectos normativos del PV, para casos anteriores, presentes y futuros.

B.- STC. Exp. N° 03908-2007-AA/TC. Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional.

Contenido normativo: Cambio de precedente vinculante respecto a la procedencia del recurso de agravio constitucional a favor del precedente.

Sumilla: El Tribunal Constitucional, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha resuelto dejar sin efecto el precedente establecido en el fundamento 40 de la STC N.º 04853-2004-PA, en virtud del cual se habilitaba la interposición del recurso de agravio constitucional cuando una sentencia de segundo grado emitida en un proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento contraviene un precedente vinculante, precisando que lo que procede en dicho supuesto es la interposición de un nuevo proceso constitucional de amparo.

Precedente vinculante: DEJAR SIN EFECTO el precedente establecido en el fundamento 40 de la STC 04853-2004-PA/TC, que estableció las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente.

ESTABLECER las siguientes reglas procesales:

- a. El auto que concede el recurso de agravio constitucional a favor del precedente que se encuentre en trámite será revocado y declarado improcedente y se ordenará la devolución de lo actuado al juzgado o sala de origen para la ejecución de la sentencia estimatoria de segundo grado.
- b. El cómputo del plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución estimatoria de segundo grado que supuestamente contraviene un precedente vinculante se computa a partir de la fecha de notificación de la resolución que revoca la

concesión del recurso de agravio constitucional interpuesto a favor del precedente.

c. Los recursos de agravio constitucional interpuestos a favor del precedente que ya fueron resueltos por el Tribunal Constitucional, constituyen cosa juzgada, razón por la cual los que interpusieron el recurso referido no les queda habilitado el proceso de amparo contra amparo, amparo contra hábeas corpus, amparo contra hábeas data, o amparo contra cumplimiento⁶¹⁹.

Aplicación en el tiempo: Inmediata, Fallo: Infundada.

5.2.3.- Tercer Overruling.

A.- STC. Exp. N° 3741-2004-AA/TC Caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque.

Contenido normativo: Control difuso administrativo.

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

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

A) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados.

⁶¹⁹ Disponible en: http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc_jurisprudencia_sis_02.php (Fecha de Consulta 25/06/15).

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

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

Regla sustancial: Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia."

RESOLUCIÓN DE ACLARACIÓN.

"4. Que, si bien los funcionarios de la administración pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la sentencia N.º 3741-2004-AA/TC, esto es, que "(...) [t]odo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente (...)". Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten "justicia administrativa" con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados."

"7. Que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos

colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

8. Que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten "justicia administrativa" con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.⁶²⁰

Aplicación en el tiempo: Inmediata, Fallo: Fundada.

B.- STC. Exp. N° 04293-2012-PA/TC. Caso Consorcio Requena.

Contenido normativo: Cambio de precedente vinculante respecto a la procedencia del ejercicio del control difuso por parte de los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten "justicia administrativa" con carácter nacional.

Precedente vinculante: DEJAR SIN EFECTO el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo.

Aplicación en el tiempo: Inmediata, Fallo: Infundada la demanda en el extremo referido a la afectación del derecho de defensa. Y Fundada

⁶²⁰ Disponible en: http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc_jurisprudencia_sis_02.php fecha de consulta (Fecha de Consulta 25/06/15).

la demanda en el extremo referido a la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

En relación a los PV implícitos, tendremos que decir que si una sentencia posterior revoca un precedente vinculante anterior, aunque la sentencia no lo estipule expresamente⁶²¹ como es el caso de la reciente sentencia STC. Exp. N° 04293-2012-PA/TC, creemos que es presupuesto lógico-necesario que esta sentencia también tenga la calidad de precedente vinculante, es decir no postulamos una jerarquía entre sentencias que se pueden clasificar (*Cfr.* Exp N° 0004-2004-CC/TC) como sentencias de especie y de principio, pues en las sentencias de especie el TC resuelve un caso concreto y aplica una norma y nada más, en las sentencias principio se forjan los verdaderos precedentes vinculantes y la doctrina jurisprudencial, en esta tipología de sentencias el TC realiza una marcada labor jurisprudencial.

Sin embargo, lo que postulamos es el grado de vinculatoriedad que ostentan las sentencias de principio, específicamente los precedentes vinculantes, es decir si fuera una sentencia común (de especie) la STC. Exp. N° 04293-2012-PA/TC, no podría revocar el precedente vinculante contenido en la STC. Exp. N° 3741-2004-AA/TC, en consecuencia consideramos que se trata de un verdadero Precedente Vinculante.

Siguiendo el argumento anterior, es menester citar unas líneas con relación a la variación de un precedente vinculante, al respecto el doctor Cesar Landa Arroyo expone:

“En el caso Peruano, la segunda parte del artículo VII del Título Preliminar del CPC ha previsto expresamente la posibilidad de que el TC varíe su propio precedente vinculante, señalando que “[c]uando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustenta la sentencia y las razones por la cual se aparta del Precedente.” De ahí que en este supuesto, el legislador ha reservado para el propio TC la competencia exclusiva del cambio de su precedente. De aquí surge la necesidad de la motivación de la nueva sentencia y que juegue un rol aún más importante, a fin de que no se vea afectada la seguridad jurídica y la predictibilidad con el nuevo precedente del TC.”⁶²²

6.- Nuestro aporte acerca de la clasificación de los efectos normativos del PV a través del tiempo.

Tal como lo hemos expuesto líneas arriba el establecimiento de un nuevo PV o el cambio de línea jurisprudencial tienen efectos e incidencia en el derecho al procedimiento preestablecido por ley y en el valor la seguridad jurídica, ya sea

⁶²¹ Según el Artículo VII.- Precedente. (Código Procesal Constitucional): Las sentencias del TC que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia...

⁶²² LANDA ARROYO, César. *Los Precedentes Constitucionales*. En: Castañeda Otsu, Susana (Directora). Velezmore, Fernando (Coordinador). Ob. Cit. Pág. 98.

beneficiando o perjudicando a los justiciables, según se dé la aplicación inmediata o diferida de la jurisprudencia.

Con relación al procedimiento preestablecido por la ley la doctrina expone: “Aunque todos estamos de acuerdo en que una persona pasible de enjuiciamiento, o en general, de cualquier tipo de procesamiento, no se le puede sino someter al régimen jurídico previsto por anticipado o con anterioridad, esto es, al vigente en el momento de producirse los hechos que motivan tal encauzamiento, sin que por lo mismo, no se puedan alterar la reglas en el camino o *a posteriori*; no se ha reflexionado detenidamente o por lo menos hasta la fecha, a qué tipo de alcances procesales nos estamos refiriendo cuando hablamos de procedimiento preestablecido. Dicho en otros términos, si nadie duda respecto de la existencia de un procedimiento preestablecido, como regla imperativa, en cambio no se responde o no se tiene una versión definida, respecto de los alcances amplios o restrictivos que pueda tener la noción en referencia, sobre todo si se parte del supuesto de su integración al interior del concepto, todavía mucho más amplio, del debido proceso.”⁶²³

“Hay entonces una evidente relación de generó especie. Mientras el debido proceso es el continente, el respeto al procedimiento preestablecido, es una de sus parcelas o espacios territoriales. Como tal, supone un contenido esencial mínimo, que, de modo preliminar puede graficarse en la simple necesidad de observar durante la secuela de todo proceso, sea o no judicial, sea o no contencioso, el conjunto de reglas básicas o esenciales establecidas imperativamente y de modo anticipado para que el mismo pueda cumplir su cometido. Tal observación, obviamente, atañe tanto los jugadores como las partes involucradas en la relación procesal.”⁶²⁴

Con relación al principio derecho a la seguridad jurídica el TC expone: “En el Expediente N.º 016-2002-A/TC, el Tribunal consideró que la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad.” (Exps. Acums. Ns 0001/0003-2003-A/TC, Fundamento Jurídico 3).

Dicho lo antes expuesto los cambios o reiteraciones de PV, pueden perjudicar o beneficiar y se pueden clasificar en:

6.1.- PV y líneas jurisprudenciales que modifican o cambian un PV o línea jurisprudencial anterior:

⁶²³ SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *El procedimiento preestablecido en la ley como variable del derecho constitucional al debido proceso*. En: García Belaunde, Domingo. (Director). Revista Peruana de Derecho Público. Año 1. Número 2. Enero - junio del año 2001. Págs. 73-74.

⁶²⁴ *Ibíd.* Pág. 75.

6.1.1.- Si se modifica un PV anterior se considera que se ha producido un *overruling*, no importa si lo hace a través de un PV implícito (si lo hace de esta manera se considera que la sentencia que deja sin efecto el anterior PV, también ostenta la calidad de PV, así no mencione textualmente que es un PV) o explícito.

6.1.2.- Si se modifica un criterio o línea jurisprudencial a través de un PV (Cfr. PV Huatuco Huatuco) y no hay PV anterior entonces se ha modificado la línea jurisprudencial, quedando vigentes las nuevas reglas del PV.

6.2.- PV y líneas jurisprudenciales que afianzan, amplían y/o reiteran un PV o línea jurisprudencial anterior:

6.2.1.- Si se afianza, amplía y/o reitera un PV anterior NO se considera que se ha producido un *overruling*, porque no hay revocación del PV. (El PV STC. Exp. N° 00001-2010-CC/TC, afianzó y ratificó el PV contenido en la STC. Exp. N° 05961-2009-PA/TC, sobre la prohibición de importación de vehículos usados).

6.2.2.- Si se afianza, amplía y/o reitera un criterio o línea jurisprudencial a través de un PV o de otra línea jurisprudencial (Cfr. En el PV STC. Exp. N° 0142-2011-PA/TC y lo expuesto últimamente en la STC. Exp. N° 8448-2013-PA/TC, referido a una demanda de amparo interpuesta contra las resoluciones del tribunal arbitral que declararon la caducidad del derecho de expropiación del Ministerio de Educación. De esta manera, el Máximo Intérprete de la Constitución sostuvo que, si bien los precedentes vinculantes emitidos en materia de amparo arbitral no son aplicables al caso en concreto, es necesario establecer la posibilidad de recurrir a dicho proceso constitucional cuando se expide una resolución arbitral que desconoce, incumple, desnaturaliza o inejecuta el laudo arbitral emitido.⁶²⁵

7.- Regla aplicable a la clasificación propuesta.

“Si las nuevas reglas producidas por el cambio, modificación, ampliación de un PV o línea jurisprudencial contienen beneficios, su aplicación deberá ser de manera inmediata, empero si la nueva interpretación impone cargas su aplicación deberá ser diferida.”

Sustento Constitucional de la regla propuesta: Derecho a que no se altere el procedimiento preestablecido por ley y el respeto al valor seguridad jurídica (Artículo 139° Inciso 3 de la Constitución), Principio Pro Homine y la progresividad de los derechos fundamentales, la predictibilidad de las decisiones.

La doctrina comulga con nuestras ideas y propone: “Los precedentes vinculantes constitucionales vigentes al momento de demandar, en la medida que integran el procedimiento preestablecido, deben mantenerse hasta el final

⁶²⁵ Vid. <http://laley.pe/not/2180/procedera-el-amparo-contra-resoluciones-arbitrales-en-fase-de-ejecucion>
Fecha de consulta 25/06/15.

del proceso; razón por la cual, resultará inaplicable cualquier modificación o cambio ulterior que implique una carga o gravamen procesal”.⁶²⁶

En consecuencia el nuevo PV contenido en al STC. Exp. N° 05057-2013-PA/TC. Caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco, debe aplicarse, sí, pero con efectos diferidos y no con efectos inmediatos, por los fundamentos antes expuesto nos adherimos al magno voto en discordia, proferido por el Dr. Blume Fortini, expone: “*La obligación del Tribunal Constitucional de respetar su propia jurisprudencia: la predictibilidad y la seguridad jurídica.*”

8.- Colofón.

8.1.- El PV tiene fuerza de ley, pero no tiene el rango de ley. Tiene fuerza de ley porque es oponible a todos con efectos *erga omnes* y con alcances generales.

8.2.- La aplicación inmediata del nuevo PV, si contiene cargas, vulnera el derecho constitucional al procedimiento preestablecido por ley y el derecho implícito -*Rectius*, valor- la seguridad jurídica, por lo tanto su aplicación debe hacerse a futuro, con efectos diferidos, a través del establecimiento de su efecto normativo con carácter de diferido (*Prospective Overruling* o cambio de línea jurisprudencial con efectos diferidos).

8.3.- El PV, siempre está ligado al caso que le dio origen, por lo tanto no es suficiente conocer sólo las reglas, para poder aplicar adecuadamente el PV, se deben conocer las reglas que le dieron origen.

⁶²⁶ VARGAS RUIZ, Luis. *La aplicación de los precedentes vinculantes del tribunal constitucional a los procesos en curso. análisis desde la seguridad jurídica.* Disponible en: <http://www.linaresabogados.com.pe/la-aplicacion-de-los-precedentes-vinculantes-del-tribunal/> Fecha de consulta 25/06/15.

SUB-CAPÍTULO VI.

**LA VULNERACIÓN DEL DERECHO
AL PROCEDIMIENTO
PREESTABLECIDO POR LA LEY Y
LA SEGURIDAD JURÍDICA POR
APLICACIÓN RETROACTIVA DEL
PRECEDENTE CONSTITUCIONAL
VINCULANTE.**

La vulneración del derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica por aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante.

“No hay peor inconstitucionalidad que la que comete un Tribunal Constitucional.”⁶²⁷

1.- Preliminares.

La institución del Precedente Constitucional Vinculante, es una variante de temprana data en nuestro ordenamiento jurídico, a comparación de sus pares el Precedente Judicial y Administrativo Vinculante, sin embargo de todas sus variantes, el PV es la tipología de precedente que más problemas nos ha ocasionado, a lo largo de nuestro trabajo se han expuesto y se ha dado respuesta a los múltiples problemas que se han suscitado, en torno al PV, sin embargo en este subcapítulo final vamos a dar solución y demostrar que la falta de reglas claras en torno a la aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante, que impone cargas, vulnera el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y el valor seguridad jurídica, tomando en cuenta en todo momento los objetivos que planteamos en nuestro trabajo: **Definir** si los nuevos precedentes constitucionales vinculantes que imponen cargas deben o no deben aplicarse a los procesos constitucionales en curso, **Estudiar** las vías por las que el Tribunal Constitucional Peruano, modifica los precedentes constitucionales vinculantes y los problemas jurisprudenciales que estos cambios producen⁶²⁸, **Demostrar**, luego de exponer los criterios dogmáticos y jurisprudenciales correspondientes, que la falta de reglas claras en torno a la aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante, que impone cargas, vulnera el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y el valor seguridad jurídica y **Realizar** una propuesta para colmar la laguna jurídica que contiene el Código Procesal Constitucional Peruano, al no establecer que los nuevos precedentes constitucionales vinculantes en ningún caso tendrán efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna.

“El hombre siempre ha pretendido conocer la mayor precisión posible qué acciones de otros hombres pueden interferir con él y qué acciones suyas pueden incidir en los otros. Esto deriva del hecho que una de las características de la condición humana es querer saber a qué atenerse en la relación con los demás, y requiere no solo “saber a qué atenerse sobre lo que debe ocurrir, sino necesita también saber que esto ocurrirá necesariamente; esto es, precisa de *certeza* sobre las relaciones sociales, pero además de la seguridad de que la regla se

⁶²⁷ RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *Reflexiones a propósito de la denominada “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional*. En: V congreso nacional de derecho procesal constitucional. A diez años de la vigencia del Código procesal constitucional. ADRUS D & L Editores SAC. Primera Edición Octubre 2014. Pág. 275.

⁶²⁸ Un propósito similar: “El objeto de este trabajo es estudiar las vías por las que el Tribunal Constitucional modifica su propia doctrina y los problemas jurisprudenciales que estos cambios producen.” *Vid.* FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Los overruling de la jurisprudencia constitucional*. En: Foro. Nueva época. Núm. 3/2006: 27-92. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/viewFile/FORO0606120027A/13645> (Fecha de consulta 26/01/18).

cumplirá, de que estará poderosamente garantizada”⁶²⁹. Uno de los empeños esenciales del hombre es, pues, tener seguridad.”⁶³⁰

2.- El derecho al procedimiento preestablecido por la ley.

El derecho al procedimiento preestablecido por la ley, es aquel derecho de configuración procesal, que tenemos todos los justiciables, a fin de que no se nos altere, los procedimientos, que se han establecido con anterioridad, es decir nuestras pretensiones deben discurrir por los causes que se han preestablecido con anterioridad, dicho derecho se encuentra previsto en el art. 139° Inciso 3 de la Constitución Política del Perú:

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia.

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

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 sea su denominación.

Con relación al Derecho al Debido Proceso: “Hay entonces una evidente relación de género especie. Mientras el debido proceso es el continente, el respeto al procedimiento preestablecido, es una de sus parcelas o espacios territoriales. Como tal, supone un contenido esencial mínimo, que, de modo preliminar puede graficarse en la simple necesidad de observar durante la secuela de todo proceso, sea o no judicial, sea o no contencioso, el conjunto de reglas básicas o esenciales establecidas imperativamente y de modo anticipado para que el mismo pueda cumplir su cometido. Tal observación, obviamente, atañe tanto los jugadores como las partes involucradas en la relación procesal.”⁶³¹

En otra definición el profesor Landa Arroyo: “**Proceso preestablecido por la ley**. Este derecho, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, garantiza que una persona sea juzgada bajo reglas procedimentales previamente establecidas. Pero ello no significa que tengan que respetarse todas y cada una de estas reglas pues, de ser así, bastaría un mínimo vicio en el proceso para que se produzca la violación de este derecho. De las reglas previamente determinadas derivan las exigencias de que una persona no pueda ser juzgada por reglas procesales dictadas en atención a determinados sujetos, ni el proceso pueda ser alterado cuando una norma que se aplicó es modificada con posterioridad. La aplicación inmediata de la ley, que supone la abrogación

⁶²⁹ RECASÉNS SICHES, Luis, *Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1945, p. 210. Citado por JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *La seguridad jurídica como un valor orientador del derecho*. En: JUS Doctrina & Práctica. Grijley. Mayo 5. 2007. Págs. 143-144.

⁶³⁰ JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *La seguridad jurídica como un valor orientador del derecho*. Ob. Cit. Págs. 143-144.

⁶³¹ Ibídem. Pág. 75.

de la ley anterior, lleva la convicción de que la nueva ley es mejor que la derogada. La fecha en la que se inicia el procedimiento constituye el momento que marca la legislación aplicable en el caso. Sin embargo, la retroactividad benigna de la ley penal, consagrada en el segundo párrafo del artículo 6 del Código Penal, es una excepción a esta regla, por la cual el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda conforme a la nueva ley, siempre que esta última resulte más favorable al condenado. Un importante procedimiento preestablecido por la ley se encuentra presente en el antejuicio de altos funcionarios, en el sentido de que ninguno de ellos puede ser investigado por el Ministerio Público por una presunta comisión delictiva, si previamente el Congreso no lo ha sometido a una acusación constitucional. Ello en base a lo dispuesto en los artículos 99 y 100 de la Constitución, 89 del Reglamento del Congreso de la República, y la Ley N° 27399. Los actos llevados a cabo al margen de estas disposiciones resultan nulos.”⁶³²

Con relación a la constitucionalidad de las reglas establecidas en las leyes: “El procedimiento legalmente establecido no encuentra su situación más dramática en los casos en los que una de sus previsiones lesiona un derecho fundamental procesal, sino en dos situaciones concretas que desafían fuertemente a todo el sistema procesal diseñado sobre la base de considerar que el legislador prevé todos los procesos: (i) cuando el diseño del legislador no es adecuado para la efectiva protección de un derecho y (ii) cuando el legislador no ha regulado un proceso para la tutela de un derecho.”⁶³³

Finalmente “La *predeterminación legal del procedimiento* no es un fin en sí misma, sino el medio para poder alcanzar el respeto de las garantías constitucionales del proceso. Si esa predeterminación legal falla, existen otras formas de poder lograr el respeto de las garantías constitucionales de las partes, y es el Juez el llamado a hacerlo. Jamás debe admitirse la lesión de las garantías constitucionales de las partes en el proceso, bajo la alegación de que se está siguiendo con el procedimiento preestablecido.”⁶³⁴

Al respecto debemos citar el FJ 9 contenido en la STC. Exp. N° 2196-2002-HC/TC. Carlos Saldaña Saldaña.

9. En el caso de las normas de ejecución penal, específicamente en lo que a la aplicación de determinados beneficios penitenciarios se refiere, resulta ejemplar la Ley N.º 27770 (que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública), que, a juicio de este Tribunal, por no tratarse de una ley penal material, sus disposiciones deben

⁶³² LANDA ARROYO, César. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Colección Cuadernos de Análisis de la Jurisprudencia. Volumen 1. Academia de la Magistratura. Primera edición. Lima - Perú. Diciembre 2012. Pág. 27.

⁶³³ PRIORI POSADA, Giovanni. *El procedimiento preestablecido en la ley: la crisis de una garantía procesal y su rediseño en el Estado constitucional*. En: Priori Posada, Giovanni (coordinador). *Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución*. Lima: Palestra Editores. 2013. Pág. 591.

⁶³⁴ *Ibíd.* Pág. 592.

considerarse como normas procedimentales, por cuanto a través de ellas se establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados.

En suma, el problema de la ley aplicable en el tiempo en normas como la Ley N.º 27770 ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum*, **pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley**, proclamado en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución, que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, como la de solicitar un beneficio penitenciario, no debe aplicarse. (Resaltados nuestros).

“Esto quiere decir que, mientras a los actos procesales se aplican las nuevas normas jurídicas (...), se debe mantener, sin embargo, la estructura esencial del procedimiento establecido en las normas legales vigentes cuando dicho procedimiento fue iniciado, pues es preciso obedecer la norma de que todos estén sometidos a procedimientos previamente establecidos.”⁶³⁵

En sentido similar el FJ 3 de la STC. Exp. N° 2928-2002-HC/TC. Caso Víctor Raúl Martínez Candela. Sobre el derecho al Procedimiento preestablecido por la ley, expone:

3.- Por otro lado, tampoco hay vulneración de derecho constitucional alguno por el hecho de que la investigación ante el Ministerio Público se haya extendido más allá del plazo señalado en su Reglamento correspondiente. Si el Tribunal Constitucional admitiera la tesis sostenida por el recurrente, podría darse el supuesto, a todas luces irrazonable, de que, además del plazo de prescripción previsto por la ley penal para cada uno de los delitos, a ello pueda añadirse uno nuevo, derivado o a consecuencia de que un procedimiento de investigación ante el Ministerio Público no se haya realizado dentro del plazo estipulado en su Reglamento. A lo más, dicha infracción reglamentaria generaría un tema de responsabilidad administrativa del funcionario transgresor, pero no una violación de derecho constitucional.

Por lo demás, este Tribunal debe recordar que el derecho al procedimiento preestablecido por la ley no protege al sometido a un procedimiento por cualquier transgresión de ese procedimiento, sino sólo vela porque las normas de procedimiento con las que se inició su investigación, no sean alteradas o modificadas con posterioridad. (Resaltados nuestros).

⁶³⁵ RUBIO CORREA, Marcial. *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera reimprisión. Mayo 2008. Pág. 85.

En sentido similar los FJ. 45 y 46 de la STC. Exp. N° 1805-2005-HC/TC.⁶³⁶ Caso Máximo Cáceda Pedemonte. Sobre el derecho al Procedimiento preestablecido por la ley, expone:

45. Sobre el particular, este Colegiado ha sostenido que “[e]l derecho al procedimiento preestablecido en la ley no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulan el procedimiento, sea éste administrativo o jurisdiccional, sino que las normas con las que se inició un determinado procedimiento *“no sean alteradas o modificadas con posterioridad”*. [STC 2196-2002-HC/TC, Caso Saldaña Saldaña.] *Es decir, que iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba, no debe ser la inmediatamente aplicable al caso, pues el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución garantiza que “nadie puede ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos”*.”

46. En el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolver. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior. (Resaltados nuestros).

Al respecto la doctrina expone: “Es evidente que falta un argumento a la sentencia del Tribunal Constitucional y este no puede ser otro que el siguiente: las normas procesales son de aplicación inmediata siempre que no se altere *sustancialmente* el procedimiento predeterminado.”⁶³⁷

“Las reglas retroactivas permitidas que se aplican dentro del derecho adjetivo son aquellas que no modifican la esencia del procedimiento, es decir, aquellas que no modifican o que puedan llegar a extinguir la parte medular del procedimiento, como en el caso de que se pretenda aplicar la retroacción con el objeto de introducir hechos procesales que ocurrieron antes de la entrada en vigor de una nueva ley.”⁶³⁸

Finalmente: “De plano, hay que decir que si ya es discutible que el TC pueda establecer como “precedente” (a la sazón vinculante) algo que no

⁶³⁶ Esta sentencia con calidad de DJV, contiene lineamientos sobre la prescripción de la acción penal: [La prescripción] “no se trata de una renuncia libre o de un acto puramente discrecional. Es más bien un instituto regulado por el ordenamiento jurídico que prevé la imposibilidad de dictar una sentencia si es que se va más allá de los plazos previstos por las normas jurídicas. Se alude en este ámbito a la obligación de respetar el principio de proporcionalidad en la vertiente del subprincipio de necesidad en la medida que sería ilegítimo no prescindir de la persecución penal cuando por el lapso del tiempo decae la necesidad social de castigo.” Vid. CASTILLO ALVA, José Luis. *La prescripción de la persecución penal. Comentario a propósito de la sentencia del Exp. 1805-2005-PHC/TC*. En: Castañeda Otsu, Susana. (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador). *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Editora jurídica Grijley 2010. Primera Edición. Pág. 644.

⁶³⁷ RUBIO CORREA, Marcial. *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Ob. Cit. Pág. 88.

⁶³⁸ Capítulo III: “El principio de la irretroactividad constitucional” Pág. 18. Disponible en: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lfis/acosta_o_v/capitulo3.pdf (Fecha de consulta 24/04/19).

constituye la *ratio decidendi* de la sentencia del caso concreto, al igual que si estuvieran contenidas en una ley, puedan “vincular” a los jueces de la República. Los jueces en el Perú (no lo digo yo) están solo “sometidos” a la Constitución y a la ley (inc. 1° del art. 146 de la Const.), y en materia procesal lo están más aún, pues a estar el inequívoco texto del inc. 3 del art. 139 de la Const., constituye un derecho de todos el de no ser sometidos a procedimientos distintos de los previamente establecidos (se entiende) en la ley⁶³⁹, por lo que, cualquier “regla procesal” solo puede ser establecida o (o se me disculpe lo obvio) por Ley del Congreso de la República (depositario constitucional del poder legislativo) o por el Decreto Legislativo del Ejecutivo cuando así se le delegue (por Ley) el propio Congreso, y no ciertamente por sentencia del TC, menos que nunca, emitida en función de juez “de instancia” (sobre que pueda hacerlo en una “italianísima” sentencia “manipulativa” de inconstitucionalidad de una ley procesal, es otro cantar⁶⁴⁰).”

“Quede claro, sin embargo, que amén de considerar que la “idea” tras las “reglas procesales” sancionadas por el TC es buena (más bien excelente), el Tribunal Constitucional, al igual que cualquier juez de la República, está sujeto al *dictum* de la Constitución que asegura a todos aquellos (peruano y no) que por ventura se ven involucrados en un proceso en el Perú, el de *no ser sometidos a procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley*.”⁶⁴¹

3.- El valor seguridad jurídica.

Para comenzar debemos mencionar que durante nuestra investigación al realizar las consultas respectivas en la bibliografía especializada hemos encontrado diferentes denominaciones para hacer referencia a la institución de la Seguridad Jurídica, algunas veces se hace alusión como derecho, otras veces se hace referencia como un principio y en otras ocasiones se le trata como un valor.

Para tomar posición, nosotros la concebimos -a la *seguridad jurídica*- como un valor, lo cual implica que -los valores- son una aspiración, una meta, un

⁶³⁹ [4] Tanto se entiende que el CPConst, en su art. 4 al establecer el qué se entiende por “tutela judicial efectiva” señala que comprende (también) el de no ser “sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley”. *Ergo*, en nuestro sistema jurídico, según la propia Constitución, en materia de “procedimientos”, al igual que en materia penal (lit. d), del inc. 24 del art. 2° Const.) y tributaria (art. 74 Const.), rige la garantía de la *estricta legalidad*. Citado por ARIANO DEHO, Eugenia. ¿Principio de “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional?: algunas glosas a la sentencia del “Caso Anicama”. En: *In limine litis*. Estudios críticos de derecho procesal civil. Instituto Pacífico. Primera Edición. Mayo 2016. Pág. 44.

⁶⁴⁰ [5] Quizá sea interesante (e ilustrativo) recordar que el Parlamento italiano frente a las continuas sentencias “manipulativas” de la Corte Constitucional italiana que en sustancia “demolieron” el aparato acusatorio implementado por el CPP italiano de 1988, reaccionó modificando el art. 111 de la Constitución, estableciendo, por un lado, que la disciplina del debido proceso “está regulada por la ley” y, por el otro, que “el proceso penal está regulado por el principio del contradictorio en la formación de la prueba (...)” Citado por ARIANO DEHO, Eugenia. ¿Principio de “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional?: algunas glosas a la sentencia del “Caso Anicama”. En: *In limine litis*. Estudios críticos de derecho procesal civil. Instituto Pacífico. Primera Edición. Mayo 2016. Pág. 44.

⁶⁴¹ ARIANO DEHO, Eugenia. ¿Principio de “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional?: algunas glosas a la sentencia del “Caso Anicama”. En: *In limine litis*. Estudios críticos de derecho procesal civil. Instituto Pacífico. Primera Edición. Mayo 2016. Pág. 45.

objetivo, un deseo del sistema jurídico, que para este caso implica que el ordenamiento jurídico tiene como objetivo ser seguro, en puridad brindar seguridad jurídica, es un deseo que muchas veces se queda en el “*deber ser*” y no en “*el ser*”.

En consecuencia la seguridad jurídica, al igual que la Justicia⁶⁴² y el Bien Común⁶⁴³, por poner algunos ejemplos de los valores, es un valor implícito que subyace implícito en el art. 139° Inciso 3 de nuestra constitución que busca brindar predictibilidad y confianza en reglas que integran el ordenamiento jurídico.

Con relación a la justicia la doctrina expone: “Si la justicia tiene que ver con dar a cada uno quien lo suyo, lo primero que es suyo de la persona humana es el respeto de su dignidad y, consecuentemente, el respeto de sus derechos fundamentales. No habrá un procesamiento, en particular, no habrá una solución justa, si través del procesamiento o través de la formulación de una concreta solución se ha vulnerado algún derecho fundamental de la persona, sea cual fuese su contenido. Y es que las garantías formales y materiales del debido proceso “en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentra inmersa una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que él puedan encontrarse comprendidos”⁶⁴⁴. De forma tal que cuando en un proceso judicial se vulnere un derecho fundamental, cualquiera que fuese este, se vulnerará a la vez el derecho al debido proceso en su dimensión material⁶⁴⁵. Esto no quiere decir que todos los

⁶⁴² “La justicia se realiza por el reparto de todos los objetivos dignos del mismo entre todos y cada uno de los hombres, por repartidores autorizados según criterios determinados y con arreglo a ciertas formas. Esta definición de cómo se lleva a cabo la justicia dentro de la órbita de la Ciencia jurídica [En el curso de la investigación se pondrá de relieve que tanto repartidores como beneficiarios no han de ser necesariamente seres humanos (...)], vuelca en imitación del modelo de la justicia divina, el acento sobre el hecho de que se trata del reparto de todos los objetos dignos del mismo entre todos los hombres y no sólo el enjuiciamiento de un acto aislado del reparto.” Vid. GOLDSCHMIDT, Werner. *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*. Editorial Aguilar. Madrid. 1958. Pág. 9.

“La justicia impone el respeto al otro; la justicia es un valor moral que tiene por objeto la relación del hombre con los demás hombres. También cuando nos exhorta a dar a cada uno lo suyo lo hace por reconocer el valor propio de cada hombre. En la obligación de la justicia se expresa el hecho del valor propio del prójimo. Aquí se plantea pues la cuestión de dónde o en qué reside el valor del hombre.” Vid. COING, Helmut. *Fundamentos de filosofía del derecho*. Ediciones Ariel S.A. Barcelona. 1961. Pág. 143.

⁶⁴³ Con relación al valor Bien Común, se encuentra mencionado en el Artículo 70° de la Constitución: **Inviolabilidad del derecho de propiedad.** *El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley.* (Resaltados nuestros).

“El concepto de bien común tiene su origen en encíclicas papales de inicios del siglo pasado. Es el bien general, el bien de todos. Es aquello que beneficia a la generalidad de las personas, a diferencia del interés social que responde a la conveniencia de un determinado sector social. Por esto el concepto del interés social se incluyó para los efectos de la reforma agraria. Se trataba de favorecer a los campesinos que no eran propietarios de tierras.” Vid. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Comentarios al artículo 70° de la Constitución Política del Perú*. En: *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Diciembre 2005. Pág. 921.

⁶⁴⁴ STC. Exp. N° 10490-2006-PA/TC, f.j. 2. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Artículo 139° Inciso 3 de la Constitución*. En: Gutiérrez, Walter. *La constitución comentada*. Tomo III. Análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica. Segunda Edición Enero 2013. Pág. 67.

⁶⁴⁵ Es en este marco que se de interpretar la afirmación del Tribunal Constitucional en la que manifestó que “la irregularidad de una resolución judicial, con relevancia constitucional, se produce cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental, y no sólo en relación con los contemplados en el

derechos fundamentales conforman la parte sustantiva del derecho fundamental al debido proceso. Lo único que significa es que cuando en el seno de un proceso se vulnera cualquier derecho fundamental no procedimental, se está vulnerando a la vez el debido proceso en su parte sustantiva al vulnerarse la exigencia de justicia que va ínsita a ella.”⁶⁴⁶

Como ya lo habíamos mencionado líneas arriba, expusimos que la Seguridad Jurídica, es un valor implícito y no en puridad un nuevo derecho⁶⁴⁷, por cuanto que para hacer las distinciones correspondientes, debemos precisar que los Derechos Implícitos se desprenden o se deducen de un artículo, que está inserto en la Constitución, en cambio los nuevos derechos no se desprenden de ningún artículo positivizado, sino que son ‘creaciones’, *rectius*, reconocimientos, porque los derechos, al menos en un estado democrático, no se otorgan -como sí ocurre en los estados totalitarios⁶⁴⁸- se reconocen, que se desprenden del

artículo 4 del Código Procesal Constitucional”. STC. Exp. N° 3179-2004-PA/TC, f.j. 20, en esta sentencia el Tribunal Constitucional formula una justificación no del todo correcta, como lo tengo argumentado en “Amparo contra resoluciones judiciales: recordatorio de un viejo criterio jurisprudencial”. En diálogo con la Jurisprudencia, Tomo 99, diciembre 2006, pp. 55-73. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Artículo 139° Inciso 3 de la Constitución*. En: Gutiérrez, Walter. *La constitución comentada*. Tomo III. Análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica. Segunda Edición Enero 2013. Pág. 67.

⁶⁴⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Artículo 139° Inciso 3 de la Constitución*. En: Gutiérrez, Walter. *La constitución comentada*. Tomo III. Análisis artículo por artículo. Ob. Cit. Pág. 67.

⁶⁴⁷ Los nuevos derechos reconocidos por el TC son: STC. Exp. N° 2488-2002-HC/TC. Caso Genaro Villegas Namuche. Nuevo Derecho: Derecho a la Verdad. STC. Exp. N° 0895-2001-AA/TC. Caso Lucio Valentín Rosado Adanaque. Nuevo derecho: Objeción de conciencia. STC. Exp. N° 02432-2007-PHC/TC. Caso Rolando Apaza Chuquitarqui. Nuevo derecho: Derecho al reconocimiento y tutela de las personas jurídicas. STC. Exp. N° 1918-2002-HC/TC. Caso Alfonso Salazar Montalván. Nuevo derecho: Prohibición de la *reformatio in peius*. STC. Exp. N° 00010-2001-AI/TC. Caso Defensoría del pueblo. Nuevo derecho: Acceso a la justicia. STC. Exp. N° 0007-2006-PI/TC. Caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari. Nuevo derecho: Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. STC. Exp. N° 1808-2003-HC/TC. Caso León Domínguez Tumbay. Nuevo derecho: Derecho a interrogar testigos. STC. Exp. N° 05496-2011-PA/TC. Caso Agustín Llantoy Palomino. Sobre la homogeneidad de los actos lesivos homogéneos.

Antaño eran reconocidos como nuevos derechos las STC. Exp. N° 6546-2006-PA/TC. Caso César Augusto Zuñiga López. Nuevo Derecho al agua y STC. Exp. N° 06534-2006-PA/TC. Caso Santos Eresminda Távara Ceferino. Nuevo Derecho al agua potable. Sin embargo mediante Ley N° 30588, se incorporó el **Artículo 7-A**. De la Constitución Política del Perú, el cual estipula: *El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos. El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible.*

⁶⁴⁸ “Merece atención más minuciosa la apelación a una (nueva) “idea del Derecho” para la justificación de aquellas interpretaciones que se apartaban de la ley o de la jurisprudencia anterior. Se presupone una tensión permanente entre dos elementos jurídicos básicos, jerarquizados de determinada manera. Por un lado, la suma de las normas legales por el Estado promulgadas, el derecho “escrito”. Por otro lado, existiría una capital idea del derecho, de carácter a la vez prepositivo y suprapositivo, *anterior* a toda ley estatal y jerárquicamente superior a ella. Esa idea del derecho encarna la verdadera finalidad de todo derecho, el ideal jurídico que preside cualquier idea de justicia. Por relación a esa idea debe medirse cualquier norma y mediante esa idea puede también cualquier norma ser corregida, en caso de conflicto.

A partir del 30 de enero de 1933, fecha de la toma del poder, hubo un aluvión de literatura jurídica dedicada a la nueva idea nacionalsocialista del derecho [Véase RÜTHERS, 1973: 117 ss., con referencias adicionales.].” *Vid. RÜTHERS, Bernd. Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el tercer reich.* Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales. S.A. Madrid. 2016. Pág. 56.

principio-derecho a la dignidad humana, la soberanía popular, de los artículos 3° y 43° de la Constitución.

Al respecto con relación a los nuevos derechos, la doctrina expone: “De ahí que el proceso de “identificación” y reconocimiento de “nuevos” derechos constitucionales a partir del principio de dignidad, no solo debe tener como norte el rescate de determinados ámbitos de libertad del sujeto individual sino, incluso, en cuanto miembro y partícipe de un complejo de relaciones sociales.

Por lo que se refiere a la soberanía del pueblo como principio generador de nuevos derechos, hay que decir que desde los orígenes del constitucionalismo moderno se ha concebido que el Estado es un ente artificial, creado por el hombre, cuyo objeto es que se garanticen sus derechos innatos a su condición de ser humano. Tal doctrina partía de un postulado elemental: a diferencia de lo que sucedía en el antiguo régimen, en el Estado de Derecho el origen del poder se encuentra en el pueblo, y no en una persona (el Rey), o en un ser trascendente, siendo aquel, por tanto, el titular de la soberanía, esto es, el origen y fundamento del poder estatal.

Desde este punto de vista, si el pueblo es el soberano, y el Estado un ente creado para proteger los atributos del titular de la soberanía, quiere ello decir que las relaciones entre individuo y Estado se despliegan bajo lo que Fioravanti⁶⁴⁹ ha denominado el principio de presunción fundamental de libertad, es decir, un régimen en el que las libertades son, en principio, potencialmente indefinidas, de modo que cualquier intervención estatal en el seno de estos ha de provenir de una ley y ha de encontrarse suficientemente justificada.

Pero la posibilidad de derivar nuevos derechos del principio de soberanía del pueblo también tiene que ver, y acaso de forma primera, con el proceso de formación de la voluntad política estatal, ya sea a través de los mecanismos de la democracia representativa, como a su turno a través de instrumentos de la democracia directa. En este sentido, con la invocación al principio de soberanía del pueblo como fuente material de nuevos derechos, el operador jurídico podría prestar cobertura constitucional a determinadas instituciones de democracia directa o representativa, no prevista textualmente en la Constitución de 1993, en el entendido que se tratan de expresiones del ejercicio de los derechos del pueblo como titular de la soberanía.”⁶⁵⁰

Con relación al concepto de derechos implícitos la doctrina expone: “Derechos Implícitos: (...) nuestra Constitución siguiendo la pauta formulada por los constituyentes del texto de 1979, expone que la enumeración de los derechos planteada en su Título I, Capítulo I no excluye a los demás que ella también garantiza en otros apartados de sus texto, ni otros de naturaleza análoga o que

⁶⁴⁹ [15] FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Trotta, Madrid, 1998. p. 40. Citado por CARPIO MARCOS, Edgar. *Los derechos no enumerados. Comentarios al artículo 3° de la constitución*. En: Gutiérrez, Walter. (Director). *La constitución comentada*. Tomo I. Análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica S.A. Segunda Edición. Enero 2013. Pág. 491.

⁶⁵⁰ CARPIO MARCOS, Edgar. *Los derechos no enumerados. Comentarios al artículo 3° de la constitución*. Ob. Cit. Págs. 491-492.

funden en la dignidad del hombre, o en los principios derivados de su fórmula política-social.”⁶⁵¹

3.1.- Concepto de Seguridad Jurídica.

“La seguridad jurídica viene a ser una especie del género seguridad, y se entiende como la seguridad proporcionada por el Derecho (entendiendo Derecho como orden jurídico), lo cual implica la afirmación del ordenamiento aun contra los intereses individuales.

Una sociedad organizada requiere de un grado mínimo de predictibilidad entre sus unidades sociales respecto de lo que cada una puede esperar de las otras, es decir, para que el orden de una sociedad civil pueda subsistir es indispensable que existan patrones de comportamiento debidamente previsibles. La predictibilidad, en esta medida, es el eje de la seguridad.

El Derecho es así una disciplina regulatoria de la convivencia humana. La seguridad jurídica afirma la certeza y la permanencia de las situaciones jurídicas dentro de un ordenamiento jurídico establecido. La legalidad es el arma de la seguridad jurídica (en otras palabras, para qué la legalidad si no es para brindar seguridad jurídica), pero tenemos que extender a la legalidad inmersa en un contexto de legitimidad, ya que sin esta carece de sentido, es como un cuerpo sin alma, vacío, inútil, y por tanto incapaz de proporcionar seguridad jurídica. La legitimidad está íntimamente relacionada con la validez social de la norma, fundamento necesario (...) de la legalidad, orientado a valores socialmente aceptados (como la justicia), sin el cual la norma jurídica carece de seguridad (la injusticia acarrea inseguridad). Entonces la certeza y la seguridad, aunque constituyen una finalidad para el Derecho (hay autores como Recaséns Siches para los que la seguridad es el sentido formal de la función del Derecho), no son suficientes, puesto que las normas que las proporcionan deben ser justas.”⁶⁵²

“La seguridad jurídica es el aspecto filosófico de la legalidad. Es la que da coherencia y capacidad moral de coerción a la norma jurídica. Por ello, resulta necesario entender que no es la norma jurídica la que proporciona o resta seguridad jurídica a la sociedad sino el ordenamiento como tal. La norma jurídica no puede apreciarse en forma aislada, sino en su participación organizada en su conjunto. La organización de las normas jurídicas en una totalidad y su funcionamiento efectivo configuran el orden jurídico.”⁶⁵³

“Seguridad Jurídica. [Es la] Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda

⁶⁵¹ GARCÍA TOMA, Víctor. *Derechos Fundamentales*. Editorial Adrus. Segunda Edición. Abril 2013. Pág. 60.

⁶⁵² JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *La seguridad jurídica como un valor orientador del derecho*. Pág. 144.

⁶⁵³ *Ibídem*. Pág. 145.

causarles perjuicio. A su vez, la *seguridad* limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos. Como es lógico, la *seguridad jurídica* sólo se logra en los *Estados de Derecho* (v.), porque, en los de régimen autocrático y totalitario, las personas están siempre sometidas a la arbitrariedad de quienes detentan el poder.”⁶⁵⁴

Al respecto el profesor Zaffaroni expone: “La seguridad jurídica es un concepto complejo. El efectivo aseguramiento de los bienes jurídicos es su aspecto objetivo, pero para la seguridad jurídica no basta con que se pueda disponer efectivamente, sino que también se requiere tener la certeza de esa posibilidad de disposición, lo que configura el aspecto subjetivo de la seguridad jurídica, o sea, el *sentimiento de seguridad jurídica* (erróneamente a veces se llama a esto “prevención general”).”⁶⁵⁵

Para una definición jurisprudencial de seguridad jurídica con calidad de principio, el TC ha expuesto en los FJ. 2, 3 y 4 de la STC. Exp. N° 0016-2002-A/TC. Caso Colegio de Notarios de Junín.

La seguridad jurídica como principio constitucional.

2. En primer término, y dado que a diferencia de otras constituciones comparadas, nuestra Norma Fundamental no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como un principio constitucional, es menester que este Tribunal determine si el principio aludido es uno de rango constitucional, y, por ende, si es susceptible de alegarse como afectado a efectos de determinarse la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley o parte de ésta.

3. 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. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la “predecible” reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal.

4. Así pues, como se ha dicho, la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la

⁶⁵⁴ OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta. 2010. Pág. 906.

⁶⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Ediciones Jurídicas. Diciembre 2011. Pág. 75.

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

En la misma línea se puede consultar el FJ. 3 de la STC. Exp. N° 0001-0003-2003-A/TC. Caso Colegios de notarios de los distritos notariales de Lima, Callao y Arequipa.

3. En el Expediente N.º 016-2002-A/TC, el Tribunal consideró que la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad.

3.2.- Seguridad jurídica como valor y no como derechos o principios.

Nuestra posición radica en fundamentar que la Seguridad Jurídica, es un valor y no es un principio o derecho, al respecto la doctrina especializada expone: “Cuando se hace normalmente una reflexión sobre la seguridad se suele plantear partiendo de ella una fundamentación del poder. El caso más claro en la historia de la cultura jurídica y política moderna es Hobbes⁶⁵⁶. Sin embargo, me parece que la seguridad es, además, un valor fundamentador de los derechos aunque, en el autor de *Leviatán*, no esté explícita, sino al contrario, esta virtualidad, si no es por el marcado carácter individualista de su pensamiento.”⁶⁵⁷

“A las normas que regulan las relaciones dinámicas entre las demás normas del sistema, en relación con su nacimiento, con su forma, con su derogación o que garantizan en lo posible una interpretación previsible en los

⁶⁵⁶ Vid especialmente *Leviatán* (edición de C. Moya y A. Escohotado), Madrid, Editora Nacional 1980 (...). Citado por PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales I. Teoría General*. Editorial Eudema (Ediciones de la Universidad Complutense S.A.). 1991. Pág. 208.

⁶⁵⁷ PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales I. Teoría General*. Ob. Cit. Pág. 208.

casos difíciles, evitando la *aequitas cerebrina* del juez, o que, por fin, garantizan la eficacia de derechos o protegen intereses o situaciones en las relaciones entre particulares, las podemos situar en este grupo. (...) la seguridad jurídica la producía el derecho, al regular con sus normas la realidad del poder, era una seguridad a través del Derecho; en este caso se puede hablar de seguridad en el Derecho, en el sistema jurídico, considerando en sí mismo, desde el punto de vista interno. La seguridad a través del Derecho pretende protegernos de los maleficios del poder, la seguridad en el Derecho segrega mecanismos jurídicos que pretenden vacunarnos frente a los maleficios del propio Derecho.

Desde el punto de vista que nos interesa, es decir, considerando a la seguridad como **valor** fundamentador de los derechos humanos, podemos hablar aquí también de un derecho fundamental a la seguridad jurídica, entendido como el derecho a gozar y beneficiarse de las dimensiones objetivas, de esta seguridad jurídica en relación con el mismo Derecho, que no será, así, sólo un deber de los poderes públicos, sino también un derecho de los ciudadanos y de los grupos en que éste se integra. (Resaltados nuestros)

Esta seguridad jurídica puede abarcar al conjunto del sistema, ser una seguridad a través de normas aplicables a todo el ordenamiento o puede referirse solamente a una parte del mismo, a un subsistema, y así estaríamos ante la seguridad jurídica en el Derecho público, en el Derecho Privado, o incluso en ramas de éstos, como el Derecho civil, el constitucional o el administrativo.”⁶⁵⁸

3.3.- Factores que causan Inseguridad Jurídica.

Al respecto Malem Seña expone: “Los factores que inciden en la mengua de la seguridad jurídica pueden tener su causa en una deficiente estructura del orden jurídico vigente, en su inadecuado funcionamiento, en desequilibrios existentes del orden social o en inapropiados juicios de previsibilidad. Desde un punto de vista clásico o rutinario, se ha prestado más atención a los dos primeros aspectos por sobre los restantes como elementos debilitadores de la seguridad jurídica (...)”

Un primer aspecto distorsionador para la seguridad jurídica lo constituye el aumento desbocado de la legislación⁶⁵⁹. En efecto, no existe prácticamente ningún ámbito de acción humana libre de alguna regulación legal. Los legisladores, a despecho de su competencia y jerarquía, manifiestan una voracidad por normar fuera de cualquier control.”⁶⁶⁰

Continúa el citado autor: “Desde el punto de vista político, por otra parte, determinadas incertidumbres causadas por una estructura del derecho deficiente se producen, como ya se ha mencionado, debido a la impericia, al descuido o a

⁶⁵⁸ PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales I. Teoría General*. Ob. Cit. Págs. 214-215.

⁶⁵⁹ [19] Me aprovecho aquí, obviamente, del título del libro de García de Enterría, 1999. Citado por MALEM SEÑA, Jorge F. *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales. S.A. Madrid. 2017. Pág. 67.

⁶⁶⁰ MALEM SEÑA, Jorge F. *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*. Ob. Cit. Pág. 67.

la desgana del legislador. Sin embargo, en ocasiones es el legislador quien, de un modo consciente, deja sin resolver aspectos de la vida social sobre los cuales debería expedirse.”⁶⁶¹

Ya se expuso que el creciente aumento desbocado de la legislación es uno de los factores que resquebraja la seguridad jurídica, sin embargo, creemos no se puede confeccionar un recetario acabado de los factores que nos insumen en la inseguridad jurídica, lo que podemos proponer son los factores principales al respecto: “Desde una perspectiva objetiva-funcional hay que considerar diversos factores que también colisionan con la seguridad jurídica. El primero es la ineficacia de las normas. Una norma es ineficaz cuando no es obedecida y los órganos encargados de velar por su cumplimiento no aplican la sanción establecida. Una norma ineficaz solo puede desarrollar, si acaso, funciones meramente simbólicas.”⁶⁶²

Otro factor que ocasiona inseguridad jurídica la actuación de la Administración Pública: “En ocasiones, además y siempre desde la perspectiva de cómo de vería funcionar el derecho, un ciudadano ve afectadas sus pretensiones cuando la administración, al final de un procedimiento, **cambia el criterio mantenido hasta entonces**. La administración manifiesta así una posición errática, a veces irreflexiva o incluso arbitraria, violando el principio de confianza legítima. “En los casos que existe una confianza legítima en el final de procedimiento cuando este ha sido tramitado y sostenido por una determinada regulación jurídica, no puede invocarse un cambio de criterio de la Administración Pública competente para afectar al particular mediante una alteración del proyectado acto administrativo final, puesto que tal principio de confianza es una nueva técnica de protección frente a las situaciones administrativas consolidadas por lo particulares”⁶⁶³. Esto afecta, naturalmente el principio de irretroactividad de las leyes, y “afecta a la seguridad jurídica de las normas que el ciudadano cree le gobiernan, las cuales son a menudo (por virtud del impresionante aluvión normativo) distintas de aquellas por las que confiaba estar regido.”⁶⁶⁴ (Resaltados nuestros).

Con relación a las decisiones judiciales Malem Seña, expone: “(...) para asegurar una cierta uniformidad en las decisiones judiciales que incremente la previsibilidad sobre sus sentencias se han establecido mecanismos tales como el de la “unificación de doctrina”; o para garantizar una mayor estabilidad política o económica, los organismos internacionales demandan a las fuerzas políticas de los Estados nacionales consenso sobre determinadas materias que aseguren una posición invariable sin importar quien gobierne. **La estabilidad y la uniformidad en la actuación de todos los organismos del Estado, en un contexto de eficacia legal, parecen ser condiciones necesarias para la seguridad jurídica.**

⁶⁶¹ Ibídem. Pág. 70.

⁶⁶² Ibídem. Pág. 71.

⁶⁶³ [34] Véase PALMA FERNÁNDEZ, 1997: 39. Citado por MALEM SEÑA, Jorge F. *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*. Ob. Cit. Pág. 72.

⁶⁶⁴ [35] Ibid.: 40. Citado por MALEM SEÑA, Jorge F. *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*. Ob. Cit. Pág. 72.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica en sentido subjetivo, esto es, como la posibilidad de formular predicciones exitosas, o con mayores probabilidades de éxito, acerca de cómo serán las decisiones de los organismos estatales, una primera cuestión consiste en determinar quién es el agente a tomar en consideración en la tarea de predecir. La idea de seguridad jurídica entraña una visión general desde el punto de vista de aquellos que pueden formular juicios al respecto. Hay que distinguir, por ejemplo, la posición de un agente determinado que, por razones empíricas, está en mejores condiciones que otros para formular predicciones, de aquella que tiene un ciudadano común.”⁶⁶⁵ (Resaltados nuestros).

Otro factor que se puede agregar es el apartamiento inmotivado del PV, al respecto la doctrina nacional expone: “Resulta incluso de especial pronunciamiento la resistencia de las autoridades al cumplimiento del mandato vinculante que se deriva la sentencia constitucional. Si bien la existencia de conflictos no es, *per se*, nocivo para el orden constitucional; por el contrario en algunos casos es hasta necesario en la medida que es propio de todo sistema democrático; más bien el no-conflicto, es propio de las dictaduras. Pero es verdad que cuando estos conflictos son anómicos, es decir, rechazan la unidad constitucional, entonces la seguridad jurídica se convierte en incertidumbre⁶⁶⁶. Esto ocurre, qué duda cabe, si los poderes públicos pretendieran desconocer los fallos del Tribunal Constitucional⁶⁶⁷; afectando con ello, su triple identidad: fuerza de ley, cosa juzgada y efecto vinculante para terceros (artículo 103º y 204º de la Constitución).”⁶⁶⁸

Otro factor que se detectó durante los inicios de la vida institucional del TC, bajo la vigencia del CPCConst., es sobre la cantidad de votos que se requerían para expedir PV, en un inicio en determinados PV, se ha detectado que una sala del TC, conformada por tres magistrados, podía emitir PV, posteriormente la práctica, porque no estaba regulado en ningún cuerpo normativo, imponía que se expida PV, con cinco votos conformes, sin embargo actualmente mediante

⁶⁶⁵ *Ibíd.* Págs. 73-74.

⁶⁶⁶ [5] Landa, César. “Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional”. En *Constitución y Fuentes del Derecho*. Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 313-315. Citado por CANALES CAMA, Carolina. *Eficacia y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional*. En: Eto Cruz, Gerardo (Coordinador). *La sentencia Constitucional en el Perú*. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2010. Lima 2010. Págs. 124-125.

⁶⁶⁷ [6] Podemos referir la situación derivada del control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones. Nadie duda de la necesidad de preservar la seguridad jurídica del proceso electoral, pero no es constitucionalmente válido pretender ello a costa de la desprotección de los derechos fundamentales. Siendo importante destacar que desde 1996 el Tribunal Constitucional ha resuelto 39 mil 109 procesos constitucionales, de los cuales sólo recibió 23 casos de amparo contra el JNE. Ninguno puso en peligro ni suspendió el cronograma electoral, en razón a que, salvo en dos casos - STC 2366-2003-AA, de fecha 7 de abril de 2004, Caso Espino Espino y STC 2730-2006-PA, de fecha 27 de julio de 2006, Caso astillo Chirinos-, todas las demandas fueron declaradas improcedentes por irreparables. Sobre el tema, ver Landa, César. “Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones”. En *Revista ONPE*, núm. 7, 2007, pp. 119. Citado por CANALES CAMA, Carolina. *Eficacia y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 125.

⁶⁶⁸ CANALES CAMA, Carolina. *Eficacia y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 125.

Resolución Administrativa N° 138-2015-P-TC, publicada el 14 octubre 2015 en el Diario Oficial *El Peruano*, se modificó el Art. 10° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Resolución Administrativa N° 095-2004-P-TC, y se estableció de manera indebida, creemos, que solo se necesitan cuatro votos conformes, o sea mayoría simple, para emitir PV, sin embargo si se trata de un Proceso de Inconstitucionalidad se requieren cinco votos conformes, lo que a todas luces es inaudito y rompe con toda la lógica del PV, que se entiende que una sentencia dotada de contenido normativo en consecuencia debe ser mayoría *calificada* y no mayoría *simple*.

Resoluciones y acuerdos del Pleno.

Artículo 10.- El quórum del Pleno del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros.

El Pleno del Tribunal resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de una demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen cinco votos conformes.

De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad.

Para aprobar un precedente y para establecer, con carácter vinculante, interpretaciones sobre el contenido normativo de las disposiciones con rango de ley, conforme a la Constitución, se requiere cuatro votos en un mismo sentido resolutivo.

En ningún caso el Tribunal Constitucional puede dejar de resolver.⁶⁶⁹

A continuación presentamos, luego del estudio de la totalidad de los PV, que se han expedido a la fecha, un cuadro extraído de la clasificación del PV, el cual grafica la cantidad de PV, que fueron expedidos por una sola sala del TC y no por el *Quórum* del TC:

Precedente Constitucional Vinculante.	Quorum que Emitió el PV.
1.- 3771-2004-PH/TC.	Primera Sala del TC.
2.- 2496-2005-PH/TC.	Primera Sala del TC.
3.- 2791-2005-PA/TC.	Primera Sala del TC.
4.- 0349-2004-PA/TC.	Primera Sala del TC.
5.- 1966-2005-PH/TC.	Segunda Sala del TC.
6.- 3482-2005-HC/TC.	Primera Sala del TC.

⁶⁶⁹ Artículo modificado por el Artículo Primero de la Resolución Administrativa N° 138-2015-P-TC, publicada el 14 octubre 2015 en el Diario Oficial *El Peruano*.

Finalmente es menester traer a colación: “Se critica específicamente al precedente vinculante que haya servido básicamente para restringir derechos antes que para promoverlos (*vid.* STC 1417-2005-PA/TC, STC 0168-2005-PC/TC o STC 0216-2005-PA/TC), hecho que no es tan cierto, porque hay innumerables casos adicionales en que lo que se ha hecho ha sido fortalecerlos. Pero hay otros casos en que sí tenemos que aceptar la existencia de excesos: que se haya formulado a través de tres votos y no cinco como corresponde (*vid.* STC 3075-2006-PA/TC, STC 4677-2004-PA/TC o STC 3482-2005-PHC/TC), que no se haya precisado en el fallo cuál es exactamente el mandato vinculante (*vid.* STC 2616-2004-PC/TC o STC 3760-2004-AA/TC) o que haya sido realizado incluso por intermedio de aclaraciones y no por sentencias propiamente dichas (*vid.* RTC 4635-2004-PA/TC, RTC 2791-2005-PA/TC o RTC 3741-2004-PA). Por eso, no nos queda más que pedir prudencia e inteligencia al TC para actuar. En los pocos años que ha tenido vigencia la doctrina del *stare decisis* en el país, creemos que el saldo de su aplicación es favorable, y así queden aún cosas por mejorar, es más que interesante cómo la incorporación, quizás algo desordenada, de institutos del *common law* a una nación básicamente del *civil law*, esté teniendo un cierto éxito.”⁶⁷⁰

3.4.- Estado constitucional de derecho y seguridad jurídica.

“La seguridad jurídica, vista como estabilidad y continuidad del orden jurídico y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta, es indispensable para la conformación de un Estado que pretenda ser “Estado de Derecho”.

Aunque las Constituciones, en general y, las Cartas de derechos humanos fundamentales -como, por ejemplo, la Declaración de Derechos Humanos de la ONU y la Convención Americana de San José de Costa Rica- no aludan a un derecho a la seguridad jurídica, el constitucionalismo de nuestros tiempos es consciente de que un Estado de Derecho es indisociable de esta garantía. La doctrina considera la seguridad jurídica como expresión del Estado de Derecho, confiriendo a aquella la condición de subprincipio concretizador del principio fundamental y estructurador del Estado de Derecho.”⁶⁷¹

“Desde otra perspectiva, la seguridad jurídica refleja la necesidad de que el orden jurídico sea estable. Este debe tener un mínimo de continuidad. Y se aplica tanto a la legislación **como a la producción judicial**, aunque no haya, en

⁶⁷⁰ MONTROYA CHÁVEZ, Víctorhugo. *El stare decisis constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales*. En: Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año III. N° 5. Enero - Junio. Lima 2007. Pág. 100.

⁶⁷¹ Para Neil MacCormick, “entre los valores que el (el Estado de Derecho) asegura, ninguno es más importante que la certeza jurídica, excepto tal vez, por los principios que la acompañan, a saber, la seguridad de expectativas jurídicas y la garantía del ciudadano contra interferencias arbitrarias por parte del gobierno y de sus agentes” (MacCormick, Neil. *Rethoric and the rule of law...*, cit., p. 18). Citado por GUILHERME MARINONI, Luiz. *Precedentes Obligatorios*. Palestra Editores. Primera Edición. Lima Junio 2013. Págs. 136-137.

la práctica de los tribunales brasileiros, cualquier preocupación con la estabilidad de las decisiones. Resáltese que la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho es un requisito indispensable al Estado de Derecho. Hay que percibir lo más antes posible que hay un grave problema en el derecho variable de acuerdo con el caso.”⁶⁷² (Resaltados nuestros)

En argumento similar la doctrina nacional expone: “La garantía de la seguridad jurídica está íntimamente ligada a la idea de Estado de Derecho, es decir, aquel modelo de Estado en el que los ciudadanos pueden calcular anticipadamente qué ocurrirá en el futuro en un sentido específico; es decir: cómo se comportarán otros individuos y cómo lo hará el Estado, sobre todo como garante de la eficacia del Derecho.

En lo que a materia de administración de justicia corresponde, este principio permite un equilibrio promotor en el orden jurídico de la justicia y la igualdad en libertad, mediante la definitiva terminación de las controversias jurídicas, del material conflictivo que a través de la sentencia debe ser de una vez por todas eliminado.

Qué duda cabe, que esta definición se integra en los alcances propios de la *función pacificadora e ordenadora* del Tribunal Constitucional. Según éstas, no se persigue exclusivamente decidir una controversia jurídica concreta para restaurar el orden jurídico conculcado, antes bien se busca crear claridad jurídica hacia el futuro, eliminar el material litigioso e impedir la repetición sucesiva de las mismas controversias.”⁶⁷³

3.5.- Ejecución de sentencias y seguridad jurídica.

“La seguridad jurídica derivada de la ejecución de las sentencias, permite la integración del ordenamiento jurídico y de la realidad constitucional. Pues, sólo puede darse una efectiva reparación de los derechos fundamentales conculcados, mediante la ejecución de las soluciones sustentables a las cuales arribó el Tribunal.

De este inicial reconocimiento, se desprende el derecho a la cosa juzgada (artículo 139º inciso 13 de la Constitución), la cual tiene que haber sido arreglada y conforme con el Derecho para que sea válida, por cuanto la finalidad de la cosa juzgada debe ser siempre asegurar el ordenamiento y la seguridad jurídica legítimos.”⁶⁷⁴

Agrega la Dra. Canales Cama: “Cabe resaltar que a las sentencias constitucionales se les atribuye una eficacia mayor, que la correspondiente a la

⁶⁷² GUILHERME MARINONI, Luiz. *Precedentes Obligatorios*. Ob. Cit. Pág. 139.

⁶⁷³ [36] Bocanegra Sierra, Raúl. *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional*,... *Op. cit.*, p. 18. Citado por CANALES CAMA, Carolina. *Eficacia y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 136.

⁶⁷⁴ [37] Landa Arroyo, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*,... *Op. cit.*, p. 201. Citado por CANALES CAMA, Carolina. *Eficacia y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 136.

cosa juzgada en el proceso ordinario. Las sentencias que expida el Tribunal Constitucional, y queden firmes, son irrecurribles en el orden jurídico interno (artículo 205º de la Constitución) *-cosa juzgada formal-*. Pero, al mismo tiempo impide que la misma controversia constitucional pueda proponerse nuevamente, poniéndose así en cuestión la función pacificadora de restablecer el orden jurídico constitucional asignada a este Tribunal, al mismo tiempo que los principios de seguridad y certeza jurídicas *-cosa juzgada material-*.”⁶⁷⁵

“Claro, sin perjuicio que a instancia de parte, pueda aceptarse la posibilidad del Tribunal Constitucional de volver a examinar sus propios criterios jurisdiccionales (jurisprudencia y precedente, conforme a los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), cuándo el cambio de las circunstancias fácticas y jurídicas así lo ameriten.”⁶⁷⁶

La posibilidad de solicitar la nulidad de las sentencias del TC, ya se ha visto materializada en la STC. Exp. N° 02135-2012-AA/TC. Caso Luis Alberto Cardoza Jiménez. Sentencia de fecha 26 de enero de 2016. Requisitos de la declaración de nulidad de sentencias constitucionales.

1.1. Justificación de la declaración de nulidad de una sentencia constitucional.

5. Corresponde comenzar tomando en cuenta que la garantía de la irreversibilidad de las decisiones con autoridad de cosa juzgada prevista en la Constitución no es una materia que pueda interpretarse de modo aislado respecto a las demás disposiciones contenidas en la Constitución.

6. En efecto, como ya he dejado indicado en los votos singulares que emití con ocasión de las sentencias recaídas en los expedientes 04617-2012-PA/TC (caso Panamericana Televisión) y 03700-2013-PA/TC (caso Sipión Barrios), no sería una interpretación constitucionalmente correcta aquella que considere que la garantía de la inmutabilidad de la cosa juzgada alcance a resoluciones írritas, arbitrarias, fraudulentas o carentes de motivación. En tales casos, nos encontramos ante la denominada cosa juzgada aparente, falsa o fraudulenta.

(...)

9. Los jueces de este Tribunal Constitucional, tal como los demás jueces y juezas de la República, tienen una potestad nulificante, indesligable de sus funciones, en la medida que tienen el deber de impartir justicia conforme a la Constitución y las leyes (artículos 51 y 138 de la Constitución); y a que toda decisión judicial debe estar basada en Derecho (artículo 139, inciso 5 de la Constitución), aunque la ley sea defectuosa o incompleta (artículo 139, inciso 8 de la

⁶⁷⁵ [38] STC 0006-2006-PC, de fecha 22 de marzo de 2007, Caso Poder Judicial y (fundamento 38). Citado por CANALES CAMA, Carolina. *Eficacia y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 136.

⁶⁷⁶ [39] STC 0024-2003-AI, de fecha 31 de octubre de 2005, Caso Municipalidad de Lurín. Landa Arroyo, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático,...* Op. cit., p. 201. Citado por CANALES CAMA, Carolina. *Eficacia y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 136.

Constitución). Esto implica que los jueces tienen el deber de resolver conforme a Derecho, inclusive dejando sin efectos sentencias emitidas en última y definitiva instancia o grado, si es que dichas sentencias contienen vicios gravísimos e insubsanables.

10. En el sentido expuesto, resulta por lo menos contraproducente que se le pretenda privar al Tribunal Constitucional de su competencia implícita para enderezar resoluciones írritas en nombre de un supuesto vacío del Código Procesal Constitucional o de una comprensión literal a una referencia al carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional, cuando la nulidad aquí claramente no modifica la prohibición legal de apelarlas.

11. Por el contrario, la referencia al carácter inimpugnable de las resoluciones debe leerse de manera compatible con la Constitución, que exige de toda resolución judicial debe encontrarse ajustada a Derecho y conforme con la Norma Fundamental. Efectivamente, si el propio Tribunal ha sido capaz de cuestionar una lectura literal de la Constitución, la cual erróneamente parecería consignar el carácter inimpugnable de algunas resoluciones como las del Jurado Nacional de Elecciones, en atención a los criterios de fuerza normativa y de unidad de la Constitución, no se entiende cómo una disposición recogida en una ley también, si se lee literalmente, que parecería consagrar supuestos de irrevisabilidad (la ley procesal constitucional), no ha sido interpretada en similar sentido, ignorando lo antes señalado.

La institución de la nulidad se encuentra en consonancia con el Recurso de Aclaración sin embargo en algunas ocasiones esta se ha visto desnaturalizada: “En efecto, el accionar del Tribunal en muchos casos ha convertido a una resolución aclaratoria en una nueva decisión (lo que incluso ha terminado variando el fallo), situación que no coincide, como ya señalamos supra, con la naturaleza de esta institución procesal, ni se condice con las atribuciones constitucionales del máximo intérprete de la Constitución⁶⁷⁷; y lo que es peor aún, estas modificaciones no han sido debidamente justificadas con argumentos suficientes que ameriten, por su importancia, una variación de lo inicialmente resuelto, como podría suceder de haberse incurrido en un error respecto de los elementos fácticos y/o jurídicos que sustentan la decisión (aun cuando no comulguemos con esta idea), lo que tiene serias implicancias no solo en la ejecución de las sentencias constitucionales, sino además, de ser el caso, en el control posterior que sobre ellas pudiera ejercerse, generando inseguridad jurídica.”⁶⁷⁸

⁶⁷⁷ [30] Artículo 202 de la Constitución Política. Citado por SEVILLA TORELLO, Catherine Olga. *Recurso de queja, solicitud de aclaración y recurso de reposición en el proceso constitucional*. En: Achulli Espinoza, Maribel. Huamán Estrada, Elmer. (Coordinadores). Estudios sobre los medios impugnatorios en los procesos laborales y constitucionales. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Noviembre 2011. Pág. 406.

⁶⁷⁸ SEVILLA TORELLO, Catherine Olga. *Recurso de queja, solicitud de aclaración y recurso de reposición en el proceso constitucional*. Ob. Cit. Pág. 406.

3.6.- Seguridad Jurídica y derecho.

“Cuando se pretende elaborar un esquema que indique en forma sucinta qué implica, formalmente, esta seguridad jurídica proporcionada por el Derecho, se suele reducir sus alcances en forma simplista y taxativa a los siguientes puntos:

- . Que el sistema haya sido regularmente establecido en términos iguales para todos.
- . Que este sistema se base en leyes susceptibles de ser conocidas por todos. En este punto resulta evidente la importancia de la información.
- . Que estas leyes se apliquen a conductas posteriores (no anteriores) a su vigencia para que no se produzcan cambios de las reglas de juego en que se contrató o se invirtió, esto es, que se respeten los derechos adquiridos.
- . Que las leyes sean claras y no confusas o ambiguas.
- . Que las leyes sean dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para hacerlo. Dentro de esta característica encontramos implícita la eficacia de los mecanismos de aplicación del Derecho.
- . Que el derecho positivo no se encuentre expuesto a cambios demasiado frecuentes, es decir, que no se halle a merced de una legislación incidental. Esto involucra una estabilidad de orden jurídico.”⁶⁷⁹

“Mientras que Lon L. Fuller impone ocho exigencias para que el Derecho positivo satisfaga el requerimiento de la seguridad jurídica estructuralmente:

1. Generalidad de las normas;
2. Promulgación;
3. Irretroactividad;
4. Claridad;
5. Coherencia;
6. Posibilidad de cumplimiento;
7. Estabilidad; y,
8. Congruencia entre lo dispuesto en las leyes y su aplicación.”⁶⁸⁰

⁶⁷⁹ JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *La seguridad jurídica como un valor orientador del derecho*. Ob. Cit. Págs. 144-145.

⁶⁸⁰ ZAVALA EGAS, Jorge. *Teoría de la Seguridad Jurídica*. Disponible en: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_8/Teoria_de_la_seguridad_juridica.pdf (Fecha de consulta 24/04/19).

3.7.- Dimensiones de la Seguridad Jurídica.

“Teodoro Geiger parte de la tesis de que la seguridad jurídica tiene dos dimensiones:⁶⁸¹

- a) **“Una es la *seguridad de orientación o certeza del orden.*-** Es cuando los destinatarios de las normas tienen un conocimiento adecuado de sus contenidos y, de esta forma, pueden *orientar* su conducta de acuerdo con ellas; asimismo, las normas reguladoras de situaciones de igual especie no deben ser modificadas con tal rapidez que los ciudadanos no tengan suficiente tiempo para conocerlas bien, ya que de esa forma no podrían “determinar de manera precisa cuál ha de regir su conducta”. La certeza del orden la da un poder público que logre imponer el respeto al derecho; también cuando el legislador deja a los funcionarios administrativos un margen discrecional adecuado, ya que si éste es demasiado grande, no será posible predecir qué decisión formularán en cada caso, y habrá inseguridad jurídica debido a que nadie sabrá a qué atenerse.”⁶⁸²
- b) **“La otra dimensión de la seguridad jurídica es la *seguridad de realización, o confianza en el orden.*-** La confianza en el orden está relacionada a la *eficacia* del sistema que abarca a los preceptos legales. Esta dimensión no se limita a exigir el cumplimiento de las normas por los individuos, sino que “demanda la *correcta aplicación* de aquellas por los órganos del poder público”. Por lo tanto, la eficacia del sistema (eficacia en cuanto a actos de obediencia y aplicación de las reglas ordenadoras) no importa que su normas tengan una efectividad que sea valiosa. Esto porque la efectividad es valiosa solo cuando el sistema de que forman parte esas normas (el ordenamiento jurídico) “realiza los valores para cuyo logro fue instituido y, en primer término, el de justicia”⁶⁸³.”

“El carácter cierto y previsible del Derecho es también un aspecto de la seguridad jurídica relacionado con la justicia, ya que un Derecho incierto es a la vez un Derecho injusto, ya que no asegura para el futuro un tratamiento igual ante hechos iguales, chocando aquí con el principio de igualdad ante la ley.”⁶⁸⁴

4.- La aplicación inmediata de las disposiciones procesales.

Debemos enfrentar otro problema que nos permita comprender sobre la aplicación inmediata de la legislación a los procesos en trámite y así preparar el terreno final sobre la aplicación retroactiva perniciosa del PV, para lograr tal cometido primero debemos traer a colación los dispositivos legales que se

⁶⁸¹ [39] Sociólogo citado por GARCÍA MAYNES, *Filosofía del derecho*, cit., pp. 477-478. Citado por JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *La seguridad jurídica como un valor orientador del derecho*. Ob. Cit. Pág. 157.

⁶⁸² JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *La seguridad jurídica como un valor orientador del derecho*. Ob. Cit. Pág. 157.

⁶⁸³ [40] GARCÍA MAYNEZ, *Filosofía del derecho*, cit., p. 479. Citado por JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *La seguridad jurídica como un valor orientador del derecho*. Ob. Cit. Pág. 157.

⁶⁸⁴ JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *La seguridad jurídica como un valor orientador del derecho*. Ob. Cit. Pág. 158.

encuentran extendidos en todos los Códigos Procesales ya sean de naturaleza Constitucional, Penal, Civil, al respecto traemos a colación las siguientes disposiciones:

Nuevo Código Procesal Penal. (NCP, en adelante).

Artículo VII.- Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal

1. LA LEY PROCESAL PENAL ES DE APLICACIÓN INMEDIATA, INCLUSO AL PROCESO EN TRÁMITE, y es la que rige al tiempo de

la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

2. La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible.

3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.

4. En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo.

Al respecto la doctrina nacional especializada “El criterio general común de la eficacia temporal de las normas jurídicas es que estas se aplican a los hechos ocurridos durante su vigencia. No pueden modificar hechos ya ocurridos con anterioridad a la vigencia de la nueva norma, de suerte que rige el apotegma *tempus regis actum*. El factor de aplicación de la norma procesal penal, a diferencia de la norma penal material, está referido a los hechos o actos procesales, no al hecho punible: **no existe un derecho adquirido para ser juzgado por el procedimiento vigente en el momento de concretarse el hecho punible (STC n° 2496-2005-PHC/TC, FJ, 12)**. Es indiferente al derecho procesal penal el momento de la comisión del hecho punible, que solo determina el objeto procesal, y no regula los actos procesales ni las potestades y situaciones jurídicas procesales; por tanto, la irretroactividad material y la procesal operan utilizando como referencia elementos o datos no coincidentes. El art. VII.1 del Título Preliminar del NCP, compatible con lo expuesto, establece un criterio normativo expreso: el tiempo de la actuación procesal. Por tanto, para que una ley procesal fuera retroactiva tendría que ordenar la modificación de los efectos de los actos procesales realizados antes de su entrada en vigor [Montero]. Los actos procesales ya cumplidos y que han quedado firmes bajo la vigencia de la norma anterior no pueden modificarse, pues se vulneraría el principio de preclusión. (Resaltados nuestros).

El problema de la aplicación de las leyes procesales en el tiempo se refiere a los procesos en curso cuando entra en vigor una ley nueva -situación que se presenta porque el proceso se desarrolla a lo largo del tiempo, no es *datable* [De

La Oliva]-. El criterio rector que asume el citado artículo VII.1 TP del NCPP, en materia de derecho transitorio, es la aplicación inmediata de la nueva ley al proceso en trámite -lo que se modifica no son los efectos del hecho enjuiciado, sino el modelo de juzgarle, y lo que cambia es el procedimiento [Ibáñez y García Velasco]-. En consecuencia, las actuaciones procesales sucesivas o futuras, luego de entrar en vigor la nueva ley procesal, se rigen por esta última.”⁶⁸⁵

En sentido similar: “La constitución de 1993 en su artículo 109° establece: “*La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.*”

En principio, como todas las normas jurídicas, las procesales rigen para el momento y para el futuro, desde su promulgación y publicación. La vigencia de la ley desaparece cuando es derogada en forma total. Pueden existir supresiones o reformas parciales, en cuyo caso pierde su vigor en parte. La derogación de una ley se produce cuando entra en vigor la ley derogatoria o si se trata de derogación tácita, cuando entra en vigor la ley de cuya materia puede inferirse la derogación de la otra.”⁶⁸⁶

En la misma línea el genio mayor, Profesor Claus Roxin: “**Prohibición de retroactividad y Derecho procesal:** En el Derecho procesal en principio no rige la prohibición de retroactividad⁶⁸⁷. “La prohibición de leyes penales retroactivas sólo rige respecto del Derecho material” (BGHSt 20, 27). “Es obvio que, desde su entrada en vigor, los nuevos preceptos del Derecho procesal rigen también respecto de los procedimientos ya en curso” (BGHSt 26, 289; materialmente tb.BGHSt 26, 231). Esta jurisprudencia, que tb. ha sido confirmada por el BVerfG (BVerfGE 24, 33, 55; 25, 269), debe considerarse correcta en cuanto a las normas relativas al transcurso del Proceso (p.ej. a la exclusión del defensor conforme al § 138 a StPO, o a la exclusión del acusado conforme al § 231 a StPO)⁶⁸⁸, puesto que, conforme a su tenor literal y a su historia, el principio de legalidad se ciñe a las acciones punibles y a las sanciones que deben imponérseles, y no protege la confianza en que haya lagunas en el ordenamiento procesal.

En cambio, la situación es algo distinta en el caso de condiciones o presupuestos de procedibilidad (como p.ej. el requisito de querella) o de

⁶⁸⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal lecciones. Conforme al Código Procesal Penal de 2004*. Fondo Editorial INPECCP. Fondo Editorial CENALES. Primera Edición: Noviembre 2015. Pág. 26.

⁶⁸⁶ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. RABANAL PALACIOS, William. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal*. Comentarios Descriptivos, Explicativos y Críticos. Jurista Editores. E.I.R.L. Edición: Julio 2013. Pág. 67.

⁶⁸⁷ [79] Para más detalles Pföhler, 1988; Dannecker, 1992, 316 ss. Citado por ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. 1ª edición. Madrid. 1997. Pág. 164.

⁶⁸⁸ [80] En contra, sobre todo, SK2 Schreiber, § 1, nm. 9; ulteriores referencias en SK5 Rudolphi, § 1, nm. 10. Citado por ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*. Ob. Cit. Pág. 164.

impedimentos de procedibilidad (como la prescripción), que afectan a la admisibilidad del conjunto del proceso (cfr. ya nm. 43, 45). Estos supuestos se sitúan en la frontera con el Derecho material, y en no pocos de ellos su ubicación es dudosa; así la prescripción se considera por unos como institución jurídica material, por otros como procesal, y por otros (actualmente la op. Dom.⁶⁸⁹) como institución “mixta”. Pero la vigencia del principio de legalidad en este campo no puede depender de dichas clasificaciones formales, que se efectúan sin tener en cuenta la prohibición de retroactividad, sino que lo que procede es examinar en el caso concreto hasta qué punto el fin del art. 103 n GG requiere su aplicación. Y entonces se pone de manifiesto que la afirmación general, según la cual “los presupuestos procesales dejan de estar en vigor con la ley que los deroga” (BGHSt 20, 27, adhiriéndose a RGSt 75, 306, 311), no es totalmente exacta, sino que hay que distinguir.”⁶⁹⁰

Al respecto los profesores Zaffaroni, Alagia y Slokar exponen: “Un serio problema de legalidad lo constituye el alcance de la voz *ley penal*. Descartada la posibilidad de aplicar retroactivamente cualquier ley que se califique de *interpretativa*, pues no pasaría de ser un fácil recurso para violar el principio⁶⁹¹, se plantea una seria discusión cuando se debate el límite de la prohibición de retroactividad y se procura *sustraer al mismo la ley procesal penal*. Una corriente procesalista sostiene que, salvo en materia de competencia (excluida expresamente en función del llamado *juez natural* del art. 18 CN)⁶⁹², para el resto no es ley retroactiva la procesal posterior a la comisión, toda vez que el momento que debe tomarse en cuenta es el del *acto procesal* y no el del *acto del delito*⁶⁹³. En alguna medida esta tesis se funda en la teoría de las normas, conforme a la cual las normas penales estarían dirigidas a los particulares y las procesales a los jueces, funcionarios y auxiliares. Esta distinción no es sostenible en el ámbito

⁶⁸⁹ [81] Cfr. LK10 Tröndle, § 2, nm. 11 ss., con ulteriores referencias; sobre mi propia opinión ver § 23, nm. 50 ss. Citado por ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*. Ob. Cit. Pág. 164.

⁶⁹⁰ [82] Ampliamente coincidente Sch/Sch/Eser24, § 2, nm. 7. Citado por ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*. Ob. Cit. Pág. 165.

⁶⁹¹ [74] Sobre ellas, Conte-Maistre de Chambón, p. 86. Citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA Alejandro. SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición. Buenos Aires Junio 2002. Pág. 123.

⁶⁹² * Los autores se refieren a la Constitución Nacional de la República de Argentina. El art. 18° estipula: **Artículo 18.** *Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.* Vid. <http://pdpa.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf> (Fecha de consulta 20/04/19).

⁶⁹³ [75] Así, Baumann-Weber-Mitsch, p. 148; Trechsel, p. 46; en contra, Cadoppi, A. y otros, *Introduzione al sistema penale*. I, p. 175; Morillas Cueva, p. 86. Citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA Alejandro. SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición. Buenos Aires Junio 2002. Pág. 123.

punitivo⁶⁹⁴. Además de esta consideración, existen dos argumentos constitucionales que neutralizan esta posición: (a) Un proceso penal tiene una conclusión binaria (pena o no pena); y si al momento del hecho que se juzga las disposiciones procesales llevaban a una *no pena*, no había conminación penal en concreto respecto de la persona comprometida. No hay amenaza penal cuando no se puede amenazar con algo que no se puede realizar⁶⁹⁵. Todo esto sea dicho, sin perjuicio de observar que la coerción procesal es punitiva y la negación de este carácter es una peligrosa confusión entre los planos normativo y fáctico, que tienen el penoso efecto de ocultar la realidad y permitir la violación ilimitada del principio de inocencia, (b) El otro argumento es exegético e histórico: cuando el art. 18 CN dice *juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*, no parece dejar fuera la ley procesal, sino todo lo contrario. El origen británico de la fórmula (la *Carta Magna*)⁶⁹⁶ ha generado dudas acerca de su alcance, pudiendo entenderse que se trata de la consagración de la legalidad procesal⁶⁹⁷ y no de la penal (que no podía tener lugar en un sistema de *common law*) y que en la CN sería deducible directamente *del* art. 1º, pero ni exegética ni históricamente puede sostenerse la tesis que niega la expresa consagración de la irretroactividad de la ley procesal penal más gravosa en la CN.”⁶⁹⁸

Para terminar este ítem citamos la **Casación N° 1673-2017-Nacional**. **Sumilla:** Falta de motivación suficiente Tanto el auto de vista superior recurrido como el de primera instancia carecen de la debida motivación, por lo que resulta pertinente declarar la nulidad de ambos y retomar los actos procesales a la audiencia de prisión preventiva, a fin de que otro juzgado de investigación preparatoria emita la resolución respectiva. Según la Casación antes mencionada, y de acuerdo al F.J. 8.3., la ley procesal es de aplicación inmediata:

8.3. Asimismo, de acuerdo con el numeral 2, del artículo 476-A del Código Penal (modificado por la Ley número 30737, del doce de marzo de dos mil dieciocho, **que por ser ley procesal, es de aplicación instantánea**) se precisó que: “*El Fiscal decide si lo*

⁶⁹⁴ [76] Cfr. Supra § 9. Citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA Alejandro. SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición. Buenos Aires Junio 2002. Pág. 123.

⁶⁹⁵ [77] Es inexplicable que se llegue a otra consecuencia, cuando se reconoce que la legalidad penal reclama la procesal y es presupuesto de la independencia judicial y del juez natural (Cfr. Naucke, en “La insostenible situación del Derecho Penal”, p. 545). Citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA Alejandro. SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición. Buenos Aires Junio 2002. Pág. 123.

⁶⁹⁶ [78] Sobre el origen inglés de la legalidad procesal, Hurtado Pozo, *Droit penal*, p. 75. Citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA Alejandro. SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición. Buenos Aires Junio 2002. Pág. 123.

⁶⁹⁷ [79] Por otra parte, de la legalidad procesal constitucional se deriva la inadmisibilidad del *male captus bene detentus* y de toda pretensión de aprovechar análogas ilegalidades procesales (sobre ello, Fierro, *La ley penal y el derecho internacional*, p. 657; Murphy-Dumont, en “Frestskrift till Jacob W. F. Sundberg”, p. 173). Citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA Alejandro. SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición. Buenos Aires Junio 2002. Pág. 123.

⁶⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA Alejandro. SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición. Buenos Aires Junio 2002. Págs. 123-124.

actuado en la carpeta fiscal de colaboración eficaz será incorporado en todo o en parte al proceso o procesos correspondientes, debiendo cautelar la identidad del declarante". Igualmente, el artículo 481-A de la norma adjetiva señaló: "1. Los elementos de convicción recabados en las diligencias de corroboración podrán ser empleados para requerir medidas limitativas de derechos o medidas coercitivas en los procesos derivados o conexos al proceso especial de colaboración eficaz. 2. La declaración del colaborador también podrá ser empleada para dichos efectos, en cuyo caso se deberá cautelar su identidad, salvaguardando que la información utilizada no permita su identificación. En estos casos, deberá acompañarse de otros elementos de convicción, rigiendo el numeral 2 del artículo 158.⁶⁹⁹ (Resaltados nuestros).

Al respecto cabe preguntarse: "El principio *Tempus regis actum* ¿regula la aplicación en el tiempo de normas procesales penales? [E]n el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regis actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto."⁷⁰⁰

La STC Exp. N° 01417-2008-PHC/TC. Caso Feliberto Ávila Guerrero, en el FJ. 6 expone:

6. Es en este contexto q este Tribunal ha precisado en la sentencia caída en el STC 2196-2002-HC/TC, caso Carlos Saldaña Saldaña, (Expediente N.º 2196-2002- HC/TC F JS 8 y) que "[e]n el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regis actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. [No obstante, se considera asimismo que] la legislación aplicable para resolver un determinado acto procedimental, como el que atañe a los beneficios penitenciarios, está representado por la fecha en el cual se inicia el procedimiento destinado a obtener el beneficio penitenciario, esto es, el momento de la presentación de la solicitud para acogerse a éste". En tal sentido la acusada afectación al derecho a la inaplicación de la ley de manera retroactiva resulta infundada.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL. (CPC, en adelante).

SEGUNDA DISPOSICIÓN FINAL.

Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios

⁶⁹⁹ [1] En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria. Citado por la Casación N° 1673-2017-Nacional. Debemos agregar que la casación incurre en un error material al citar el numeral 2, del artículo 476-A del *Código Penal*, pues en puridad dicha disposición está inserta en el *Código Procesal Penal*.

⁷⁰⁰ Extracto de Jurisprudencia. Tema: Aplicación de la norma en el tiempo. En: Gaceta Jurídica. Actualidad Jurídica. Tomo 189. Agosto 2009. Pág. 211.

interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.

SEGUNDA DISPOSICIÓN FINAL.

Vigencia de normas.

Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

“Asimismo de la presente disposición final materia de análisis se desprende que el Código **no tiene aplicación retroactiva para los procesos constitucionales en trámite, pues no sería razonable que sea aplicado a actos procesales que se encontraban dentro de la aplicación de otra norma constitucional.** En ese orden de ideas, los efectos de una norma jurídica sobre un hecho procesal concreto, por cuanto cuando se encontraba en vigencia no pudo ser modificada por leyes posteriores, situación que no quiere decir que los hechos procesales futuros, producidos en la entrada en vigencia la nueva ley, va ser regido por la normatividad derogada, sino para la nueva norma en virtud al principio de aplicación inmediata de la ley.”⁷⁰¹

Al respecto la RTC. Exp. N° 2982-2007-PA/TC. Caso Banco Internacional del Perú - Interbank, FJ 8, 9, 10 y 11 expone:

Código Procesal Constitucional.

- Adaptación de los operadores jurídicos a sus disposiciones y vacatio legis.

RTC. Exp. N° 2982-2007-PA/TC. Caso Banco Internacional del Perú - Interbank.

8. Que siguiendo este criterio, a partir del 1 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, todo justiciable debía regirse por este nuevo cuerpo normativo, es esencialmente en el caso de que se pretendiese interponer una demanda de amparo. Ello significa que la norma vigente al momento de interponer la demanda, 28 de diciembre de 2004, era el artículo 44° del Código Procesal Constitucional y no el derogado artículo 37° de la Ley N.° 23506. Es necesario resaltar que el Código Procesal Constitucional dispuso una vacatio legis de seis meses para su adecuado funcionamiento con el objetivo que los operadores del Código, sobre todo los jueces y abogados, lo conozcan y entiendan sus alcances.

⁷⁰¹ VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Rosa. *Vigencia de normas. Comentarios a la segunda disposición final del Código Procesal Constitucional*. En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo II. Primera Edición. Diciembre 2015. Pág. 433.

- Aplicación inmediata a partir de su entrada en vigencia.

9.- (...) La primera parte dispone una regla general: "Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata". Así pues, a partir del 1 de diciembre de 2004 todo el Código Procesal Constitucional entró en vigencia, de manera que los justiciables debían adecuar su conducta a sus normas. Es evidente que el legislador quiso restringir el acceso del amparo para el cuestionamiento de resoluciones judiciales, estableciendo un plazo de treinta días hábiles, menor al normal de sesenta días hábiles. Tal limitación impuesta por el legislador es total y plenamente legítima.

- Aplicación ultraactiva de la Ley N.º 23506.

10.- (...) Ahora bien, la segunda parte de la norma en comentario [Segunda Disposición Transitoria del Código Procesal Constitucional] establece una regla de excepción pero referida evidentemente a la aplicación de las normas del Código Procesal Constitucional a los procesos en trámite, es decir a los procesos iniciados cuando estaba vigente la Ley N.º 23506 (esto es a las demandas interpuestas con anterioridad al 1 de diciembre de 2004). El presente caso no se había iniciado bajo la vigencia de la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo sino cuando el Código Procesal Constitucional ya estaba en vigencia. Y el Código establece: "Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieren empezado".

11. Que esta norma se refiere a la aplicación ultractiva de las normas de la Ley N.º 23506 a los procesos ya iniciados en supuestos puntuales y específicos, toda vez que conforme a la regla de la segunda disposición final del Código Procesal Constitucional, sus normas se aplican "incluso a los procesos en trámite". Tales supuestos específicos son:

- a) Reglas de competencia de procesos iniciados con la Ley N.º 23506.
- b) Medios impugnatorios interpuestos. Evidentemente, se refiere a un proceso ya iniciado cuando el Código Procesal Constitucional entró en vigencia. Al momento de interposición de la demanda, 28 de diciembre de 2004, no existía el proceso.
- c) Los actos procesales con principio de ejecución. Al momento de interposición de la demanda no había proceso.
- d) Los plazos que hubieran empezado. ¿Qué plazos? Evidentemente los plazos del proceso previo, que en el presente caso no existía."

4.1.- Tratamiento jurisprudencial del TC, sobre la aplicación inmediata de las disposiciones procesales.

Ya vimos las posturas similares que han adoptado los códigos procesales, sin embargo en este punto vamos a demostrar que cuando se trata de la aplicación de la ley en el tiempo, se advierte que el TC, modula la aplicación retroactiva de la Ley - Código Procesal Constitucional, a fin de no vulnerar el

Derecho al Procedimiento Preestablecido por la Ley y el Valor Seguridad Jurídica.

Para abordar este ítem, no es ocioso recordar que es el Derecho al Procedimiento Preestablecido por la Ley y el Valor Seguridad Jurídica, sin embargo antes de entrar a la definición, debemos anotar que un Derecho es una prerrogativa ínsita al ser humano por su condición de tal, y el valor es una aspiración del sistema, es un *deber ser*, en simples palabras el ordenamiento jurídico peruano aspira a brindar seguridad jurídica, sin embargo no cabe la lectura que en nuestro ordenamiento la seguridad jurídica está garantizada, es un objetivo.

Dicho esto definimos el Derecho al Procedimiento Preestablecido por la Ley, la doctrina expone: “**Proceso preestablecido por la ley**: Este derecho, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, garantiza que una persona sea juzgada bajo reglas procedimentales previamente establecidas. Pero ello no significa que tengan que respetarse todas y cada una de estas reglas pues, de ser así, bastaría un mínimo vicio en el proceso para que se produzca la violación de este derecho.

De las reglas previamente determinadas derivan las exigencias de que una persona no pueda ser juzgada por reglas procesales dictadas en atención a determinados sujetos, ni el proceso pueda ser alterado cuando una norma que se aplicó es modificada con posterioridad. La aplicación inmediata de la ley, que supone la abrogación de la ley anterior, **LLEVA LA CONVICCIÓN DE QUE LA NUEVA LEY ES MEJOR QUE LA DEROGADA.** La fecha en la que se inicia el procedimiento constituye el momento que marca la legislación aplicable en el caso. (Resaltados nuestros).

Sin embargo, la retroactividad benigna de la ley penal, consagrada en el segundo párrafo del artículo 6 del Código Penal, es una excepción a esta regla, por la cual el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda conforme a la nueva ley, siempre que esta última resulte más favorable al condenado.”⁷⁰²

“Aunque todos estamos de acuerdo en que una persona pasible de enjuiciamiento, o en general, de cualquier tipo de procesamiento, no se le puede sino someter al régimen jurídico previsto por anticipado o con anterioridad, esto es, al vigente en el momento de producirse los hechos que motivan tal encauzamiento, sin que por lo mismo, no se puedan alterar la reglas en el camino o *a posteriori*; no se ha reflexionado detenidamente o por lo menos hasta la fecha, a qué tipo de alcances procesales nos estamos refiriendo cuando hablamos de procedimiento preestablecido. Dicho en otros términos, si nadie duda respecto de la existencia de un procedimiento preestablecido, como regla imperativa, en cambio no se responde o no se tiene una versión definida, respecto de los alcances amplios o restrictivos que pueda tener la noción en

⁷⁰² LANDA ARROYO, César. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Colección Cuadernos de Análisis de la Jurisprudencia. Volumen 1. Academia de la Magistratura. Primera edición. Lima - Perú. Diciembre 2012. Pág. 27.

referencia, sobre todo si se parte del supuesto de su integración al interior del concepto, todavía mucho más amplio, del debido proceso.”⁷⁰³ “Hay entonces una evidente relación de género a especie. Mientras el debido proceso es el continente, el respeto al procedimiento preestablecido, es una de sus parcelas o espacios territoriales. Como tal, supone un contenido esencial mínimo, que, de modo preliminar puede graficarse en la simple necesidad de observar durante la secuela de todo proceso, sea o no judicial, sea o no contencioso, el conjunto de reglas básicas o esenciales establecidas imperativamente y de *modo anticipado* para que el mismo pueda cumplir su cometido. Tal observación, obviamente, atañe tanto a los juzgadores como a las partes involucradas en la relación procesal.”⁷⁰⁴ (Resaltados nuestros).

Con relación al valor **Seguridad Jurídica**, la doctrina expone: “Una sociedad organizada requiere de un grado mínimo de predictibilidad entre sus unidades sociales respecto de lo que cada una puede esperar de las otras, es decir, para que el orden de una sociedad civil pueda subsistir es indispensable que existan patrones de comportamiento debidamente previsibles. La predictibilidad, en esta medida, es el eje de la seguridad.”⁷⁰⁵ “La seguridad es el aspecto filosófico de la legalidad. Es la que da coherencia y capacidad moral de coerción a la norma jurídica. Por ello, resulta necesario entender que no es la norma jurídica la que proporciona o resta seguridad jurídica a la sociedad sino el ordenamiento como tal. La norma jurídica no puede apreciarse en forma aislada, sino en su participación organizada en un conjunto. La organización de las normas jurídicas en una totalidad y su funcionamiento efectivo configuran el orden jurídico.”⁷⁰⁶

Dicho esto, abordamos las disposiciones legales pertinentes, al respecto el CPCConst., tiene rango legal, es una ley, por lo tanto sigue las reglas establecidas para la aplicación de las leyes en el tiempo, de conformidad con lo estipulado en el Artículo 103° de la Constitución:

“(…) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)”,

Sin embargo se debe tomar en cuenta la Segunda Disposición Final del CPCConst., que estipula:

Segunda.- Vigencia de normas.

Las normas procesales previstas por el presente Código son de **APLICACIÓN INMEDIATA, INCLUSO A LOS PROCESOS EN**

⁷⁰³ SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *El procedimiento preestablecido en la ley como variable del derecho constitucional al debido proceso*. En: García Belaunde, Domingo. (Director). Revista Peruana de Derecho Público. Año 1. Número 2. Enero - junio de 2001. Págs. 73-74.

⁷⁰⁴ Ibídem. Pág. 75.

⁷⁰⁵ JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *La seguridad jurídica como un valor orientador del derecho*. En: JUS Doctrina & Práctica. Grijley. Mayo 5. 2007. Pág. 144.

⁷⁰⁶ Ibídem. Pág. 145.

TRÁMITE. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado. (Resaltado nuestro)

En lo atiente a la aplicación de la ley en el tiempo, la doctrina ha elaborado cuatro opciones, para afrontar los problemas que se suscitan, en torno a la aplicación de la ley a través del tiempo, optando por las siguientes soluciones: 1) Aplicación retroactiva, 2) Aplicación inmediata, 3) Aplicación ultraactiva y 4) Aplicación Diferida:

1) Aplicación retroactiva, implica que una disposición y con ello de la misma manera un **PRECEDENTE VINCULANTE**, se apliquen incluso antes de su entrada en vigencia (lo cual implica que se publiquen previamente⁷⁰⁷), es decir una disposición o un precedente vinculante, se aplicarían a los procesos en trámite de manera inmediata, aunque dichas reglas no se encontraban vigentes, al momento de plantear la pretensión.

Por ejemplo A interpone un amparo bajo la regla X del Primer PV, sin embargo en el transcurso del tiempo el TC, realiza un *overruling* (revoca un PV anterior), y establece en un nuevo PV, que la nueva regla ya no será X ahora será Y, la cual se aplicará incluso para los procesos en trámite.

Al respecto la doctrina expone: “*Aplicación retroactiva* de una norma es aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que entra en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata.

Un caso típico de retroactividad lo trae el artículo 103 de la Constitución en materia penal al decir que “La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.”⁷⁰⁸

2) Aplicación inmediata, “*Aplicación inmediata* de una norma es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia, es decir, entre el momento en que entra en vigencia y aquel en que es derogada o modificada.”⁷⁰⁹

3) Aplicación Ultraactiva, Al respecto la STC. Exp. N° 00045-2004-PV/TC. Caso Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima. Caso PROFA, en los FJ. 10 a 13, expone:

⁷⁰⁷ **Artículo 109.- Vigencia y obligatoriedad de la Ley. Constitución Política del Perú.**

La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte. (Subrayado nuestro).

⁷⁰⁸ RUBIO CORREA, Marcial. *El título preliminar del Código Civil*. Fondo Editorial Pontifica Universidad Católica del Perú. Décima Edición. Octubre de 2008. Pág. 51.

⁷⁰⁹ *Ibíd.* Pág. 47

10.- La circunstancia que una disposición no esté vigente no es óbice para que no se examine su constitucionalidad. Si bien el objeto del proceso de inconstitucionalidad es el examen de normas vigentes, las normas que carecen de vigencia o que ya no forman parte del ordenamiento jurídico pueden también serlo. Tres son los supuestos en los que una disposición que carece de vigencia puede ser sometida al examen de su constitucionalidad.

11.- Respecto al primer supuesto, clásica y autorizada doctrina lo ha planteado en los siguientes términos: “Parece obvio que el tribunal constitucional sólo puede conocer las normas todavía en vigor al momento en que dicta su resolución. ¿Por qué anular una norma que ha dejado de estar en vigor? Observando con atención esta cuestión se advierte, sin embargo, que *es posible aplicar el control de constitucionalidad a normas ya abrogadas*. En efecto, si una norma general (...) aboga otra norma general sin efecto retroactivo, las autoridades deberán continuar aplicando la norma abrogada para todos los hechos realizados mientras se encontraba aún en vigor. *Si se quiere evitar esta aplicación en razón de la inconstitucionalidad de la norma abrogada (...), es necesario que esta inconstitucionalidad se establezca de manera auténtica y que le sea retirado a la norma el resto de vigor que conservaba.*”⁷¹⁰[4].

En este sentido, el examen de constitucionalidad de una disposición no vigente está condicionado a que ella sea susceptible de ser aplicada a hechos, situaciones y relaciones jurídicas ocurridas durante el tiempo en que estuvo vigente. Tal puede ser, por ejemplo, el típico caso de las disposiciones que hallamos en el Código Civil, el Código del Niño y el Adolescente, la Ley General de Sociedades, que fueran derogadas por leyes posteriores y, luego, sometidas al examen de constitucionalidad. La justificación del examen de validez constitucional reside en que, una vez derogadas, los hechos, situaciones y relaciones jurídicas ocurridos durante la vigencia de tales normas, son regidos por dichas disposiciones. Para evitar la aplicación de dichas normas, en el supuesto de que fueran eventualmente inconstitucionales, se requiere su declaración de invalidez (inconstitucionalidad). Por esta razón, aun cuando una disposición esté derogada, ha menester un pronunciamiento sobre su constitucionalidad. Es en tal sentido que este Colegiado ha afirmado que “(...) la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad”⁷¹¹[5]. Como se advierte, la razón de ello reside en que, a diferencia de la derogación, a través de la declaración de inconstitucionalidad, se “‘aniquila’ todo efecto que la norma [derogada] pueda cumplir”⁷¹²[6].

⁷¹⁰ [4] Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, p. 70. Texto en versión PDF accesible en la Biblioteca Jurídica Virtual: www.bibliojuridica.org. El texto original procede de 1928 (“La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)” en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Étranger*, Année 1928, T. XLV, pp. 197-257, la cita recogida se halla en las páginas 234-235). Citado por la STC. Exp. N° 00045-2004-PI/TC.

⁷¹¹ [5] Exp. N° 0019-2005-PI/TC, FJ 5, 2° párrafo. Citado por la STC. Exp. N° 00045-2004-PI/TC.

⁷¹² [6] Exp. N° 0019-2005-PI/TC, FJ 5, 2° párrafo. Citado por la STC. Exp. N° 00045-2004-PI/TC.

12.- El segundo supuesto surge de la posibilidad de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma penal o tributaria habilite la reapertura de procesos en que aquella fue aplicada, conforme establece el artículo 83 CPConst. Este supuesto ya ha sido incorporado por la jurisprudencia de este Tribunal al haber afirmado que el examen de constitucionalidad de una disposición derogada se da: “cuando, (...), la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria”⁷¹³[7].

De conformidad con el artículo 83° CPConst, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma no habilita la reapertura de procesos concluidos donde ella haya sido aplicada, con excepción de los supuestos de materia penal y tributaria. *A contrario sensu*, los procesos concluidos relativos a materias distintas de las anteriores no pueden ser reabiertos. Precisamente, la posibilidad de reapertura de procesos donde se haya aplicado una norma penal o tributaria ya derogada, pero cuya inconstitucionalidad sea advertida posteriormente, impone que el Tribunal examine su constitucionalidad.

En consecuencia, si una norma penal o tributaria fuera derogada y hubiera sido aplicada en la resolución de procesos, corresponderá el examen de su constitucionalidad.

13.- Finalmente, el tercer supuesto se da cuando una norma que carece de vigencia es aplicada ultraactivamente. Es decir, cuando es aplicada a hechos, situaciones y relaciones jurídicas posteriores a la cesación de su vigencia. En consecuencia, si una norma que carece de vigencia es aplicada ultraactivamente, ha menester el examen de su constitucionalidad.

Ciertamente, el examen de constitucionalidad de una disposición no vigente en este supuesto presupone que la aplicación ultraactiva de la disposición, a través de una concreta norma o acto, haya sido detectada.

La justificación del examen de constitucionalidad en este supuesto radica en evitar, al igual que en el primer supuesto, que una disposición inconstitucional continúe siendo aplicada. Se trata aquí de evitar el efecto o aplicación ultraactiva de una disposición inconstitucional como consecuencia imperativa del principio de supremacía constitucional.

4) Aplicación Diferida, “ (...) la *aplicación diferida* y que es aquel caso en el que la norma es publicada pero no entra a regir inmediatamente sino en un momento posterior en el tiempo, expresamente indicado en sus disposiciones o en otras de rango superior. Es el caso de los tributos de periodicidad anual que, no importando cuando se promulguen y publiquen, entran a regir a partir del primero de enero del año siguiente. Así lo establece la Constitución:

⁷¹³ [7] Exps. N.º 0004-2004-AI/TC y otros (Acumulados), FJ 2, último párrafo. g. Citado por la STC. Exp. N.º 00045-2004-PI/TC.

Artículo 74.- (...) Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación (...).⁷¹⁴

A nuestro turno proponemos un ejemplo, según la anterior Ley de Hábeas Corpus y Amparo (Ley N° 23506, en adelante) el proceso de amparo era opcional, es decir era Alternativo, el justiciable elegía si instaba un Proceso Constitucional de Amparo o planteaba otro proceso judicial, por ejemplo, en consecuencia supongamos que el justiciable escogió plantear un proceso de Amparo y litigó desde el año 2000, en primera instancia, ante un juez especializado en lo Civil, que declaró infundada la demanda, por lo que interpuso Recurso de Apelación ante la sala civil, y habiendo entrado en vigencia el CPConst., el 01 de diciembre del 2004, la sala declaró improcedente su recurso y de conformidad con la Segunda Disposición Final del CPConst.⁷¹⁵, dispuso remitir los actuados a la jurisdicción ordinaria (Proceso Contencioso Administrativo), pues según la nueva ley, (CPConst.), el proceso de Amparo es subsidiario o residual no es alternativo. El justiciable argumenta que la decisión de la sala es injusta, pues las reglas del amparo residual o subsidiario, no existían en el año 2000, momento en que planteó su demanda, por lo tanto vía Recurso de Agravio Constitucional (RAC, en adelante) cuestiona dicha decisión judicial, ante el TC.

En el ejemplo planteado la decisión de la judicatura es injusta, colisiona y vulnera abiertamente el Derecho al Procedimiento Preestablecido por la ley, establecido en el Artículo 139°, Inciso 3 de la Constitución, que implica que no se cambien, no se modifiquen las reglas con las que se inició el proceso, no se alteren las reglas de juego del proceso, salvo que las nuevas reglas sean de mayor beneficio que las reglas anteriores.

Artículo 139° Principios de la Administración de Justicia.

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. 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 sea su denominación. (Resaltados nuestros).

En la misma línea el TC expuso: “3.3.1 En relación con el derecho al procedimiento preestablecido por ley, este Tribunal ha señalado en forma reiterada que “(...) no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulan el procedimiento, sea éste administrativo o jurisdiccional, **sino que las normas con las que se inició un determinado procedimiento “no sean alteradas o modificadas con posterioridad” por**

⁷¹⁴ RUBIO CORREA, Marcial. *El título preliminar del Código Civil*. Ob. Cit. Págs. 51-52.

⁷¹⁵ SEGUNDA.- Vigencia de normas.

Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado. (Resaltado nuestro).

otra. De esta manera, iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba no debe ser la inmediatamente aplicable al caso, pues el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución garantiza que “nadie puede ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos” (Cfr. STC N° 02928-2002-AA/TC, STC N° 01593-2003-HC/TC).” (STC. Exp. N° 01418-2012-PA/TC, FJ. 3.3.1, Caso Luis Enrique Álvares Cáceres). (Resaltados nuestros).

Ahora veamos, en la realidad, la manera que el TC ha enfrentado, la aplicación retroactiva del CPConst., a través de su vasta jurisprudencia, debemos reparar que el TC, se decanta por la norma menos gravosa para el recurrente, es decir no aplica *manu militari, de manera retroactiva*, el CPConst., el TC, en aras de sus funciones de pacificación de ordenación, modula la aplicación del Código, bajo un parámetro y único denominador común: no afectar los derechos del justiciable (pleno respeto al valor seguridad jurídica y procedimiento preestablecido por la ley), veamos algunos casos:

STC. Exp. N° 3194-2004-HC/TC. Caso Nicanor Carreño Castillo, el recurrente en su calidad de personal militar de la Marina del Perú, incoó a través de un tercero, antes de la entrada en vigencia del CPConst., 01 de diciembre del 2004 -vale la pena repetirlo-, un Proceso Constitucional de Hábeas Corpus, con fecha **13 de abril del 2004**, y la dirigió contra el titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina, capitán de Fragata Felipe Genaro Untiveros Espinoza, alegando que se encontraba detenido arbitrariamente en el Centro de Reclusión de la Policía Naval en la Base Naval del Callao. Como se podrá advertir el TC, se preguntó cuál era la ley procesal aplicable al presente caso, en dicha línea resolvió acertadamente de la siguiente manera:

Los límites a la aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional.

Antes de seguir avanzando en el desarrollo de la presente sentencia, es necesario determinar cuál es la norma procesal aplicable al presente caso.

Según la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, que rige desde el 1 de diciembre del año 2004, “las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado”.

De lo que se observa en el presente caso, es de preferencia la utilización de la Ley 23506 por ser el Código Procesal Constitucional **más gravoso para la persona, al incluir nuevos supuestos que afectarían los derechos fundamentales cuya protección se pretende**, sobre todo en referencia al tipo de resolución judicial que puede ser recurrida, según lo establece el artículo 4 del Código

Procesal Constitucional: “El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva”.

Como en el presente caso no existe resolución judicial firme, es de preferencia, como ya se señaló, la Ley 23506. (Resaltados nuestros).

STC. Exp. N° 0091-2005-PA/TC. Caso Yeny Zoraida Huaroto Palomino y otra. Con fecha 5 de diciembre de 2003, las recurrentes Yeny Zoraida Huaroto Palomino y Sandra Margarita Mesías de la Cruz incoaron un Proceso de amparo contra el decano de la Facultad de Medicina Humana Daniel Alcides Carrión de la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica y el Director Académico de la misma, alegando que los demandados han actuado de manera arbitraria, al someterlas a un examen de aplazado del curso de Anatomía Humana, correspondiente al tercer ciclo del II año académico, el 11 de setiembre de 2003, cuando en realidad, y por derecho, correspondía que se les tomara un examen sustitutorio, y no recibir un trato desigual y de marginación. Como se podrá advertir el proceso de amparo se interpuso bajo la vigencia de Ley N° 23506, por lo que el TC se preguntó cuál era la ley procesal aplicable al presente caso, en dicha línea resolvió acertadamente de la siguiente manera:

La aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional.

Antes de entrar al fondo del asunto, es necesario determinar cuál es la norma procesal aplicable al presente caso.

La Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, vigente desde el 1 de diciembre de 2004, señala que las normas procesales previstas en el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo continuarán rigiéndose por la anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

En tal sentido, a efectos del pronunciamiento sobre este caso concreto, el Tribunal Constitucional aplicará el Código Procesal Constitucional, en virtud del principio de aplicación inmediata de las leyes y por no existir vulneración de los derechos procesales del demandante. (Resaltados nuestros).

STC. Exp. N° 7126-2005-PA/TC. Caso Luigi Calzolaio, con fecha **22 de setiembre de 2004,** el recurrente interpuso demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) a fin de que: a) se declaren inaplicables las Resoluciones N° 022-2004-PCNM; 033-2004-PCNM; 210-2004-CNM y 290-2004-CNM; b) se ordene reponer las cosas al estado anterior a la agresión, se disponga nueva notificación de la Resolución N° 022-2004-PCNM, y se rehaga la notificación de la Resolución N° 033-2004-PCNM; c) se declaren inaplicables los artículos 11° y 27° del Reglamento de Procesos Disciplinarios; y, d) se formalice denuncia constitucional contra los miembros del CNM.

Como se podrá advertir el proceso de amparo, se instó bajo la vigencia de Ley N° 23506, y a su turno los jueces de primera y segunda instancia argumentaron que las pretensiones del actor, debían tramitarse en el proceso contencioso administrativo, y además la demanda había incurrido en la causal de improcedencia prevista en el inciso 6) del artículo 427° del Código Procesal Civil (sic). Veamos los argumentos empleados por el TC para declarar la nulidad de las resoluciones judiciales:

5. Que es oportuno señalar que la aplicación al caso de autos de las causales de improcedencia previstas en los incisos 1) y 2) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, supondría imponer requisitos de procedibilidad a la demanda que afectarían el derecho a la tutela jurisdiccional del recurrente, razón por la cual, en el presente caso, será de aplicación la Ley N.° 23506 y su complementaria, la Ley N.° 25398 (mutatis mutandis, STC N.° 3771-2004-HC/TC, Fundamentos 2 a 5).

6. Que siendo así, el Tribunal Constitucional discrepa del raciocinio adoptado por los juzgadores de las instancias precedentes, toda vez que, como ha quedado dicho, los artículos 14° y 23° de la derogada Ley N.° 25398 han previsto, de manera taxativa, las causales para rechazar liminarmente una demanda, no pudiéndose admitir el criterio adoptado por estos, quienes, amparándose en lo dispuesto por el inciso 6) del artículo 427° del Código Procesal Civil, la han declarado improcedente de plano.

STC. Exp. N° 7226-2005-AA/TC. Caso Rosa Victoria Valdivia y Aranga, en este caso la recurrente interpuso RAC, contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 18 de noviembre de 2004, que declaró fundada la excepción de caducidad e improcedente la demanda de amparo de autos, el TC, se preguntó cuál era la norma procesal aplicable al caso, en dicha línea resolvió:

1.- Que, antes de entrar a analizar la procedencia de la demanda, es necesario determinar cuál es la norma procesal aplicable al presente caso.

Así, la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, que rige desde el 1 de diciembre del año 2004, prescribe que: “Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado”.

En el presente caso, procede acudir a lo establecido en el Código Procesal Constitucional, pues su aplicación no afecta los derechos de la demandante con relación a la prescripción, tema

que será el que motive la presente resolución, tal como se dilucidará en los siguientes considerandos. Por tanto, se aplicarán las normas procesales de tal cuerpo normativo, al ser su empleo conveniente y de inmediata aplicación para resolver los cuestionamientos existentes en el proceso de autos.

2. Que las instancias precedentes han desestimado la demanda, tras considerar que fue interpuesta fuera del plazo de sesenta días hábiles; esto es, que habría prescrito.

Respecto de la prescripción, entendida como caducidad en la Ley N° 23506, vigente al momento de la interposición de la demanda, el artículo 37° de la referida norma dispone que

“El ejercicio de la acción de amparo **CADUCA** a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el interesado, en aquella fecha, se hubiese hallado en la posibilidad de interponer la acción. Si en dicha fecha esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento”.

Por su parte, el vigente Código Procesal Constitucional dispone, en el primer párrafo del artículo 44°, que

“El plazo para interponer la demanda de amparo **PRESCRIBE** a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento”.

Como se observa, los plazos son idénticos (sesenta días hábiles), pero LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL ES MÁS BENEFICIOSA PARA LA PERSONA POR INCLUIR EXCEPCIONES AL CUMPLIMIENTO DEL PLAZO.
(Resaltados nuestros).

STC. Exp. N° 00228-2009-PA/TC. Caso Flor de María Ibáñez Salvador, el apoderado de la Empresa Agraria Chiquitoy S.A.; don Walter Henry Carranza Casa, presentó el pedido de nulidad de la resolución de aclaración expedida por el TC, con fecha 18 de abril de 2011, la cual había declarado **IMPROCEDENTE** el pedido de aclaración presentado por don Walter Henry Carranza Casana y don Bruno Felipe Palomino Salgado, en representación de Empresa Agraria Chiquitoy S.A. En dicha resolución el TC, estipuló:

6.- (...) En algún supuesto, sin embargo, como también lo ha dicho este Tribunal, **puede determinarse la aplicación no inmediata de la nueva regla procesal, pero sólo en el supuesto que la nueva regla suponga la restricción en el acceso a la justicia, o imponga una condición sumamente onerosa para el justiciable. Con el fin**

de no perjudicar a los justiciables que ingresaron con determinadas reglas de acceso al sistema de impartición de justicia, excepcionalmente la ley o el Tribunal pueden determinar la aplicación no inmediata de la nueva regla procesal. (Resaltados nuestros.)

STC. Exp. N° 04163-2015-PHC/TC.⁷¹⁶ **Caso Roger Jarama Torres y otro**, representados por Fanny Fabiola Álvarez Bravo. Fluyen de los hechos del caso que con fecha 16 de diciembre de 2014, doña Fanny Fabiola Álvarez Bravo interpuso demanda de habeas corpus a favor de don Roger Jarama Torres y don Tito Jarama Díaz y la dirigió contra los jueces de la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Ucayali. Solicitó se declare la nulidad de la sentencia de fecha 17 de julio de 2003, a través de la cual se condenó a los favorecidos por el delito de violación sexual y, consecuentemente, que se lleve a cabo un nuevo juicio oral, por cuanto se ha vulnerado el derecho de defensa de los favorecidos al no haber contado con un intérprete en su idioma materno “yahua”; la demanda fue declarada improcedente liminarmente en las dos instancias ya que no cumplían con el requisito de firmeza establecido en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, ya que contra ella no se agotaron los recursos impugnatorios previstos por la ley. El TC, acertadamente resolvió:

4. El Código Procesal Constitucional establece en su artículo 4 que el proceso constitucional de hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad personal y la tutela procesal efectiva; por tanto, no procede cuando - antes de interponer la demanda- no se agotaron los recursos ordinarios previstos para impugnarla. Sin embargo, el citado requisito de procedibilidad, requerido a la demanda de hábeas corpus contra resolución judicial, no resulta exigible al caso de autos, por cuanto la sentencia que se cuestiona fue emitida el 17 de julio de 2003 (encontrándose los beneficiarios cumpliendo carcelería) y el código que contiene la citada norma entró en vigencia el 1 de diciembre de 2004, conforme a su Segunda Disposición Transitoria y Derogatoria. Es decir, no resulta viable que se exija el requisito de firmeza respecto de una resolución y del plazo para su impugnación, dados en fecha anterior a la vigencia del Código Procesal Constitucional. (Resaltados nuestros).

5.- La aplicación retroactiva de la jurisprudencia.

Al respecto la doctrina foránea expone: “Los tribunales no son fuente de producción de la legislación penal. Por otra parte, la autonomía de criterio de los jueces no puede ser limitada legalmente, dado el vigente y tradicional sistema

⁷¹⁶ “TC inaplica regla del Código Procesal Constitucional para admitir hábeas corpus. Y permite cuestionar resolución judicial 11 años después de su emisión. A través de una reciente resolución, el Tribunal Constitucional ha ordenado admitir a trámite una demanda de hábeas corpus interpuesta contra una resolución judicial del año 2003, por considerar que no debe aplicarse una regla vigente del Código Procesal Constitucional a este caso”. Extraído de <http://laley.pe/not/4788/tc-inaplica-regla-del-codigo-procesal-constitucional-para-habeas-corpus-contra-resolucion-judicial-del-ano-2003/> (Fecha de consulta 09/02/18).

de control difuso de constitucionalidad, por lo cual toda pretensión de *jurisprudencia obligatoria* es inconstitucional⁷¹⁷, a condición de no confundir a ésta con cualquier mecanismo que tienda a proporcionar cierta unidad de criterio jurisprudencial por meras razones de economía procesal. Nada afecta la autonomía de criterio de los jueces (independencia interna) cuando éstos resuelven conforme a criterios de instancias superiores que no comparten -y dejan a salvo su opinión-, siempre que ello no les cree un conflicto de conciencia o lo consideren una violación constitucional. No tiene sentido que, fuera de estos casos, el juez se aparte del criterio dominante si sabe que la instancia superior modificará su decisión, salvo que intente modificar el criterio de esa instancia. Esta es la práctica respecto de los fallos de la Corte Suprema, los plenarios de las cámaras y la jurisprudencia casatoria, que marcan cierta pauta, lo que no significa reconocerles obligatoriedad ni, menos aún, asimilarlos a la ley.

No obstante, los cambios de criterio jurisprudencial, en particular cuando alcanzan cierta generalidad, no pueden dejar de compartir las razones que dan fundamento al principio de legalidad y a la prohibición de retroactividad más gravosa: no es admisible que se pene a quien no podía conocer la prohibición⁷¹⁸. Cuando una acción que hasta ese momento era considerada lícita pasa a ser tratada como ilícita en razón de un nuevo criterio interpretativo, no puede serle reprochada al agente, porque eso equivaldría a pretender no sólo que los habitantes deban abstenerse de lo que la jurisprudencia considera legalmente prohibido, sino también todo lo que podría llegar a considerar prohibido en función de posibles e innovadores criterios interpretativos. No se trata de una cuestión de legalidad ni de tipicidad, sino de una cuestión de culpabilidad, que debe plantearse como error de prohibición invencible.⁷¹⁹

Con relación al ámbito penal los profesores Zaffaroni, Alagia y Slokar, exponen: "En el caso inverso, cuando la jurisprudencia con valor indicativo general cambia de criterio y considera atípica una acción que hasta ese momento valoró como típica (o cuando considera simple lo que hasta entonces había considerado calificado, o justificado lo que había considerado ilícito, etc.), provoca un escándalo jurídico, pues dos personas que realicen idénticas

⁷¹⁷ [84] Núñez, *La ley única fuente del derecho penal argentino*, p. 70; Sartorio, en LL, t. 96, p. 799 y ss.; Arce-Díaz Cantón", en NDP, 1996/A, p. 189 y ss.; García Vitor, en CDJP, n° 7, 1997, p. 639 y ss.; del mismo, *Planteos penales*, p. 123; sobre jurisprudencia obligatoria en diferentes países, Streck. *Súmulas no direito brasileiro*. Los fallos plenarios se consagran en la propia Constitución cubana (art. 124) (Cfr. Quirós Pérez, *Introducción*, p. 138). Citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA Alejandro. SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición. Buenos Aires Junio 2002. Pág. 125.

⁷¹⁸ [85] Tavares. en ADPCP. 1987, p. 753 y ss., p. 767; Sanguina, en "Ciencia e Política Criminal" en honra de Heleno Fragoso, p. 465; Cury Urzúa, p. 216; Cadoppi. // *valore del precedente nel diritto penale*, p. 318; Spolansky, en LL, p. 851 y ss.; en lugar, se refiere a la retroactividad de la jurisprudencia constitucional, Carbonell Mateu, p. 149; rechazan la retroactividad de la jurisprudencia constitucional más gravosa, Cobo-Vives, p. 184. Citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA Alejandro. SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición. Buenos Aires Junio 2002. Pág. 126.

⁷¹⁹ [86] Cfr. Bacigalupo, en "El derecho penal hoy". Hom. al Prof. David Baigún, p. 150 y ss. Citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA Alejandro. SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición. Buenos Aires Junio 2002. Pág. 126.

acciones reguladas por la misma ley, resultarán juzgadas de modo que una sea condenada y otra absuelta, sólo porque la primera fue juzgada antes. Elementales razones de equidad y el art. 16 CN imponen la admisión de la revisión.

Respecto de la jurisprudencia constitucional, el problema es diverso: cuando una decisión de la Corte Suprema declara inconstitucional una ley, no es admisible que luego revierta su criterio regresivamente. Por elementales razones de seguridad jurídica, el tribunal de control de constitucionalidad no puede decidir regresivamente sobre sus propias decisiones, porque las garantías son de realización progresiva y no es admisible el regreso cuando se marcó un nivel más avanzado. Si la adición de derechos en un sistema jurídico tiene carácter irreversible cuando es legal, no puede dejar de tenerlo cuando la jurisprudencia constitucional ejerce su poder legislativo negativo, pues tampoco en este caso sería admisible un progreso hacia el mal⁷²⁰. Así como la ciencia difícilmente puede retroceder intencionalmente por debajo del saber acumulado, tampoco el sistema puede perder un nivel de conciencia moral colectivamente alcanzado.”⁷²¹

“En la misma perspectiva crítica se sitúa un trabajo de JÓRG POLAKIEWICZ de 1992, quien, con una minuciosa argumentación del derecho vigente, concluye que sólo serían punibles los homicidios cometidos que excedieran los límites legales vigentes en la ley de la DDR [República Democrática Alemana] al tiempo del hecho, dejando abierta la puerta para la punición, al rechazar la prohibición de retroactividad de la jurisprudencia. Knut AME-LUNG también asumió una posición fuertemente crítica, pero basándose en la imposibilidad de fundar la culpabilidad. Ralf DREIER y Walter GROPP expresaron también opiniones críticas que el autor sintetiza.”⁷²²

En la doctrina nacional los profesores Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga, exponen, negando la posibilidad de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia: “Las reglas del derecho penal temporal se refieren sólo a los cambios de ley, por lo tanto, no pueden aplicarse en el caso de producirse un cambio de criterio admitido en la jurisprudencia. En otras palabras, la cuestión es saber si ha de aplicarse el nuevo sentido atribuido a la ley mediante la interpretación a situaciones ocurridas durante el período en que se le daba otro contenido.

Si se comprende la interpretación, en el sentido tradicional, como el simple hecho de precisar el sentido contenido en la ley, no habría dificultad en concluir

⁷²⁰ [87] Bidart Campos, *Tratado*, tomo IV, p. 579; del mismo, *Casos*, p. 27; entre los constitucionalistas antiguos, López, Lucio V., *Curso*, p. 117; De Vedia, *Constitución Argentina*, p. 100; González, Florentino, *Lecciones*, p. 32 y ss.; Estrada, *Curso*, p. 181. Citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA Alejandro. SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición. Buenos Aires Junio 2002. Pág. 126.

⁷²¹ [88] Cfr. Habermas, *La reconstrucción del materialismo histórico*, p. 294. Citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA Alejandro. SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición. Buenos Aires Junio 2002. Pág. 126.

⁷²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Editorial B de F Montevideo - Buenos Aires. Julio César Faira - Editor. Argentina. Enero de 2005. Pág. 306.

que no hay modificación de ésta, y, en consecuencia, tampoco conflicto de leyes en el tiempo. Diferente es la situación cuando se la concibe como un proceso lógico valorativo por medio del cual los jueces dan un contenido a la disposición legal interpretada y aplicada. En esta perspectiva, si un criterio, admitido por los magistrados de manera amplia y durante mucho tiempo, por ejemplo, por los de la Corte Suprema, es abandonado en favor de otro menos represivo, se puede decir que se ha producido un cambio substancial en el contenido de la ley y, por tanto, resultaría coherente plantearse si éste debe ser tenido en cuenta en función de los casos anteriores que fueron juzgados de acuerdo con el sentido más represivo atribuido antes a la regla en cuestión. En especial, tratándose de sentencias vinculantes o acuerdos plenarios, cuyo objetivo es establecer directivas generales de interpretación que deben ser seguidas por todos los jueces.

En estos casos, en los que la frontera entre lo punible y lo que no lo es depende del juez, la aplicación con efecto inmediato de un cambio de jurisprudencia parece discutible⁷²³. Así, se ha llegado a sostener, por parte de la Comisión europea de derechos del Hombre, que “una modificación jurisprudencial por interpretación extensiva de una disposición penal supone un problema respecto al art. 7 § 1 CEDH, cuando tiene por efecto agravar la pena infligida”.⁷²⁴

Continúan los profesores Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga: “El problema se agudiza cuando la fuerza creadora de los jueces da lugar a la producción real de una regla de la que depende la represión de determinados comportamientos. Por ejemplo, en Alemania, el Tribunal Federal Supremo estatuyó que 1.35 % de alcohol en la sangre bastaba para retirar el permiso de conducir a un chofer que originara un accidente, en lugar de 1.5 % que desde tiempo atrás venía considerando⁷²⁵. De modo que cabría preguntarse si este nuevo límite debió o no ser considerado para decidir sobre comportamientos cometidos antes de que fuera establecido por la jurisprudencia. Según la concepción dominante, en dicho país, el principio de la irretroactividad no se aplica en estos casos, debido a que del texto legal se desprende que su aplicación está vinculada sólo a la ley y, así mismo, porque el juez no crea mediante la interpretación nuevas disposiciones legales⁷²⁶. De acuerdo con este criterio, la jurisprudencia alemana⁷²⁷ trata de

⁷²³ [420] Cfr. ESER, en SCHONKE/SCHRODER²⁰, 06, §2 N° 9. Citado por HURTADO POZO, José. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Idemsa. Cuarta Edición. Lima Octubre 2013. Pág. 326.

⁷²⁴ [421] Decisión del 4 de marzo de 1985 en la causa Enkelmann contra Suisse, en JAAC 49 (1985), N° 76. Citado por HURTADO POZO, José. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Idemsa. Cuarta Edición. Lima Octubre 2013. Pág. 326.

⁷²⁵ [422] BGHSt. 21, p. 157; 32, p. 229. Cfr. TROENDLE, 1974, § 2, N° 53-55 y la amplia bibliografía allí citada. Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2009, I, p. 107 ss. Citado por HURTADO POZO, José. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Idemsa. Cuarta Edición. Lima Octubre 2013. Pág. 326.

⁷²⁶ [423] RIESE, en NJW 1969, p. 549; TROENDLE, 1974, §2, N° 53. Citado por HURTADO POZO, José. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Idemsa. Cuarta Edición. Lima Octubre 2013. Pág. 326.

⁷²⁷ [424] Cfr. SCHREIBER, 1698, p. 348. Citado por HURTADO POZO, José. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Idemsa. Cuarta Edición. Lima Octubre 2013. Pág. 326.

encontrar la solución recurriendo al error de prohibición⁷²⁸. En contra de esta opinión, se hace referencia, primero, al desconocimiento de la estrecha relación existente entre la ley y su interpretación, que implica su admisión; y, segundo, al hecho de que un cambio en la jurisprudencia comporta más que un pequeño cambio en la legislación.”⁷²⁹

Aterrizando en la práctica y con relación al ámbito jurisprudencial los profesores Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga exponen: “Este criterio ha sido admitido en un acuerdo de la Corte Suprema⁷³⁰. En éste, se estableció como precedente vinculante que “si bien con posterioridad a la fecha de expedición de la sentencia condenatoria se dictó el AP N° 3-200S/CJ-116, el mismo que a tenor a lo señalado en el art 301-A del CdePP, tiene carácter vinculante y ha de ser de obligatorio cumplimiento' en todas las instancias judiciales, según lo dispuesto por el 1er inc., del art 22 del TUO de la LOPJ, éste no es de aplicación retroactiva ya que ésta solo atañe a la ley penal, tal como lo establece el art, 6”.

Así mismo; se sostuvo que un cambio de criterio judicial no es en sí mismo un cambio normativo-legal que posibilite la aplicación retroactiva de un precedente favorable a la situación jurídica del imputado o condenado. Así, señaló que: “cabe puntualizar que la modificación de un fallo firme sólo es posible cuando media una modificación legal, que no ha ocurrido en el caso de autos; que un supuesto cambio jurisprudencial no constituye cambio normativo porque, como aclara Roxin, la nueva interpretación no es una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida; en consecuencia, un pedido de sustitución basado en un supuesto cambio jurisprudencial, no es conforme al principio de legalidad”.”⁷³¹

Continúan los profesores citados: “Sin embargo, cabe insistir, conforme a una corriente “minoritaria pero creciente”⁷³² si no debería, aunque de manera restringida, admitirse la retroactividad respecto a las decisiones jurisprudenciales. Esto es sobre todo válido, en países como el nuestro, cuando se reconoce a ciertas decisiones (p. ej., acuerdos plenarios o sentencias del Tribunal Constitucional) un carácter vinculante que debe ser obligatoriamente

⁷²⁸ [425] Cfr. *infra* N° 1758 ss. Citado por HURTADO POZO, José. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Idemsa. Cuarta Edición. Lima Octubre 2013. Pág. 326.

⁷²⁹ [426] 426 Cfr. ESER, en SCHOENKE-SCHROEDER, 2001, §2, N° 9 a, considera que la ley y su aplicación judicial comportan una unidad, a partir de la cual se distingue entre lo prohibido y lo permitido, En base a esto, admiten que la irretroactividad se aplica a los casos en que se produce un cambio en la jurisprudencia que de manera uniforme existe sobre un problema determinado. Citado por HURTADO POZO, José. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Idemsa. Cuarta Edición. Lima Octubre 2013. Pág. 327.

⁷³⁰ [427] AP N° 1-2007/ESV-22, del 16 de noviembre de 2007, en cuyo F.J. 10 dispuso que constituía precedente vinculante el F.J. 3 de la resolución del 08 de agosto de 2006, RN N° 1920-2006. Citado por HURTADO POZO, José. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Idemsa. Cuarta Edición. Lima Octubre 2013. Pág. 327.

⁷³¹ HURTADO POZO, José. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ob. Cit. Pág. 327.

⁷³² [428] ROXIN, 2003, §5 N. 59. Citado por HURTADO POZO, José. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Idemsa. Cuarta Edición. Lima Octubre 2013. Pág. 327.

seguido en la aplicación de la ley interpretada. No es dable argumentar en contra que se contradiría el principio de legalidad porque no se puede exigir que las personas conozcan los cambios de jurisprudencia, ya que esto significaría admitir que es válido el criterio de que no se puede alegar ignorancia de la ley porque todos conocen las leyes. Tampoco, podría decirse que significaría no respetar la separación de poderes, pues los jueces (caso notorio es el de los jueces del Tribunal Constitucional) al otorgar un sentido a la ley al momento de interpretarla y aplicarla al caso concreto cumplen una función semejante. Problema importante presenta el caso en el que mediante un cambio de la jurisprudencia se dejase de considerar delito. Si esto bien podría resolverse mediante el recurso al error sobre la ilicitud, no es posible en la hipótesis prevista en el art. 7 (el hecho no es más punible).⁷³³

Es del mismo parecer el profesor Claus Roxin, es más la Corte Suprema, lo cita como argumento para no tomar retroactividad la retroactividad de jurisprudencia, veamos el al respecto: “Respecto de la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad. Por lo tanto, si el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprud. anterior, éste tiene que soportarlo⁷³⁴, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida. Frente a esto, una opinión minoritaria, pero creciente, pretende subsumir en el art. 103 II GG el supuesto de modificación de una jurisprud. constante y que parecía garantizada⁷³⁵; pues sostiene que el ciudadano confía en una jurisprud. firme lo mismo que en la ley y no se puede defraudar esa confianza. Pero esta posición no se puede compartir⁷³⁶, por ser contraria a la idea básica del principio de legalidad, ya que equipararía legislación y jurisprud., a pesar de que el art. 103 II GG parte precisamente de la separación de ambos poderes y limita la labor del juez a colmar el marco de la regulación legal (nm. 28)⁷³⁷, que es el único por el que se debe orientar el ciudadano. Este no tiene por qué conocer la jurisprud. (¡Lo que sería ya una exigencia excesiva para la mayoría de los ciudadanos!), y no debe confiar en ella, ¡sino sólo en el tenor

⁷³³ HURTADO POZO, José. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ob. Cit. Pág. 328.

⁷³⁴ [86] Así tb. la jurisprud.: BVerfGE 18, 240; BGH VRS 32 (1967), 229; MDR (D) 1970, 196; MDR en Herian, GA 1971, 37; KG VRS 32 (1967), 264. Citado por ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. 1ª edición. Madrid. 1997. Pág. 165.

⁷³⁵ [87] Así sobre todo Schreiber, JZ 1973, 718; SK2-Schreiber, § 1, nm. 6; pero tb., p.ej., Baumann/Weber, AT, § 12 I 2 a; Kohlmann, 1969, 268 ss.; Maurach/Zipf, AT/1 8, 12/8; Neumann, ZStW 103 (1991), 331; vacilante Sch/Sch/Eser 24, § 2, nm. 9. Citado por ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. 1ª edición. Madrid. 1997. Pág. 166.

⁷³⁶ [88] Así tb. la op. dom.; cfr. por todos, con amplias referencias, LK10-Tröndle, § 2, nm. 16-24, y Dannecker, 1992, 364 ss. Citado por ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. 1ª edición. Madrid. 1997. Pág. 166.

⁷³⁷ [89] Ceteramente Schünemann, 1978, 28: en un cambio de jurisprud. la Justicia se corrige “sólo a sí misma, y no al legislador”. Citado por ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. 1ª edición. Madrid. 1997. Pág. 166.

literal de la ley! Dado que los cambios de jurisprudencia tienen que mantenerse dentro del ámbito del sentido literal posible, de todos modos son tendencialmente menos gravosos y más previsibles que los cambios legales, y en algunos casos el ciudadano puede y debe ajustar su conducta a los mismos. Ello rige también respecto de la rebaja de la cuota límite de la absoluta incapacidad para conducir (§ 316), desde el 1,3 ‰ al 1,1 ‰, efectuada por el BGH en 1990 (BGH NSTZ 1990, 491); por consiguiente, si se condena por el § 316 a alguien que antes de dictarse la nueva sentencia del BGH hubiera conducido con un 1,2 ‰ de alcoholemia, ello no infringe el art. 103 II GG (BVerfG NSTZ 1990, 537)⁷³⁸. Por otra parte, naturalmente que se dan muchas acciones en las que su autor había confiado de modo no reprochable en una determinada jurisprudencia e incluso había recabado asesoramiento jurídico específicamente a tal efecto; y en dichos supuestos seguramente no es lícito castigar al sujeto por su confianza en el Derecho en caso de que haya un cambio posterior de jurisprudencia. Pero en tal caso la absolución se producirá de todos modos por haber un error de prohibición no culpable (§ 17), y para ello no es preciso extender el art. 103 II GG a los cambios jurisprudenciales.”⁷³⁹

5.1.- Valor normativo de la jurisprudencia.

Del ítem anterior hemos podido reparar que la doctrina expone que sí cabe la posibilidad de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia, sin embargo nos formulamos la interrogante si la jurisprudencia, incluido los PV, no tienen valor normativo ¿Entonces nos preguntamos porque se constituyen como causales de procedencia del Recurso de Casación?

“(…) si la jurisprudencia no es fuente del Derecho, no es fácil de explicar por qué puede anularse la sentencia que la infrinja.”⁷⁴⁰

Al respecto es paradigmático el art. 34º de la Nueva Ley Procesal del Trabajo Ley Nº 29497, (NLPT, en adelante), al respecto estipula:

Artículo 34.- Causales del recurso de casación.

El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o **en el apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República.** (Resaltados nuestros).

⁷³⁸ [89 a] En contra Bemreuther, MDR 1991, 829; Hüting/Konzak, NZV 1991, 255; Krah1, NJW 1991, 808.

⁷³⁹ [90] También quienes pretenden aplicar el art. 103 II GG a los cambios de jurisprud., consideran en principio posible una autorrectificación de la jurisprud. en sentido agravatorio, pero consideran que la misma sólo debe aplicarse a los casos futuros y que en los procesos en curso únicamente cabe anunciarla *pro futuro*. Sin embargo, tal modo de proceder no es practicable dentro del marco del Derecho procesal vigente; cfr. detalladamente sobre ello Tröndle, Dreher-FS, 1977, 117 ss. Citado por ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*. Ob. Cit. Pág. 166.

⁷⁴⁰ [Pie de página 120] Citado por TARDÍO PATO, José Antonio. *La retroactividad de la jurisprudencia como peligro para la seguridad jurídica y la confianza legítima*. En: Revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos. CEFLegal. Revista Mensual núm. 203. Diciembre 2017. Pág. 143. Disponible en: <http://www.aepda.es/AEPDAAdjunto-2160-Articulo.aspx> (Fecha de consulta 23/04/19).

Al respecto la doctrina expone: “**Apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República:** La segunda causal de procedencia del recurso de casación la constituye el apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República.

(...) Si aplicamos la misma lógica y tomamos en consideración el artículo 40 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, podemos afirmar que el precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República es el criterio fijado por el pleno de los jueces supremos que conforman las salas en materia constitucional y social, que se origina en razón de la resolución de un caso particular y concreto, y que adquiere efectos normativos que vinculan a los órganos jurisdiccionales de la República para que ante casos similares se resuelva de forma predictiva.”⁷⁴¹

Lo mismo fluye del art. 386° del Código Procesal Civil, (CPC, en adelante), modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29364, publicada el 28 mayo 2009, en el diario oficial *El Peruano*,⁷⁴² al respecto estipula:

“Artículo 386.- Causales El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial.”

Al respecto la doctrina expone: “Sobre el particular, el artículo 396 del Código Procesal Civil establece que si la Sala Suprema declara fundado el recurso por infracción de una norma de derecho material, la resolución impugnada deberá revocarse, íntegra o parcialmente, según corresponda. También se revocará la decisión si la infracción es de una norma procesal que, a su vez, es objeto de la decisión impugnada. Igualmente, el artículo citado prescribe que si se declara fundado el recurso por apartamiento inmotivado del precedente judicial, la Corte procederá a revocar la resolución impugnada. Como puede apreciarse, en estos casos la sentencia casatoria tiene efectos positivos, porque la Corte Suprema reforma directamente la resolución emitida por la Corte Superior.”⁷⁴³

5.2.- Jurisprudencia y Precedentes Constitucionales Vinculantes como Fuente de Derecho.

⁷⁴¹ ÁVALOS JARA, Oxal Víctor. *Principales aspectos del recurso de casación según la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. En: Achulli Espinoza, Maribel. Huamán Estrada, Elmer. (Coordinadores). Estudios sobre los medios impugnatorios en los procesos laborales y constitucionales. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Noviembre 2011. Pág. 172.

⁷⁴² TUO del Código Procesal Civil. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A74C46F90D22260D05257A87006608DF/\\$FILE/TEXTTO_UNICO_ORDENADO_DEL_CODIGO_PROCESAL_CIVIL.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A74C46F90D22260D05257A87006608DF/$FILE/TEXTTO_UNICO_ORDENADO_DEL_CODIGO_PROCESAL_CIVIL.pdf) (Fecha de consulta 22/04/19).

⁷⁴³ TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. *El nuevo recurso de Casación Civil. Recientes modificaciones y repaso jurisprudencial*. Manual 2. Gaceta Jurídica. Lima. 2010. Pág. 34.

Otro argumento que abona la tesis sobre el carácter normativo de los Precedentes Constitucionales Vinculantes y de la Jurisprudencia, y por lo tanto la proscripción de la aplicación retroactiva perniciosa de la jurisprudencia y de los PV, ello implica considerar a la Jurisprudencia y a los PV, como fuentes principales del Derecho, la doctrina que se muestra contraria estaría invocando o apelando implícitamente a la ubicación de nuestro ordenamiento jurídico dentro de la familia jurídica del *Civil Law*, donde la principal y única fuente es la legislación, sin embargo no se repara que no existen ordenamientos jurídicos puros y quieran o no, hemos importado instituciones de la familia jurídica del *Common Law*, es una verdad indemostrable, que *hic et nunc*, que para resolver un caso no lo podemos hacer al margen de la jurisprudencia y de los PV, es más en las universidades, centros de enseñanza, etc., se sigue el método de casos, es decir se enseña con la jurisprudencia, porque hay figuras que han sido creadas por la jurisprudencia y no están en la legislación y nadie se escandaliza por ello, por lo que argumentar que como somos del sistema del *Civil Law*, la jurisprudencia no tiene carácter normativo y no es fuente del derecho, y por lo tanto se puede aplicar de manera retroactiva sin ningún problema, es un despropósito.

Históricamente la Jurisprudencia no fue considerada fuente del Derecho: “La Jurisprudencia no fue incluida entre las fuentes del Derecho en la reforma del título preliminar del Código Civil de 1974. Se le asignó la función de complementar el ordenamiento jurídico “al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Se ha dicho, de este modo, que la doctrina jurisprudencial cumple tres tipos de funciones: (a) una función de interpretación de las normas; (b) una función de interpretación integradora de las normas; y (c) una función de consagración de los principios jurídicos generales y de aplicación a través de procesos de concreción de las reglas exigidas por esos principios 68. El conjunto de estas funciones se condensa en la idea clave de suministrar pautas para la actividad judicial.”⁷⁴⁴

Al respecto la doctrina expone: “En definitiva, la jurisprudencia y el precedente constitucional se han convertido en verdaderas y necesarias fuentes del Derecho que si bien requieren de ajustes puntuales, pues existen algunos criterios que han causado polémica, en general vienen aportando al desarrollo del Derecho procesal constitucional y generando nuevas categorías en el ordenamiento jurídico de nuestro país.”⁷⁴⁵

“Una vez definido el concepto de jurisprudencia, conviene mencionar que en nuestro ordenamiento se ha reconocido que la jurisprudencia, y en concreto la jurisprudencia constitucional, son fuentes del derecho. En efecto, el TC ha señalado que:

⁷⁴⁴ REMÓN PEÑALVER, Jesús. *La lucha por la seguridad jurídica*. Págs.81-82. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1606/documento/art05.pdf?id=2163> (Fecha de consulta 24/04/19).

⁷⁴⁵ ABAD YUPANQUI, Samuel B. *El Precedente en el Derecho Procesal Constitucional Peruano. Una indispensable fuente del Derecho*. En: *JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional*. Grijley. Enero N° 1. 2008. Pág. 54.

“(…) 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, reconoce el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.⁷⁴⁶

En el mismo sentido, el TC señala que el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente del derecho “(...) 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.”⁷⁴⁷

“Luego, (...), vale decir, si los “precedentes vinculantes” del Tribunal Constitucional integren el catálogo de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico y de ser así cuál sería su “rango” (el Tribunal diría “categoría”), en base a lo dicho (o mejor, a lo no dicho) por el propio Tribunal en la STC N.º 0047-2004-AI/TC, la respuesta no puede sino ser negativa.

Y es que no puede sino ser negativa porque los jueces, incluso los constitucionales, no están puestos en nuestro sistema constitucional para “crear” normas, sino para “resolver” controversias concretas en base a derecho (no por nada sus actos se llaman “resoluciones”).”⁷⁴⁸

Otros argumentos que abonan nuestra tesis: “(...) si se considera a la jurisprudencia como una mera interpretación de la ley, esa jurisprudencia es aplicable retroactivamente dentro de la vigencia de la ley. Pero si se considera que, como fuente del derecho, la jurisprudencia crea derecho al llenar las lagunas y micro lagunas de la ley, y al adaptar los principios esenciales de la Constitución a circunstancias históricas cambiantes, entonces sí se puede pensar que, en determinadas circunstancias, esa jurisprudencia sólo se aplique hacia el futuro, para no crear inseguridad jurídica.”⁷⁴⁹ (Resaltados nuestros).

⁷⁴⁶ Expediente N° 00047-2004-AI/TC FFJJ 33 Y 39. Citado por TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *La vinculatoriedad de la doctrina constitucional del Tribunal Constitucional: ¿límite al control difuso de los jueces?* En: Actualidad Jurídica. Tomo 179. Gaceta Jurídica. Octubre 2008. Págs. 219-220.

⁷⁴⁷ Ibídem. Citado por TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *La vinculatoriedad de la doctrina constitucional del Tribunal Constitucional: ¿límite al control difuso de los jueces?* En: Actualidad Jurídica. Tomo 179. Gaceta Jurídica. Octubre 2008. Pág. 220.

⁷⁴⁸ ARIANO DEHO, Eugenia. “Precedentes vinculantes” y “pirámide normativa”: los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional. En: *In limine litis*. Estudios críticos de derecho procesal civil. Instituto Pacífico. Primera Edición. Mayo 2016. Págs. 56-57.

⁷⁴⁹ GARCÍA HUANTE, Omar. *La aplicación retroactiva de la Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación*. Tesis para obtener el grado de maestro. Universidad Nacional Autónoma de México. División de estudios de posgrado de la facultad de Derecho. Maestría en Derecho. México D.F. 2009. Pág. 94. Disponible en:

“(…) la tesis de la irretroactividad “aparece como la más adecuada, porque sin duda alguna deja a salvo los principios de seguridad jurídica y justicia” (CSJ, 5883/2001)...”⁷⁵⁰

“Por lo tanto, si para saber cuál es el contenido efectivo de la ley ha de estudiarse la jurisprudencia⁷⁵¹, parece no sólo aceptable, sino también exigible, que se aplique también a ésta la prohibición de retroactividad.”⁷⁵²

6.- La aplicación retroactiva perniciosa del Precedente Constitucional Vinculante.

Lo contrario de la aplicación retroactiva es la irretroactividad, la cual está basada en razones: “Se tienen como razones de confianza en la legislación vigente, de seguridad jurídica para los ciudadanos, de mantenimiento de la unidad de ordenamiento jurídico y de protección de orden público las que sustentan el principio de irretroactividad de la ley como principio general que admite excepciones⁷⁵³. A las relaciones y situaciones jurídicas ya consumadas, no les son aplicables la ley nueva, pero si esas relaciones y situaciones no se han agotado antes de la extinción de la ley antigua, se les aplica inmediatamente la ley nueva (teoría de los hechos consumados).”⁷⁵⁴

“La seguridad jurídica es uno de los pilares del Estado constitucional de Derecho y la esencia de la vida de la sociedad en cualquiera de sus aspectos: civil, cultural, industrial, comercial, etc. Constituye la base sobre la cual se construye el progreso del individuo, y la familia, sin embargo, no toda seguridad merece protección, sino que tiene que equilibrarse dentro de lo justo, armonizando los intereses individuales con el bien común, debiendo prevalecer este último sobre aquellos en caso de conflictos. En ese sentido, no puede ser relegada, en aras de la seguridad, la irretroactividad de la ley, debiendo colocarse en la organización la vida en comunidad de tal forma de los derechos

http://www.senado.gob.mx/comisiones/hacienda/docs/Magistrado_TFJFA/OGH_Tesisdemaestria.pdf

(Fecha de consulta 24/04/19).

⁷⁵⁰ CUESTA DAVU, Ajani Akin. *Responsabilidad del estado por simple cambio de jurisprudencia en el derecho colombiano*. Pág. 57. Disponible en: <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/download/86/81> (Fecha de consulta 24/04/19).

⁷⁵¹ [17] MADRID CONESA, El principio, cit., pp. 13 y s. Citado por CALDERÓN, Guillermo Oliver. *¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?* Pág. 361. Disponible en: <http://www.rderecho.equipo.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/537/505> (Fecha de consulta 24/04/19).

⁷⁵² CALDERÓN, Guillermo Oliver. *¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?* Ob. Cit. Pág. 361.

⁷⁵³ STC Exp. N° 03610-2008-PA/TC, del 17 de agosto de 2008. La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad es la premisa según la cual en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídicas, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia (f. j. 20). Citado por VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Rosa. *Vigencia de normas. Comentarios a la segunda disposición final del Código Procesal Constitucional*. En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo II. Primera Edición. Diciembre 2015. Pág. 430.

⁷⁵⁴ VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Rosa. *Vigencia de normas. Comentarios a la segunda disposición final del Código Procesal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 430.

fundamentales sean toda una realidad para esta, siendo este el objetivo de la justicia social.”⁷⁵⁵

“Por lo tanto, la irretroactividad de la ley, conforme lo señala Díez Picazo y Gullón⁷⁵⁶, se tiene como una exigencia de justicia y seguridad jurídica, es decir, no se puede aplicar una nueva ley a actos realizados antes de que sea creada o promulgada, por que no se encontraba en aplicación, ya que en ese momento no era conocida. En ese sentido, ante la controversia, se puede advertir que si bien existen casos en que la retroactividad conduce a situaciones injustas, como la sanción *ex post facto* por un acto que no era punible cuando se realizó, también existen otros casos en que la injusticia se produce con la irretroactividad de la ley.

Esto significa que las leyes no tienen efecto en situaciones ocurridas antes de su promulgación salvo que en ellas se disponga lo contrario. El principio es lógico, pues cada vez que sobreviene un cambio en las leyes, la derogación de una norma anterior y su relevo por una nueva ley plantea el problema de cuál ha de ser el alcance temporal de ambas.”⁷⁵⁷

Nos hemos propuesto como objetivo *Definir si los nuevos precedentes constitucionales vinculantes que imponen cargas deben o no deben aplicarse a los procesos constitucionales en curso*, por ello postulamos la proscripción retroactiva de los PV, que imponen cargas, por ello se nos podría objetar bajo el argumento que no podríamos emplear como parámetro el art. 103º de la Constitución, para impedir la aplicación retroactiva del PV, por dos razones fundamentales, la primera: el art., citado mantiene la prohibición de retroactividad solo para las **leyes**, y no para la jurisprudencia y mucho menos con ello resulta aplicable al PV, y el segundo fundamento: y en el hipotético caso que fuera así, las leyes deberían ser de contenido material mas no procesal.

Veamos como resuelve el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH, en adelante): “El TEDH entiende que la noción de “ley” que utiliza el CEDH en su artículo 7 comprende tanto la ley material como su desarrollo jurisprudencial y, además, lo relevante no es sólo su previa existencia sino que también recoge unas exigencias cualitativas que se cifran en sendos requerimientos de accesibilidad y previsibilidad⁷⁵⁸. De esta manera, la garantía penal se incumple si hay una aplicación retroactiva de una ley/jurisprudencia que

⁷⁵⁵ Ibídem. Pág. 431.

⁷⁵⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*. Ob. cit., pp. 119 y 120. Citado por VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Rosa. *Vigencia de normas. Comentarios a la segunda disposición final del Código Procesal Constitucional*. En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo II. Primera Edición. Diciembre 2015. Pág. 430.

⁷⁵⁷ VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Rosa. *Vigencia de normas. Comentarios a la segunda disposición final del Código Procesal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 430.

⁷⁵⁸ [61] STEDH as. Del Río c. España '13, para. 91. Citado por RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel. *Nulla poena sine lege y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as. Del Río Prada c. España (21/10/2013)*. ADPCP, VOL. LXVI, 2013. Pág. 267. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2013-10025100292 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES *Nulla poena sine lege y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as. Del Río Prada c. España (21/10/2013)* (Fecha de consulta 24/04/19).

impone una pena desfavorable, o si la ley/jurisprudencia que la impone no era accesible o previsible en el momento de la comisión del delito. En concreto, y en relación con la jurisprudencia, el TEDH acepta la necesidad de su evolución, pero exige que los cambios sean “coherentes con la sustancia del delito y razonablemente previsibles”⁷⁵⁹.

De lo antes expuesto, debemos argumentar que por propia concepción que ha asumido el TC, se ha expuesto que el PV, tiene efectos similares a la ley, y es oponible a todos, tiene una vocación de expansión al igual que la ley, por nuestra parte ya sabemos que el PV tiene fuerza de ley, pero no tiene rango de ley, y sabemos que los justiciables y con ello los operadores jurídicos siguen las interpretaciones del TC, contenidas en los PV, pero que sucedería, se entiende dentro de un proceso constitucional en trámite, de un momento a otro se cambian las reglas del proceso, es decir el TC, expone ayer dije A, ahora digo B, y todos los años, meses o días que has invertido litigando no me importa, porque en virtud de mi autonomía procesal puedo aplicar ese cambio para los procesos incluso en trámite, y sin prevenirles a los sujetos procesales para que toman sus medidas correctivas pertinentes, ello implica que no hay seguridad jurídica por qué? Porque no hay reglas claras para que el TC, module el impacto de sus cambios de PV o de línea jurisprudencial, con ello queda comprobado nuestro objetivo planteado en nuestra tesis ***Demostrar que la falta de reglas claras en torno a la aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante, que impone cargas, vulnera el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y el valor seguridad jurídica.***

En un argumento con una suerte de analogía *in bonam partem*, expone: “Desde tal perspectiva, si el precedente tiene efectos similares de una ley y de acuerdo al artículo 103° de la Constitución Política del Perú la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo; **entonces puede concluirse que el precedente vinculante se rige por el principio de aplicación inmediata, no teniendo fuerza ni efectos retroactivos**, sino en materia penal cuando favorece al reo y cuando se trate de la violación de principios tributarios, conforme se desarrolló anteriormente.”⁷⁶⁰ (Resaltados nuestros).

Al respecto la doctrina con relación a la fuerza de ley, expone: “**Fuerza de Ley (Gesetzeskraft):** No quiere decir que tengan los mismos efectos que las leyes. Las sentencias constitucionales trascienden la habitual limitación de los mismos a las partes que participaron en el proceso, gozando en algunos casos de efectos frente a todos, eficacia *erga omnes*, particularmente en los supuestos

⁷⁵⁹ [62] STEDH as. Del Río c. España '13, para. 93. Citado por RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel. *Nulla poena sine lege y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as. Del Río Prada c. España (21/10/2013)*. Ob. Cit. Pág. 268.

⁷⁶⁰ MEZA FLORES, Eduardo J. *Efectos de la variación jurisprudencial vinculante en materia de bonificaciones estatales*. En: Cáceres Arce, Jorge Luis. (Coordinador). Ponencias del V congreso nacional de derecho procesal constitucional. Adrus D&L Editores S.A.C. Primera Edición: Octubre de 2014. Págs. 446-447.

en que se declaran la inconstitucionalidad y nula una norma, en lo que, lógicamente no pueden dejar de aspirar a tener un alcance tan general como ésta.

Se extiende a las sentencias recaídas en los procesos de tutela de derechos fundamentales, si las mismas afectan a una regla de Derecho y por ello deben tener un alcance tan general como el que posee aquella, es decir, en los supuestos en los cuales se puede establecer positivamente un precedente vinculante, según dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.”⁷⁶¹

En la misma línea argumentativa se expone que el PV, tiene efectos similares a la ley, al respecto una voz muy autorizada al respecto argumenta: “La dimensión de la eficacia del precedente tiene que ver con la naturaleza e intensidad de la influencia que ejerce sobre la decisión posterior. En la perspectiva de la doctrina más tradicional y rigurosa del precedente, un problema de este tipo ni siquiera se plantea: el precedente tiene eficacia jurídicamente vinculante para las decisiones posteriores de casos idénticos o análogos, y desde este punto de vista tiene un perfil **que opera de manera igual a una norma de legal**; lo que no tiene eficacia, no es un precedente en sentido estricto”⁷⁶². Por la misma razón, el objeto del precedente es la *ratio decidendi*, que tiene eficacia vinculante, y no el *obiter dictum*, que tiene eficacia sólo persuasiva.”⁷⁶³ (Resaltados nuestros).

El PV, es oponible *erga omnes*, al respecto la doctrina expone: “Por lo demás, un sistema de precedentes obliga a los jueces a pensar en el impacto del caso *sub júdice* respecto de los casos futuros sustancialmente iguales. Al resolver se obliga a hacer una abstracción de las partes litigantes, acentuando con ello el sentido de imparcialidad. Esta sola posibilidad amerita darle valor al efecto *erga omnes*, pues al actuar de esa manera lo hace según los fines del Art. 1 del Código Civil Suizo, que le reconoce al juez el papel de legislador cuando dice que “En defecto de ley o costumbre, el juez decidirá según la regla que él mismo establecería como legislador.”⁷⁶⁴

6.1- Posiciones a favor de la aplicación retroactiva perniciosa del Precedente Constitucional Vinculante.

Las tesis o posiciones a favor de la aplicación del PV, a los procesos en trámite, invocan el Principio de Autonomía Procesal Constitucional del TC.

⁷⁶¹ CANALES CAMA, Carolina. *Eficacia y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 143.

⁷⁶² *Vid.*, en general, CROSS y HARRIS, 1991: 97 y ss., TWINING y MIERS, 1982: 349 y ss., CRISCUOLI, 1981: 336 y ss. Citado por TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. (Traducción de Maximiliano Aramburo Calle). Madrid. Marcial Pons 2009. Pág. 551.

⁷⁶³ *Vid.*, *supra*, 3, y las referencias allí indicadas. Citado por TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. (Traducción de Maximiliano Aramburo Calle). Madrid. Marcial Pons 2009. Pág. 551.

⁷⁶⁴ RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *Reflexiones a propósito de la denominada “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 283.

Con relación al concepto de Principio de Autonomía Procesal, la doctrina expone: **“El concepto de autonomía procesal:** Si bien de lo expuesto hasta aquí es posible entender la autonomía procesal como un concepto que avala la creación de normas sustanciales y procesales de manera exclusiva por el TC, este no deja de ser problemático, esencialmente por tres tipos de cuestionamientos: a) ¿cuenta la autonomía procesal con algún apoyo en el ordenamiento jurídico que la justifique?; b) ¿qué diferencia a la autonomía procesal de los métodos de interpretación tradicional que utiliza el Derecho para la creación o integración de normas jurídicas?; y c) si se asume que la autonomía procesal tiene un contenido propio ¿cuáles son los límites a su ejercicio?”⁷⁶⁵

Debe agregarse que la retroactividad que implica la “aplicación inmediata” no resulta arbitrario, pues en realidad lo que el Tribunal Constitucional lleva a cabo es el **principio de autonomía procesal** que informa sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, conforme a las cuales goza de un **margen razonable de flexibilidad para modular los efectos o el impacto de sus sentencias sobre los justiciables**, de manera que cualquier formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales, esto es, la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).⁷⁶⁶ (Resaltados nuestros).

Esta posición debe ser objetada bajo el siguiente argumento: “El valor de la jurisprudencia constitucional es indiscutible. Aharon Barak en su obra *Un Juez reflexiona sobre su labor* define de manera precisa su importancia cuando dice que “En realidad, la desviación del precedente del tribunal **es un asunto grave y se debe tomar con responsabilidad**. El precedente no es inmutable, pero oponerse a la jurisprudencia establecida no es un objetivo en sí mismo. La separación del precedente debe ser la excepción, no la regla. Y cuando un juez se aparta del precedente, debe ser explícito al respecto, asumiendo responsabilidad personal por el cambio. El Poder Judicial debe ser transparente... la “carga de la prueba” debe yacer en quien sea que desee apartarse del precedente. Por tanto, cuando se equilibran las balanzas debemos apegarnos al precedente”.⁷⁶⁷ (Resaltados nuestros).

6.2.- Posiciones en contra de la aplicación retroactiva perniciosa del Precedente Constitucional Vinculante.

“Las siguientes reflexiones deben partir de una consideración previa: un cambio jurisprudencial agravatorio y posterior a la comisión del hecho, y que implica una alteración radical del criterio anteriormente mantenido de forma

⁷⁶⁵ RIVAS ALVA, Mauro Alejandro. *La creación del recurso de apelación por salto como institución procesal destinada a garantizar la efectividad de las sentencias del Tribunal Constitucional*. En: Achulli Espinoza, Maribel. Huamán Estrada, Elmer. (Coordinadores). Estudios sobre los medios impugnatorios en los procesos laborales y constitucionales. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Noviembre 2011. Pág. 317.

⁷⁶⁶ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *El nuevo proceso de amparo arbitral: Sobre su aplicación temporal*. En: Castillo Freyre, Mario (Editor) Arbitraje y Constitución. Palestra Editores S.A.C. Primera edición. Diciembre 2012. Pág. 58.

⁷⁶⁷ RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *Reflexiones a propósito de la denominada “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 281.

reiterada y constante, no es diferente, desde una valoración material, a la aplicación de una ley sancionadora desfavorable o restrictiva de derechos individuales. Se afirma que la ley y la aplicación judicial del derecho representan una unidad de la cual se deduce lo que está o no prohibido.”⁷⁶⁸

El profesor Sáenz Dávalos expone: “Para un cierto sector, el precedente es una regla que puede aplicarse hacia adelante o hacia atrás, sin que opere ningún referente de limitación. De este modo pueden establecerse precedentes con efecto retroactivo, sea que estos favorezcan, sea que estos perjudiquen.

Otro sector de opinión, entiende que aunque la aplicación retroactiva del precedente es perfectamente posible, ella sólo se hace legítima, en tanto no perjudique. Dicho en otros términos, el precedente retroactivo solo sería para favorecer, nunca para perjudicar.

Desde nuestro punto de vista y como anteriormente lo hemos dejado establecido, el precedente con aplicación hacia atrás no puede ser aceptado como opción ilimitada, pues de serlo, se incurriría en un mecanismo generador de inseguridad, particularmente grave en aquellos supuestos de precedentes con incidencia o contenido procesal. En este contexto, se vería trastocado cuando no desnaturalizado el derecho fundamental al debido proceso en una de sus más importantes manifestaciones como lo es sin duda el procedimiento preestablecido por la ley.”⁷⁶⁹

La posición que nosotros adoptamos para fundamentar nuestros argumentos es la del profesor Sáenz Dávalos, para ello traemos a colación las tres fuentes principales del derecho, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia:

Para comenzar debemos traer a colación lo expuesto en nuestra legislación nacional y en la legislación foránea:

6.2.1.- La Legislación.

Podemos colegir que el PV tiene una regulación meramente enunciativa, en el artículo VII del CPConst., sin embargo podemos colegir que el precedente administrativo vinculante previsto en el artículo VI de ley N° 27444, con una mejor

⁷⁶⁸ [35] Cfr. ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, parágrafo 2, n. 9 a. Por su parte MUÑOZ CONDE, *Notas*, en HASSEMER, *Fundamentos*, 326 escribe, con autoridad: “Por la propia indeterminación de la ley penal el supuesto de hecho tiene que ser completado por vía jurisprudencial, con lo que es la propia jurisprudencia, con autorización tácita del legislador, la que, en definitiva, marca el ámbito de prohibición a que se extiende el tipo penal”. Citado por: RUÍZ ANTÓN, Luis Felipe. *Derecho Penal. El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*. Pág. 165. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/819650.pdf> (Fecha de consulta 24/04/19).

⁷⁶⁹ Cfr. Sáenz Dávalos, Luis.- El procedimiento preestablecido en la ley como variable del derecho constitucional al debido proceso; *Revista Peruana de Derecho Público*; Año 1; N° 2; Editora Jurídica Grijley; Lima 2001; Págs. 73 y ss. Citado por SÁENZ DÁVALOS, Luis. *El camino del Precedente Constitucional Vinculante. (Reflexiones a los diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional)*. En: Cáceres Arce, Jorge Luis. (Coordinador). Ponencias del V congreso nacional de derecho procesal constitucional. Adrus D&L Editores S.A.C. Primera Edición: Octubre de 2014. Pág. 332.

técnica legislativa, sí tiene una regla clara y específica, sobre el tema materia de investigación:

Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444.

Artículo VI.- Precedentes administrativos.

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. **LA NUEVA INTERPRETACIÓN NO PODRÁ APLICARSE A SITUACIONES ANTERIORES, SALVO QUE FUERE MÁS FAVORABLE A LOS ADMINISTRADOS.**

3. En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes. (Resaltados nuestros).

En la legislación supranacional, podemos advertir que el hermano país la República de los Estados Unidos Mexicanos - México, la cuna del Proceso de Amparo, también ha afrontado la problemática planteada, y ha demostrado que su legislador es más sagaz que el nuestro, la cual sí tiene una regla clara sobre la jurisprudencia:

Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103° y 107° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁷⁷⁰

Artículo 217° La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente.

La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo

⁷⁷⁰ La nueva ley, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación mexicana el 2 de abril de 2013. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5294184&fecha=02/04/2013 (Fecha de consulta 23/04/19).

anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito.

LA JURISPRUDENCIA EN NINGÚN CASO TENDRÁ EFECTO RETROACTIVO EN PERJUICIO DE PERSONA ALGUNA.
(Resaltados nuestros).

6.2.2.- La doctrina.

Con relación al art. 217° de la Ley de Amparo Mexicana, la doctrina expone:

“Por otro lado, una de las novedades más valiosas que a mi juicio trajo la LA [Ley de amparo] para salvaguardar también el derecho fundamental a la seguridad jurídica de los justiciables, es la contenida en el último párrafo del artículo 217 que ahora se examina, el cual dispone lo que sigue: “La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”

Ahora bien, ¿cuándo se está en presencia de la retroactividad de la jurisprudencia? y ¿cuándo ese efecto retroactivo viola la seguridad jurídica del gobernado?⁷⁷¹

En mi opinión, la respuesta es fácil: cuando el justiciable actúa inicialmente con base en una jurisprudencia anterior que, tiempo después, resulta superada por una nueva orientación que tiene efectos retroactivos, es decir, cuando se le aplica posteriormente por el tribunal al resolver en definitiva la controversia.”⁷⁷²

“La ley y la jurisprudencia son nociones distintas. La segunda presupone la existencia de la primera, en tanto que la interpreta o la integra a partir de que las autoridades de amparo, legitimadas para conformarla (SCJN y Tribunales Colegiados de Circuito) tiene que realizar tales funciones al resolver los juicios de amparo a partir de casos pretéritos acontecidos en el mundo fáctico o la SCJN, al resolver las controversias constitucionales o las acciones de inconstitucionalidad y los Plenos de Circuito al resolver las contradicciones de tesis.

⁷⁷¹ [9] Para mayor información sobre este interesante tema, pueden verse mis trabajos “¿Son retroactivos los nuevos criterios aislados o jurisprudenciales?”, y “¿Se acabaron los efectos retroactivos de la jurisprudencia?”, publicados, respectivamente, en la Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Números 32, 2011 y 34, 2012. Citado por ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús. *La jurisprudencia en la nueva ley de amparo*. Pág. 198. Disponible en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/35/11%20Miguel%20de%20Jesus%20Alvarado%20Esquivel.pdf> (Fecha de consulta 24/04/19).

⁷⁷² [10] “De la misma manera que existe un principio general de no retroactividad de la ley, no favorable o restrictiva de los derechos fundamentales, tal principio debe ser igualmente aplicable a la jurisprudencia y, más en concreto, a los cambios de criterio jurisprudenciales”, es la opinión de Orozco Muñoz, M., “La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante”, Arazadi, Thomson Reuters, Navarra, 2011. Citado por ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús. *La jurisprudencia en la nueva ley de amparo*. Ob. Cit. Pág. 199.

La Ley surge con la pretensión que se acate a partir de su vigencia, pues ordinariamente la conducta humana que pretende regular o 1) no estaba normada por otra o 2) lo estaba de un modo diferente (conflicto de normas en el tiempo); luego, resulta lógico y explicable que obligue a partir de su creación y no antes, en observancia al principio de seguridad jurídica en su vertiente de que sólo es dable aplicarle al justiciable la consecuencia prevista en la norma, cuando se le ha dado a conocer anticipadamente.⁷⁷³ (Resaltados nuestros).

“(…) en esta aplicación retroactiva de la jurisprudencia se puede presentar en la *praxis* en dos diferentes escenarios:

1ª. Cuando al suscitarse el supuesto de hecho, que regula la norma que interpreta o integra la jurisprudencia vigente, no existía otra (al menos de la misma jerarquía) que regulase el mismo tema dándole a la norma un alcance distinto. Y,

2ª. Cuando al generarse ese supuesto de hecho, sí se encontraba vigente una jurisprudencia que posteriormente fue superada o modificada por la jurisprudencia sustituta, vigente en el posterior momento de resolver. Surge así, lo que podríamos denominar un verdadero *conflicto de jurisprudencias en el tiempo*.⁷⁷⁴

Respecto al primer escenario no hay problema alguno, el escenario complicado es el segundo.

“(…) la Ley se debe aplicar a todos por igual, aplicarse a los supuestos de hecho anteriores a su vigencia, pues la jurisprudencia al interpretar o colmar sus lagunas, pasa a ser en ese momento parte de ésta,⁷⁷⁵ sin que en nuestra opinión proceda aplicar esta misma ley de una manera a unos (aplicando la jurisprudencia) y de otra distinta a otros (sin aplicarla), cuando al momento de resolver en ambos supuestos la única forma de interpretarla ya está definida obligatoriamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (…)”⁷⁷⁶

⁷⁷³ SOSA ORTIZ, Alejandro. *La no aplicación retroactiva de la jurisprudencia según la tesis 2ª./J.62/2014*. En: Cuadernos de Trabajo. Instituto de la Judicatura Federal - Escuela Judicial. Serie Marrón. Información General. N° 2/2015. Págs. 14-15. Disponible en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/2014/Marron/19%202-2015%20LA%20NO%20APLICACI%C3%93N%20DE%20LA%20JURISPRUDENCIA%20SEG%C3%94AN%20LA%20TESIS%202%C2%AA%20DEFINITIVO%202.pdf> (Fecha de consulta 23/04/19).

⁷⁷⁴ Ibídem. Pág. 18.

⁷⁷⁵ [11] El Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, al respecto sostiene: “*En mi opinión, el error consiste en considerar que la ley y la jurisprudencia son cosas distintas, cuando en realidad la jurisprudencia es la forma, la única forma válida, como debe interpretarse la ley, es parte esencial de la ley.*” *Reflexiones en torno a la obligatoriedad de la jurisprudencia*. Ars Iuris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación jurídicas de la Facultad de Derecho Panamericana, núm. 18, 1998, p. 142 En el mismo sentido el Ministro Jubilado Arturo Serrano Robles señala: “*La jurisprudencia se equipara a la ley porque, formalmente no es norma jurídica, lo es materialmente en cuanto posee los atributos esenciales de aquélla, que son la generalidad, la abstracción y la imperatividad.*” *Manual del Juicio de Amparo*. SCJN, Editorial Themis., p. 169. Citado por SOSA ORTIZ, Alejandro. *La no aplicación retroactiva de la jurisprudencia según la tesis 2ª./J.62/2014*. Pág. 20.

⁷⁷⁶ SOSA ORTIZ, Alejandro. *La no aplicación retroactiva de la jurisprudencia según la tesis 2ª./J.62/2014*. Pág. 20.

Debemos argumentar a nuestro turno que el cambio de jurisprudencia y su aplicación retroactiva implica, que el operador jurídico, evalúe con cierta proporcionalidad el impacto de la misma en los justiciables “en la STC 76/2005, entre otras, se exige que los cambios jurisprudenciales sean conscientes y justificados, con vocación de generalidad suficiente como para impedir su calificación como irreflexivo, arbitrario, ocasional e inesperado y vulnerador del principio de igualdad en su vertiente de aplicación judicial de la ley. Como consigna la STC 176/2000, lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, no razonado y no razonable constitutivo de resolución *ad personam*.”⁷⁷⁷

Entendemos que los límites para establecimiento de un PV, es el respeto a la Constitución, se ‘supone’ que el TC, no puede expedir PV, *contra legem*, dijimos se supone que no lo puede hacer sin embargo hemos podido reparar que el expidió el PV, recaído en la STC. Exp. N° 4853-2004-PA/TC. Caso Dirección General de Pesquería de La Libertad, el TC, precisó que el demandante sí podía interponer un RAC, contra sentencias de segunda instancia que hayan sido declaradas fundadas, sin embargo de la revisión del artículo 202° Inciso 2 de la Constitución bien claro estipula: “Corresponde al Tribunal Constitucional: (...) 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.”

En puridad un PV, no puede contravenir la legislación y mucho menos la Constitución y contravenir los límites de los cánones interpretativos, al respecto la doctrina aplicable para nuestro comentario *mutatis mutandis* expone:

“La interpretación, (...) aunque puede producir una modificación, no adiciona nada, solamente determina el significado de la expresión lingüística que no es clara, o si el sentido de la norma no es evidente; pero no se puede agregar algo que no dice, en otras palabras, el límite a la interpretación es el propio texto de la norma.”⁷⁷⁸

“De hecho, hay una parte de la jurisprudencia que cumple un papel semejante al de los reglamentos ejecutivos, en tanto que complemento necesario de las leyes en sentido técnico. Y algunos de los criterios interpretativos y aplicativos de las leyes establecidos por la jurisprudencia podrían ser recogidos perfectamente en reglamentos ejecutivos (salvando las distancias, pues estos exigen una habilitación específica, caso por caso). Pero también hay otra parte de la jurisprudencia que se parece más a los reglamentos independientes o a los autónomos, en tanto en cuanto no vienen a completar el

⁷⁷⁷ [Pie de página 103] Citado por TARDÍO PATO, José Antonio. *La retroactividad de la jurisprudencia como peligro para la seguridad jurídica y la confianza legítima*. En: Revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos. CEFLegal. Revista Mensual núm. 203. Diciembre 2017. Pág. 143. Disponible en: <http://www.aepda.es/AEPDAAdjunto-2160-Articulo.aspx> (Fecha de consulta 23/04/19).

⁷⁷⁸ HUERTA, Carla. *Retroactividad en la Constitución*. En: Valadés, Diego. Carbonell, Miguel. (Coordinadores). *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la constitución de 1857 y 90 de la constitución de 1917*. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición. 2007. Pág. 579. Disponible también en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2389/19.pdf> (Fecha de consulta 24/04/19).

contenido de las leyes en sentido técnico, sino a suplir la ausencia de las mismas, operando estas no como algo a ejecutar o complementar (por no existir tales leyes previas), sino como límite a aquella, a la que nunca debería contradecir (salvando también las distancias con estos reglamentos, que se admiten en las materias no reservadas materialmente a la ley en sentido técnico). Porque entendemos que la única que debe excluirse, como inadmisibile, es la jurisprudencia *contra legem*.⁷⁷⁹

El problema de la retroactividad jurisprudencial perniciosa, no es exclusivo de nuestro ordenamiento jurídico, sin temor a exagerar argumentamos que es un problema de escala mundial, pues el mismo problema se suscita en los Estados Unidos de América, en los Estados Unidos de México, en España, etc. Como bien sabemos y nadie lo discute porque es una verdad de perogrullo, una de las mejores Cortes Supremas del Mundo es la Corte Suprema de Estados Unidos, al igual que la tradicional House of Lores del Reino Unido ahora Supreme Court of the United Kingdom,⁷⁸⁰ creemos que nadie se atrevería a decir lo contrario, bueno pues, uno de sus mejores jueces en el caso Bouie v. City of Columbia, dijo lo siguiente: “**es absurdo que se permita a los jueces lo que se prohíbe al Legislador.**”⁷⁸¹

En un argumento similar al juez Scalia: “Porque, como también destaca el voto particular a las citadas sentencias del TC, “si el cambio de jurisprudencia solo hace decir a la norma lo que está desde un principio decía, debe concluirse que lo que hubiera estado vedado al legislador, por respeto al principio de seguridad jurídica, también debe estar vedado a la interpretación de la ley por el camino de la evolución de la jurisprudencia con idénticos efectos”. O sea, que si está vedada al legislador la retroactividad en tales casos, también lo estará a la jurisprudencia.”⁷⁸²

6.2.3.- La jurisprudencia en el derecho comparado.

En España:

⁷⁷⁹ TARDÍO PATO, José Antonio. *La retroactividad de la jurisprudencia como peligro para la seguridad jurídica y la confianza legítima*. Ob. Cit. Pág. 149.

⁷⁸⁰ Un dato interesante es: “[37] Recuérdese que recientemente, la House of Lords fue “substituida” por la Supreme Court of the United Kingdom, la cual asumió sus funciones judiciales. La Supreme Court of the United Kingdom fue creada por el Acto de Reforma Constitucional del 2005 (Part 3, Constitutional Reform Act 2005), habiendo iniciado sus actividades el 1 de Octubre del 2009.” Vid. GUILHERME MARINONI, Luiz. *Precedentes Obligatorios*. Ob. Cit. Pág. 134.

⁷⁸¹ [148] También la irretroactividad de la jurisprudencia no favorable fue el criterio mantenido por el TS de los Estados Unidos en el caso Bouie v. City of Columbia, 378 US 347 (1964), matizado en la Sentencia Rogers v. Tennessee, 532 US 451 (2001), en el sentido de que la irretroactividad de la jurisprudencia solo es predicable de la que es inesperada. Y, en esta última sentencia, es aquella en la que se produce el tan citado voto particular del juez Scalia de que es absurdo que se permita a los jueces lo que se prohíbe al Legislador. Citado por TARDÍO PATO, José Antonio. *La retroactividad de la jurisprudencia como peligro para la seguridad jurídica y la confianza legítima*. Ob. Cit. Pág. 154.

⁷⁸² TARDÍO PATO, José Antonio. *La retroactividad de la jurisprudencia como peligro para la seguridad jurídica y la confianza legítima*. Ob. Cit. Pág. 160.

Sentencia 95/1993. Sala Primera. Voto particular discrepante que formuló el magistrado Carlos de la Vega Benayas en el recurso de amparo avocado núm. 2.580/89.

Entiendo que el cambio de jurisprudencia, en términos generales, sólo debe ser prospectivo. Parece evidente que atenta contra el derecho al acceso a la jurisdicción el aplicar retroactivamente un presupuesto no existente en el momento en el que se ejercitó el derecho de acción a través de un determinado procedimiento. Si el actor ejercitó en su momento el derecho de acción en la forma entonces comúnmente aceptada por los Tribunales, no pueden exigírsele en un momento posterior condiciones nuevas que, por desconocidas, nunca pudo satisfacer. Si el plazo de prescripción discutido nunca fue el de un año, todo cambio jurisprudencial en el sentido de fijar en ese tiempo el plazo en cuestión sólo puede proyectarse sobre los supuestos de hecho acaecidos con posterioridad al cambio. A estos efectos, el cambio de jurisprudencia actúa en realidad como un cambio de norma en sentido estricto, de manera que una mínima exigencia de seguridad -indudablemente ínsita en el derecho mismo a la tutela judicial del art. 24 C.E.- obliga a no exigir del recurrente -a los efectos de verificar si ha satisfecho las condiciones necesarias para acceder al proceso- más de lo que éste pudo cabalmente cumplir.⁷⁸³ (Resaltos nuestros).

Sentencia 7/2015. Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adhieren los Magistrados doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Fernando Valdés Dal-Ré, a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 2399-2012.

En esta línea se encuentran ejemplos en los tribunales tendentes a modular la aplicación de nuevos criterios jurisprudenciales que pueden suponer la imposición de requisitos formales no conocidos con anterioridad. Sin ánimo de agotar la cita, en el ámbito del proceso constitucional, este Tribunal, en aplicación de estos principios, ha considerado procedente mitigar el rigor del requisito procesal consistente en justificar la especial transcendencia constitucional del recurso de amparo cuando la fecha de interposición de la demanda ha sido anterior a la publicación oficial de la decisión que aborda por primera vez la interpretación de esta carga procesal estableciendo, a título de enumeración, ciertos casos en que resulta aplicable (STC [155/2009](#), de 25 de junio, y AATC [4/2010](#) y [5/2010](#), de 14 de enero, FJ único; y STC [15/2011](#), de 28 de febrero, FJ 3, entre otros). Una doctrina similar se ha aplicado en relación con la improcedencia de declarar la falta de agotamiento de la vía previa al amparo por falta de interposición del incidente de nulidad de actuaciones en función de un criterio del Tribunal Constitucional no conocido por el recurrente en

⁷⁸³ Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2224> (Fecha de consulta 24/04/19).

el momento de interponer el recurso (v. gr., STC [176/2013](#), FJ 3, último párrafo).⁷⁸⁴ (Resaltos nuestros).

Sentencia 16/2015. Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adhiere el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1114-2012.

Como ya expresé en aquel Voto particular, un cambio jurisprudencial, con independencia de que se desarrolle en el marco del sistema de *civil law* dentro del cual puede entenderse encuadrado el sistema español, no puede prevalecer cuando implica el sacrificio de derechos o valores que la Constitución protege frente a la aplicación retroactiva de las normas, en aras de los principios de protección de situaciones consolidadas, de garantía de la seguridad jurídica, de proscripción de la arbitrariedad y de efectividad del principio de legalidad. Siquiendo el argumento apoyado por la posición mayoritaria en que se funda la Sentencia, si el cambio de jurisprudencia solo hace decir a la norma lo que está desde un principio decía, debe concluirse que lo que hubiera estado vedado al legislador, por respeto al principio de seguridad jurídica, también debe estar vedado a la interpretación de la ley por el camino de la evolución de la jurisprudencia con idénticos efectos.⁷⁸⁵ (Resaltados nuestros.)

En México:

Época: Décima Época

Registro: 2013494

Instancia: Segunda Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Publicación: viernes 20 de enero de 2017 10:21 h

Materia(s): (Común)

Tesis: 2a./J. 199/2016 (10a.)

JURISPRUDENCIA. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE AQUÉLLA TUTELADO EN EL ARTÍCULO 217, PÁRRAFO ÚLTIMO, DE LA LEY DE AMPARO.

De acuerdo al citado principio, la jurisprudencia puede aplicarse a los actos o hechos jurídicos ocurridos con anterioridad a que cobre vigencia, siempre y cuando ello no conlleve un efecto retroactivo en perjuicio de las personas, como acontece cuando: (I) al inicio de un juicio o procedimiento existe una jurisprudencia aplicable directamente a alguna de las cuestiones jurídicas relevantes para la interposición, tramitación, desarrollo y resolución del asunto jurisdiccional; (II) antes de emitir la resolución jurisdiccional

⁷⁸⁴ Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24291> (Fecha de consulta 24/04/19).

⁷⁸⁵ Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24316> (Fecha de consulta 24/04/19).

respectiva, se emite una jurisprudencia que supera, modifica o abandona ese entendimiento del sistema jurídico; y (III) la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial impacta de manera directa la seguridad jurídica de los justiciables. De ahí que si el gobernado orientó su proceder jurídico o estrategia legal conforme a una jurisprudencia anterior, siguiendo los lineamientos expresamente establecidos en ésta -ya sea para acceder a una instancia jurisdiccional, para plantear y acreditar sus pretensiones, excepciones o defensas o, en general, para llevar a cabo alguna actuación jurídica-, no es dable que la sustitución o modificación de ese criterio jurisprudencial afecte situaciones legales definidas, pues ello conllevaría corromper la seguridad jurídica del justiciable, así como la igualdad en el tratamiento jurisdiccional de las mismas situaciones y casos, con lo cual, se transgrediría el principio de irretroactividad tutelado en el artículo [217, párrafo último, de la Ley de Amparo](#).⁷⁸⁶

6.3- La prohibición de la aplicación retroactiva perniciosa del PV.

Al respecto el TC, en la STC., con calidad de PV, en el Exp. N° 03908-2007-PA/TC Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVÍAS Nacional). En el FJ 13, ha expuesto:

13.- Siguiendo dicho razonamiento, los precedentes vinculantes que consagra este Tribunal, en cuanto establecen reglas procesales para la admisión o rechazo de pretensiones, deben aplicarse incluso a procesos en trámite, **siempre que de su aplicación no se desprenda algún menoscabo a la tutela judicial efectiva o al derecho de acceso a los órganos de la justicia constitucional.** (Resaltados nuestros).

“La cuestión principal y más problemática, por tanto, no es la de saber si el órgano emisor de la jurisprudencia puede o no cambiar de orientación. La cuestión crucial, es la de saber *cómo y con qué efectos* debe hacerlo.

El principio de seguridad jurídica sirve, precisamente, de criterio para dar respuesta a las interrogantes anteriores. Sin embargo, antes de ello, resulta necesario establecer cuándo estamos frente a un verdadero cambio de criterio jurisprudencial.

786

Disponible en:
<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fd9df8fcd&Apendice=1ffdfcfccf&Expresion=&Dominio=Rubro.Texto.Precedentes.Localizacion&TA=TJ=&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=26048&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2013494&Hit=3&IDs=2013364,2013365,2013494,2013538,2013379,2013539,2013449,2013451,2013545,2013546,2013547,2013549,2013404,2013410,2013453,2013555,2013563,2013506,2013417,2013567&tipoTesis=&Semario=0&tabla=&Referencia=KOM&Tema=994> (Fecha de consulta 24/04/19)

El cambio jurisprudencial es aquel que ocurre sólo cuando una decisión judicial se aleja, por primera vez, de otra decisión judicial sobre la misma cuestión.”⁷⁸⁷

A nuestro turno lo que podemos deducir es, que no se defraude la confianza y las expectativas de las reglas que estaban contenidas en anteriores pronunciamientos emitidos por el TC, por lo tanto no estamos postulando, para que no se nos mal interprete, que está totalmente prohibida la aplicación retroactiva del PV, lo que queremos dar a entender es que si la nueva posición del TC, restringe derechos fundamentales, en puridad es pernicioso, y por lo tanto viola el valor seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, entonces no se aplica, ha sentido contrario si beneficia no hay nada que discutir.

“**¿Cuándo cambiar?** Explica Aarnio que “a fin de que la vida social no caiga en el caos (...) las regulaciones tienen que tener algún tipo de contenido. Cuando especifican los contenidos del sistema jurídico, tanto los funcionarios como los científicos tienen que lograr un equilibrio entre dos objetivos que apuntan en direcciones opuestas. Por una parte, tienen que respetar la estabilidad y, por otra, tienen que procurar la flexibilidad requerida por las circunstancias”⁷⁸⁸; con la primera se permite anticipar las relaciones sociales y la segunda, a su vez, posibilita ajustar el derecho a las nuevas realidades.”⁷⁸⁹

Nos encontramos así con una exigencia ineludible de la teoría de los precedentes: reconciliar la obligatoriedad de seguirlos (following) con la facultad/deber de los jueces de encontrar la solución más correcta o justa para la disputa jurídica concreta. Al respecto ya Perelman advertía que el “principio de inercia” no significa que todo lo que es deba permanecer inmodificado, sino sólo que es irrazonable abandonar sin fundamento una concepción ya aceptada.”⁷⁹⁰

⁷⁸⁷ [17] Cfr. Ávila, H., *op. cit.*, p. 398. Citado por ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús. *¿Se acabaron los efectos retroactivos de la jurisprudencia?* Pág. 36. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/viewFile/32086/29079> (Fecha de consulta 24/04/19).

⁷⁸⁸ Aarnio, Aulis, “Lo racional como razonable”, *op. cit.*, p. 32. Citado por SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. Isonomía N° 21 - Octubre 2004. Pág. 226.

⁷⁸⁹ Adaptación o ajuste ya reclamado, con relación a la Constitución, por John Marshall en el caso “McCulloch vs. Maryland” (4 Wheat. 316 [1819]), al señalar que ese instrumento está llamado a perdurar en el tiempo, teniendo que adaptarse “a las diferentes crisis de los asuntos humanos” (*vide* Corwin, Edward S., “La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual”, Ed. Fraterna, Buenos Aires, 1987, p. 13).

Sobre las reservas que merece la aplicación de la doctrina del *stare decisis* en materia constitucional también se pronunciaba Willoughby: “there are indeed good reasons why the doctrine of *stare decisis* should not be so rigidly applied to the constitutional as to other laws” (Willoughby, Westel Woodbury, “The Constitutional Law of the United States”, Baker, Voorhis and Company, New York, 2nd. ed., 1929, vol. I, p. 74). Con todo, sentenciaba Black que “the principle of *stare decisis* applies with special force to the construction of constitutions, and an interpretation once deliberately put upon the provisions of such an instrument should not be departed from without grave reasons” (Black, Henry Campbell, “Handbook of American Constitutional Law”, 4ª. ed., West Publishing Company, St. Paul, Minn., 1927, p. 90). Citado por SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. Isonomía N° 21 - Octubre 2004. Pág. 226.

⁷⁹⁰ Perelman, Chaïm, “Betrachtungen über die praktische Vernunft”, en *Zeitschrift für philosophische Forschung* 20, 1966, p. 219.; también Alexy, Robert, “Theorie der juristischen Argumentation”, *op. cit.*, p.

“La seguridad jurídica y la igualdad constituyen los dos fundamentos previos que informan la eficacia del precedente constitucional.”⁷⁹¹

La doctrina expone: “La publicidad de las sentencias busca difundir los criterios jurisdiccionales a efectos de lograr predictibilidad, es decir, que previamente a la iniciación del proceso, las partes en conflicto deduzcan cómo es que va a ser resuelta su controversia. En este sentido, debe quedar claro que una de las virtudes de la publicidad de las sentencias es la seguridad jurídica.”⁷⁹² (Resaltados nuestros).

Con relación a nuestro tema central, debemos remarcar que la prohibición de retroactividad perniciosa se encuentra prevista en el artículo 103° de la Constitución, al respecto la doctrina expone: “**Fundamento de la retroactividad:** Son razones de confianza en la legislación vigente, de seguridad jurídica para los ciudadanos, de mantenimiento de la unidad del ordenamiento jurídico y de protección del orden público las que sustentan el principio de la irretroactividad de la ley como principio general que admite excepciones⁷⁹³. Las personas confían en la ley vigente y conforme a ella adquieren y ejercen sus derechos, y asumen y cumplen sus obligaciones.”⁷⁹⁴

Admitir la retroactividad de las leyes como principio significaría la destrucción de la confianza en la legislación vigente que conduciría a la inseguridad jurídica y, con ella, a la destrucción del Estado Constitucional de Derecho. Con una nueva ley se podrían suprimir derechos fundamentales que son el sustento de toda organización social y política.”⁷⁹⁵

La legislación prohíbe la aplicación retroactiva desfavorable, ello ha quedado plenamente materializado con mayor nitidez en el ámbito penal, al respecto la doctrina expone: “La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal tiene doble fundamento al encontrarse, por una parte, arraigado en la idea

217. Citado por SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. Isonomía N° 21 - Octubre 2004. Pág. 226.

⁷⁹¹ HUAMÁN ESTRADA, Elmer. *El recurso de casación por apartamiento de los precedentes constitucionales y los precedentes judiciales*. En: Achulli Espinoza, Maribel. Huamán Estrada, Elmer. (Coordinadores). *Estudios sobre los medios impugnatorios en los procesos laborales y constitucionales*. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Noviembre 2011. Pág. 151.

⁷⁹² ÁVALOS JARA, Oxal Víctor. *Principales aspectos del recurso de casación según la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Ob. Cit. Págs. 199-200.

⁷⁹³ [44] STC Exp. N° 03610-2008-PA/TC del 17/08/2008: La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad es la premisa según la cual en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídicas, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia. (f.j. 20). Citado por TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Aplicación de la ley en el tiempo. Comentarios al Artículo 103° de la Constitución*. En: Gutiérrez, Walter (Director). *La Constitución Comentada*. Tomo II. Análisis artículo por artículo. Editora Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Enero 2013. Pág. 670.

⁷⁹⁴ [45] La ley no puede obligar antes de existir; por eso es racional y justo que no extienda su eficacia a los hechos efectuados antes de su aparición. Tal es el fundamento y contenido de la máxima de la no retroactividad. COVIELLO, Nicolás, Ob. cit., p. 118. Citado por TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Aplicación de la ley en el tiempo. Comentarios al Artículo 103° de la Constitución*. Ob. Cit. Pág. 670.

⁷⁹⁵ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Aplicación de la ley en el tiempo. Comentarios al Artículo 103° de la Constitución*. Ob. Cit. Págs. 669-670.

de seguridad jurídica⁷⁹⁶, y, por otra parte, al encontrarse vinculado a la función motivadora y la idea de la prevención⁷⁹⁷. En relación con la primera cuestión (seguridad jurídica), resulta bastante claro el principio de ley previa busca evitar que el ciudadano sea *sorprendido* por una intervención punitiva impuesta de súbito, que sea *sorprendido* por leyes *ad hoc*⁷⁹⁸; en relación con la segunda cuestión (función motivadora de la ley penal y finalidad preventiva), una intervención no previsible haría perder a la ley penal su capacidad de ordenar el comportamiento de los ciudadanos (¡Poco sentido tendría obedecer las leyes penales para evitar sufrir una pena si luego una ley posterior puede sancionarle igualmente!), con lo cual su eficacia preventiva resultaría seriamente afectada.”⁷⁹⁹

La aplicación inmediata de la jurisprudencia y con ello del PV, no es algo que debe pasar por desapercibido como si fuera un problema minúsculo, estéril de relevancia práctica y dogmática, la doctrina también ha advertido el problema en sede del poder judicial veamos al respecto:

“El autor [Jaime David Abanto Torres] señala que tanto jueces supremos como *amicus curiae* dirigen su análisis ignorando un punto de vista muy importante a la hora de establecer los precedentes vinculantes: el de los jueces de ejecución. Otros dos temas que precisan de mayor atención son la aplicación en el tiempo y el apartamiento arbitrario de estas sentencias, lo que impide la eficacia de las mismas dentro del sistema judicial.

(...) Sin embargo, ni los jueces supremos ni los *amicus curiae* dirigen su análisis hacia un punto de vista muy importante a la hora de establecer los precedentes: el punto de vista de los jueces de ejecución. En efecto, a la hora de crear un precedente, hay que establecer reglas claras, sustantivas y procesales, que los jueces de ejecución puedan entender y ejecutar sin dificultad. La ambigüedad en la regla del precedente puede traer serias complicaciones a la hora de su aplicación por los jueces de las instancias inferiores.

En cuanto a las reglas procesales, un primer problema que se presenta al establecer un precedente **es el de su aplicación en el tiempo**. Una primera tesis sostiene que la aplicación es inmediata. Una segunda tesis sostiene que siendo el precedente una norma y que la aplicación de las normas no es retroactiva, la aplicación del precedente es para casos futuros y no para casos que se encuentran en trámite. **Sin embargo, vemos a diario que la Corte**

⁷⁹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. WEINGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 147; CARBONEL MATEU, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 139; CADOPPI, Alberto y VENEZIANI, Paolo, *op. cit.*, pp. 67 y 68. Citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Introducción a la teoría del delito y a las consecuencias jurídicas del delito*. Instituto Pacífico. Primera Edición Febrero 2016. Pág. 60.

⁷⁹⁷ CARBONEL MATEU, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 139. Citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Introducción a la teoría del delito y a las consecuencias jurídicas del delito*. Ob. Cit. Pág. 60.

⁷⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *op. cit.*, p. 330. Citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Introducción a la teoría del delito y a las consecuencias jurídicas del delito*. Ob. Cit. Pág. 61.

⁷⁹⁹ REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Introducción a la teoría del delito y a las consecuencias jurídicas del delito*. Ob. Cit. Págs. 60-61.

Suprema y el Tribunal Constitucional aplican sus precedentes de manera inmediata incluso a los casos en trámite (...)⁸⁰⁰

7.- La importancia de la existencia de reglas claras sobre la aplicación del PV, en el tiempo.

Un argumento que podemos extrapolar de una reflexión confecciona para el PJ, y trasladarla al TC, es la siguiente: “Es la corte suprema o corte de casación la que, contemporáneamente, debe hacer frente y tutelar la esquizofrenia interpretativa a la que podría llegar toda una judicatura nacional a raíz de la equivocidad, vaguedad o incertidumbre de todo texto normativo. Es la corte suprema la llamada a ofrecer seguridad jurídica e igualdad ante la interpretación de la ley ante las más variadas, disonantes o equivocadas interpretaciones de todo el aparato judicial.”⁸⁰¹

“Bajo esa perspectiva, poco importa la parte dispositiva de la sentencia emitida en casación, puesto que tal sólo resuelve la controversia o conflicto intersubjetivo de las partes. Son las razones de decidir o las llamadas *ratio decidendi* las que determinan el comportamiento de toda una comunidad, puesto que instalan una pauta de conducta a toda la ciudadanía y a la judicatura nacional. En palabras del constitucionalista portugués Canotilho, “la seguridad jurídica jurisdiccional se da a través de los precedentes puesto que genera una previsibilidad y produce una legítima expectativa a la ciudadanía”⁸⁰², dado que la corte, al emitir precedentes vinculantes, genera una norma de conducta general a ser seguida por los jurisdicionados.

Ahora bien, ninguna teoría que intente explicar el precedente vinculante puede dejar de analizar u otorgar importancia a la técnica de la revocación de los precedentes, o también llamada *overruling*.⁸⁰³

La no existencia de disposiciones que nos ayuden a enfrentar el problema nos subsume dentro de lo que la doctrina conoce como laguna jurídica: “Las lagunas jurídicas pueden estar causadas tanto por la falta de regulación como por una regulación oscura; también los conceptos jurídicos indeterminados y las normas jurídicas en blanco dan lugar estos vacíos y justifican la necesidad del Derecho judicial. Se exige entonces que el juez lleve a cabo una actividad creativa al interpretar el Derecho.”⁸⁰⁴

⁸⁰⁰ ABANTO TORRES, Jaime David. *Falta de jueces especializados, aplicación en el tiempo y apartamiento del precedente. Tres problemas en los precedentes de la Corte Suprema*. Publicado el 19 de Enero de 2016. Disponible en: <https://laley.pe/art/3057/tres-problemas-en-los-precedentes-de-la-corte-suprema> (Fecha de consulta 23/04/19).

⁸⁰¹ DELGADO SUÁREZ, Christian. *Sobre los modelos de cortes supremas y la revocación de precedentes*. Ob. Cit. Pág. 281.

⁸⁰² DELGADO SUÁREZ, Christian. *Sobre los modelos de cortes supremas y la revocación de precedentes*. Ob. Cit. Pág. 284.

⁸⁰³ *Ibidem*.

⁸⁰⁴ MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial en el sistema jurídico alemán*. En: Landa Arroyo, César. (Director). *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año III. N° 5. Enero - Junio. Lima 2007. Pág. 157.

Lamentablemente no contamos en el CPConst., con una disposición similar al Precedente Administrativo Vinculante prevista en el Inciso 2 del Artículo VI del TP de la ley N° 27444: *Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. **LA NUEVA INTERPRETACIÓN NO PODRÁ APLICARSE A SITUACIONES ANTERIORES, SALVO QUE FUERE MÁS FAVORABLE A LOS ADMINISTRADOS.*** (Resaltados nuestros).

Si no hay reglas claras no hay seguridad jurídica: “Desde otra perspectiva, el TC también ha considerado como uno de los elementos fundamentales del Estado Constitucional, el principio de seguridad jurídica. Así, consustancial a todo Estado de Derecho, en la configuración del sistema jurídico, no solo importa la protección de los valores materiales y del Estado Social propugnados por el constitucionalismo, sino también la preservación de la garantía de seguridad que todo sistema basado en reglas debe ofrecer a los ciudadanos.”⁸⁰⁵

Si no hay reglas claras entonces hay un margen pernicioso de discrecionalidad: “La seguridad jurídica presta una función de garantía a los ciudadanos pues permite, sino eliminar, sí restringir el ámbito de la discrecionalidad del Poder Judicial en el momento de la emisión de una sentencia condenatoria. Logra que el ciudadano sepa a qué atenerse, ya sea cuando comete un hecho como cuando lo omite y sepa, además, la naturaleza, clase y duración de la sanción.”⁸⁰⁶

Por otro lado advertimos que el TC brinda un tratamiento totalmente disímil en cuanto a la aplicación de la ley, se trata, ello ha quedado graficado en la RTC. Exp. N° 2982-2007-PA/TC. Caso Banco Internacional del Perú - Interbank, que contiene lineamientos de la aplicación del Código Procesal Constitucional, caso cuyos lineamientos ya hemos citados líneas arriba.

8.- No existe una regla legal o jurisprudencial que prohíba la Aplicación Retroactiva de la jurisprudencia que impone cargas y gravámenes, el TC, NO modula la aplicación retroactiva del PV, que impone cargas y gravámenes, ha sentido contrario como sí lo hace con la ley.

Una objeción infundada⁸⁰⁷, por cierto, contra esta característica estribaría en argumentar que sólo la “Ley” favorable se aplica de manera retroactiva y no

⁸⁰⁵ ETO CRUZ, Gerardo. *Teoría de la Constitución y Teoría de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: El Tribunal Constitucional reescribe el derecho. Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del Derecho. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Diciembre 2011. Pág. 52.

⁸⁰⁶ BENAVENTE CHORRES, Hésbert. *Neoconstitucionalismo, la constitucionalización del ordenamiento jurídico y el impacto de las sentencias del Tribunal Constitucional en el Derecho Penal y Procesal Penal peruano*. En: El Tribunal Constitucional reescribe el derecho. Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del Derecho. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Diciembre 2011. Pág. 172.

⁸⁰⁷ La Corte Suprema, en ejecutoria vinculante, **R.N. N° 1920-2006-Piura**, expuso que la aplicación retroactiva, es solo para la ley y no para la jurisprudencia, veamos el tercer fundamento: **Tercero:** Que, si bien con posterioridad a la fecha de expedición de la sentencia condenatoria se dictó el Acuerdo Plenario

así la jurisprudencia y con ello el PV, al respecto la doctrina expone: “Normalmente, los textos se refieren a este tema como de *aplicación de la ley en el tiempo*. Nos parece un enunciado equivocado, porque este problema atañe a toda norma general, sin importar que sea ley o norma de características diferentes e, inclusive, **PUEDE TRATARSE DE NORMAS QUE PROVENGAN DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.** Cada vez que hay una norma general, ella es susceptible de generar problemas de aplicación temporal. Por eso preferimos hablar de *aplicación de la norma jurídica general en el tiempo*.”⁸⁰⁸ (Resaltados nuestros).

Una vez dicho esto, debemos agregar que lo que es materia de investigación y cuestionamiento es la aplicación retroactiva del PV, que impone cargas procesales y gravámenes, creando reglas *ex novo*, y aplicándolas a los procesos en curso y en trámite, por ejemplo un clásico argumento sería: “A partir de la publicación del PV, todas aquellas demandas que no versen sobre el contenido X del derecho Y, deberán ser declaradas improcedentes y deberán ser remitidas a los Jueces especializados en lo Contencioso Administrativo, incluidas a los procesos que se encuentran en trámite” entonces la pregunta válida que un justiciable le plantearía a su abogado, sería ¿Cuándo presentamos la demanda esas reglas no existían, y después que hemos batallado por cinco largos años, para llegar al TC, me dicen que ahora mi demanda se debe sustanciar en la vía ordinaria, es eso justo? La situación se agravaría si el TC, aplica las nuevas reglas a un pensionista adulto mayor, en edad sensible.

¿Es constitucionalmente válida la aplicación retroactiva del PV que impone cargas y gravámenes? La respuesta es un no rotundo, por vulneración del derecho al Procedimiento Preestablecido por la Ley y el valor Seguridad Jurídica. El TC, no puede actuar más allá de los límites impuestos por el poder Constituyente. El TC no puede actuar al margen de la ley, pues cuando se trata del legislador se le prohíbe que expida normas con carácter retroactivo, lo mismo para los jueces al momento de aplicar el Derecho, sin embargo el TC ¿no tiene reglas?

número tres-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, el mismo que a tenor a lo señalado en el artículo trescientos uno A del Código de Procedimientos Penales tiene carácter vinculante y ha de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales, según lo dispuesto por el primer párrafo del artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, éste no es de aplicación retroactiva ya que ésta solo atañe a la ley penal, tal como lo establece el artículo seis del Código Penal; que, al respecto, cabe puntualizar que la modificación de un fallo firme sólo es posible cuando media una modificación legal, que no ha ocurrido en el caso de autos; que un supuesto cambio jurisprudencial no constituye cambio normativo porque, como aclara Roxin, la nueva interpretación no es una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida [Derecho Penal - Parte general, Editorial Civitas, Madrid, mil novecientos noventa y nueve, página ciento sesenta y cinco]; que, en consecuencia, un pedido de sustitución basado en un supuesto cambio jurisprudencial no es conforme al principio de legalidad.

Sin embargo, dicho criterio ha sido modificado, pues la misma Corte Suprema, en posterior ejecutoria vinculante acertadamente cambió de criterio en la **Casación N° 56-2014-Ayacucho**. **Sumilla:** La violencia en el delito de usurpación por turbación de la posesión se ejerce tanto sobre las personas como sobre las cosas, por lo que los jueces de todo el país deben seguir este criterio vinculante a los casos anteriores incluso desde de la modificación por vía legislativa de la Ley número treinta mil setenta y seis.

⁸⁰⁸ RUBIO CORREA, Marcial. Ob. Cit. Pág. 43.

La realidad es otra y queda demostrada después de una paciente lectura de los cincuenta y dos PV que ha emitido el TC⁸⁰⁹, hemos detectado que el alto tribunal, no modula la aplicación retroactiva del PV, lo cual es pernicioso y el panorama se agrava aún más si a la fecha no existe ninguna disposición o jurisprudencia con carácter vinculante que dé solución al problema.

Si recurrimos a una novedosa clasificación elaborada por la doctrina, podemos colegir que el TC ha expedido “Precedentes Constitucionales Vinculantes que alteran el procedimiento preestablecido imponiendo cargas y precedentes que modifican el procedimiento estableciendo ventajas procesales.”⁸¹⁰ A contraposición cuando vimos como afrontaba la aplicación de la ley en el tiempo, el TC, no aplicaba inmediatamente la nueva ley, sino evalúa en cada caso concreto, y se decanta por los derechos de los justiciables, aplicando la ley más favorable, es decir si la nueva ley era perjudicial, aplicaba la ley anterior o al revés, si la ley anterior con la cual se inició el proceso era perjudicial, aplicaba la nueva ley, es decir el TC resolvía de acuerdo a un denominador común: La no afectación de los derechos de los justiciables, empero lo mismo no se puede predicar de la aplicación retroactiva del PV.

Cabe precisar que dentro de las variadas funciones que desempeña el PV, se encuentran: dotar de predictibilidad, igualdad en la aplicación de ley, dotar de seguridad jurídica, etc.; al respecto la doctrina expone: “En efecto, la positivación del derecho, el derecho escrito es trascendente para una efectiva *seguridad jurídica*, sin embargo los sistemas jurídicos anglosajones nos demuestran que semejante *seguridad jurídica* se consigue, también, con la costumbre de aplicar los precedentes judiciales que, sustancialmente, sigue el

⁸⁰⁹ De la revisión de la lista “oficial” de Precedentes Vinculantes, en la web del TC, <http://www.tc.gob.pe/tc/public/resolucion/precedente/lista> (fecha de consulta 30 de Octubre del 2017), advertimos que solo figuran cuarenta y seis Precedentes Vinculantes, sin embargo son cincuenta en total, por razones de espacio consignamos sólo los cuatro que faltan: **STC Exp. N° 3741-2004-AA/TC.** Caso Ramón Salazar Yarleque, **STC Exp. N° 06423-2007-PHC/TC.** Caso Ali Guillermo Ruiz Dianderas., **STC Exp. N° 03908-2007-PA/TC.** Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS Nacional). **STC Exp. N° 01412-2007-PA/TC.** Caso Juan de Dios Lara Contreras. En la fecha (30 de Octubre del 2017) en que habíamos escritos estas líneas, expusimos que el TC, no ha publicado la totalidad de sus PV, sin embargo dicha deficiencia ha sido corregida y por fin se ha publicado la lista completa de PV, en la página web del TC, <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/precedentes-vinculantes/> (fecha de consulta 02 de Febrero del 2019), sin embargo advertimos haciendo una comparación con la lista anterior que se ha suprimido de la lista la **STC. Exp. N° 0002-2010-PI/TC.** Caso 5,000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1057 y se ha incorporado la **STC. Exp. N° 00053-2004-PI/TC.** Caso Defensoría del Pueblo, lo cual hace un total de cincuenta dos precedentes constitucionales vinculantes. Y los recientes PV son los recaídos en la **STC. Exp. N° 02677-2016-PA/TC.** Caso Ladislao Carrillo Espejo y la **STC. Exp. N° 00799-2014-PA/TC.** Caso Mario Eulogio Flores Callo. Estos dos últimos precedentes son de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, la publicación se hizo el día Jueves 20 de Diciembre del 2018.

⁸¹⁰ VARGAS RUÍZ, Luis. *La aplicación de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional a los procesos en curso. Análisis desde la seguridad jurídica.* En: JUS Doctrina & Práctica. Grijley. Mayo 5. 2007. Págs. 264-265. Disponible también en: <https://linaresabogados.cifrut.com/la-aplicacion-de-los-precedentes-vinculantes-del-tribunal/> (Fecha de consulta 30/10/17).

sistema inglés como el norteamericano y el de los países escandinavos, sin perjuicio que exista o no el derecho escrito.”⁸¹¹ (Resaltados nuestros).

A través del PV, el TC, extrae una regla del caso concreto y lo hace oponible *erga omnes*, con alcances generales⁸¹², si el TC, decide cambiar de PV, lo puede hacer, nosotros no discutimos tal extremo, nuestra posición no estriba en cuestionar los cambios jurisprudenciales, es constitucional, legítimo y resulta hasta necesario que el TC, cambie de PV o de línea jurisprudencial, pues el derecho no se puede fosilizar o petrificar, sin embargo al igual que está regulado para la ley debemos sujetar al PV, que crea nuevas reglas, que pueden ser de aplicación retroactiva, por supuesto que lo puede ser, pero debe estar sujeta a una condición: Que no se vulnere el Derecho al Procedimiento Preestablecido por la Ley y el valor seguridad jurídica:

La pregunta sería *mutatis mutandis*: “¿Es aplicable el principio de retroactividad penal benigna a los criterios de interpretación jurisprudencial?

(...) Los acuerdos de interpretación jurisprudencial (que uniformizan los criterios a utilizar por los distintos órganos de administración de justicia en la resolución de casos similares) y los cambios de criterio (cuando se deja de lado un criterio que se venía aplicando para resolver casos similares, tomando en su reemplazo otro que se considera más apropiado), se aplican para resolver casos que se dan con posterioridad a su emisión; es decir, vincula a los tribunales a partir de la fecha en que son dados en adelante; lo que deviene en que las resoluciones dadas con anterioridad no tienen por qué ser variadas y ajustadas a este nuevo criterio.”⁸¹³

“(...) Por ello, contradice esta exigencia la retroactividad de las leyes, afirmando Pérez Luño, que *esta garantía se traduce en la exigencia de **irretroactividad** de las normas, en cuya virtud no se puede extender la aplicación de las leyes a conductas previas a su promulgación que, por tanto, fueron realizadas antes de que pudiera conocerse su contenido.*⁸¹⁴

(...) De esta forma debe estructurarse el sistema jurídico para su correcto funcionamiento que tenga como efecto inmediato la seguridad jurídica requerida por la sociedad y las personas individualmente consideradas. Mas, como bien afirma el Tribunal Constitucional español, la *seguridad jurídica es una suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativas, **IRRETROACTIVIDAD DE LO NO FAVORABLE** e interdicción de la arbitrariedad... pero que si se agotara en la adición de esos principios, no hubiera precisado ser formulada expresamente* (Sentencia 27/198 1 de 20 de julio). (Resaltados nuestros).

⁸¹¹ ZAVALA EGAS, Jorge. *Teoría de la Seguridad Jurídica*. Pág. 01. Disponible en: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_8/Teoria_de_la_seguridad_juridica.pdf (Fecha de consulta 30/10/17).

⁸¹² *Vid.* STC. Exp. N° 0024-2003-AI/TC. Caso de la Municipalidad de Lurín.

⁸¹³ Casos prácticos y consultas procesal penales. En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Tomo 186. Mayo 2009. Pág. 178.

⁸¹⁴ [14] Ob. Cit. Pág. 34. ZAVALA EGAS, Jorge. *Teoría de la Seguridad Jurídica*. Ob. Cit. Pág. 16.

(...) Resumiendo lo expresado antes podemos afirmar, en consecuencia, que la seguridad jurídica no se reduce a un puro legalismo y que requiere consolidarse en su faz objetiva, tanto estructural como funcionalmente, así como en su faceta subjetiva en condición de certeza. Como afirma el profesor español tantas veces citado [Pérez Luño] *el concepto de seguridad jurídica comprende, pues, el de Legalidad como expresión principal y cualificante, pero no única; y mucho menos es una simple secuela de ésta. Seguridad jurídica es un término idóneo para comprender cualquier fórmula dirigida a contrarrestar todo tipo de peligro para la confianza de los ciudadanos en el Derecho, sea cual fuere la naturaleza del riesgo y de la incidencia subjetiva inherente a él, bien se trate de certeza estable en el conocimiento de la norma, de fe en el correcto funcionamiento de las instituciones, o de conciencia del propio valor en la comunidad jurídicamente ordenada....* (Ob. Cit.Pág.78) ”⁸¹⁵

En consecuencia para demostrar que el TC, actúa vulnerando el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y el valor seguridad jurídica por aplicación retroactiva del PV, de la revisión de la totalidad de los PV, que son un total de cincuenta y dos precedentes⁸¹⁶, luego de su paciente lectura hemos elaborado el siguiente cuadro didáctico tomando como criterio de clasificación a los PV, que alteran el procedimiento preestablecido por la ley imponiendo cargas o ventajas, el resultado es como sigue:

⁸¹⁵ ZAVALA EGAS, Jorge. *Teoría de la Seguridad Jurídica*. Pág. 04. Disponible en: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_8/Teoria_de_la_seguridad_juridica.pdf (Fecha de consulta 30/10/17).

⁸¹⁶ Sin embargo en la página web del TC, sólo se han consignado cuarenta y seis, siendo un total de cincuenta PV, los que faltan consignar son: STC N° 3741-2004-AA/TC. Caso Ramón Salazar Yarlénque, STC N° 03908-2007-PA/TC. Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS Nacional), STC N° 06423-2007-PHC/TC. Caso Ali Guillermo Ruiz Dianderas, STC N° 01412-2007-PA/TC. Caso Juan de Dios Lara Contreras (*Overruling* del PV STC. Exp. N° 3361-2007-AA/TC). Vid. <http://www.tc.gob.pe/tc/public/resolucion/precedente/lista> (Fecha de consulta 27/01/18).

Precedentes Constitucionales Vinculantes.	Alteran el procedimiento preestablecido por la ley imponiendo cargas.	Alteran el procedimiento preestablecido por la ley imponiendo ventajas.
1.- 3771-2004-PH/TC.	NO	NO
2.- 3760-2004-AA/TC.	NO	NO
3.- 1150-2004-AA/TC.	NO	NO
4.- 2496-2005-PH/TC.	NO	NO
5.- 2791-2005-PA/TC.	NO	NO
6.- 2302-2003-AA/TC.	NO	NO
7.- 1417-2005-AA/TC.	SI FJ 49 Fallo 4.	NO
8.- 349-2004-PA/TC.	NO	NO
9.- 1966-2005-PH/TC.	NO	NO
10.- 168-2005-PC/TC.	SI FJ 25 Fallo 2.	NO
11.- 2616-2004-AC/TC.	NO	NO
12.- 3482-2005-HC/TC.	NO	NO
13.- 5854-2005-PA/TC.	NO	NO
14.- 2802-2005-PA/TC.	SI FJ 18	NO
15.- 206-2005-PA/TC.	SI FJ 34 Fallo 3.	NO
16.- 3361-2004-PA/TC.	NO	NO
17.- 4677-2004-PA/TC.	NO	NO
18.- 4227-2005-PA/TC.	NO	NO
19.- 0030-2005-PI/TC.	NO	NO
20.- 4635-2004-PA/TC.	NO	SI Fallo 4
21.- 1257-2005-PH/TC.	NO	NO
22.- 2877-2005-PA/TC.	NO	NO
23.- 5189-2005-PA/TC.	NO	NO
24.- 3075-2006-PA/TC.	NO	NO
25.- 3362-2004-PA/TC.	NO	NO
26.- 3741-2004-AA/TC.	NO	NO
27.- 1333-2006-PA/TC.	NO	NO
28.- 9381-2006-PA/TC.	NO	NO
29.- 7281-2006-PA/TC.	NO	SI FJ. 24 y 27.B
30.- 4853-2004-PA/TC.	NO	SI FJ. 41 y 42.
31.- 6612-2005-PA/TC.	NO	NO
32.- 10087-2005-PA/TC.	NO	NO
33.- 0061-2008-PA/TC.	NO	NO
34.- 5430-2006-PA/TC.	NO	SI. FJ.14 PV. 2.B (Regla sustancial).
35.- 4762-2007-PA/TC	NO	SI. FJ.26.C
36.- 2513-2007-PA/TC.	NO	NO
37.- 3908-2007-PA/TC.	SI FJ. 9-A. Fallo 3.A.	NO
38.- 01412-2007-PA/TC.	NO	SI Fallo 3.
39.- 4650-2007-PA/TC.	NO	NO
40.- 06423-2007-PH/TC.	NO	NO

41.- 5961-2009-PA/TC.	NO	NO
42.- 03052-2009-PA/TC.	NO	SI FJ.36 SI. Fallo 3-C.
43.- 0001-2010-CC/TC.	NO	NO
44.- 0002-2010-PI/TC. ⁸¹⁷	NO	NO
45.- 00142-2011-PA/TC.	SI FJ.31.	NO
46.- 04293-2012-PA/TC.	NO	NO
47.- 00987-2014-PA/TC.	NO	NO
48.- 05057-2013-PA/TC.	SI FJ. 21, 26 y 27. Fallo 3.	NO
49.- 02383-2013-PA/TC.	NO	NO
50.- 04968-2014-PH/TC.	NO	NO
51.- 00799-2014-PA/TC.	NO	NO
52.- 02677-2016-PA/TC.	NO	NO

Como podemos advertir son siete PV, de un universo de cincuenta PV, en los que el TC, ha vulnerado el Derecho al Procedimiento preestablecido por la ley y el valor seguridad jurídica, el cuadro con la clasificación completa del PV, lo hemos consignamos anteriormente, a continuación consignamos resúmenes de los siete PV, que demuestran la problemática que planteamos:

8.1.- STC Exp. N° 1417-2005-PA/TC. Caso Manuel Anicama Hernández.⁸¹⁸ (Amparo Provisional. Contenido esencial del derecho a la pensión). Según los antecedentes del PV con fecha 6 de mayo de 2003, el recurrente [Anicama Hernández] interpuso demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto que se declare la nulidad de la Resolución N.º 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 2 de agosto de 2002, por considerar que vulnera su derecho fundamental a la pensión, toda vez que resolvió denegar su solicitud de pensión de jubilación adelantada, precisó que había cesado en sus actividades laborales el 25 de mayo de 1992 contando con más de 20 años de aportaciones, luego de que la Autoridad Administrativa de Trabajo autorizó a su empresa empleadora a reducir personal; sin embargo, al calificar su solicitud de pensión de jubilación, la entidad demandada consideró que las aportaciones efectuadas durante los años 1964 y 1965 habían perdido validez conforme al Reglamento de la Ley N.º 13640, por lo que, incluso si realizara la verificación de las aportaciones efectuadas desde 1973 a 1992 no reuniría los 20 años de aportación al Sistema Nacional de Pensiones que se requieren como mínimo para obtener el derecho a la pensión de jubilación por reducción de personal. Agrego que el TC, en reiterada jurisprudencia había señalado que los períodos de aportación no pierden validez, y que sumados sus períodos de aportaciones, acreditaba los exigidos por la legislación vigente, razón por la que solicitó el reconocimiento de su derecho a la pensión, así como los devengados e intereses generados desde la vulneración de su derecho fundamental, el TC declaró fundada la demanda sin embargo redujo el contenido

⁸¹⁷ Debemos mencionar que en la lista actual de Precedentes Constitucionales Vinculantes figuran un total de 52 precedentes, sin embargo el TC, ha suprimido de su lista a la STC. 0002-2010-PI/TC, y la ha reemplazado por la STC. N° 00053-2004-PI/TC.

⁸¹⁸ Publicado el 12 de julio del 2005, en el diario oficial *El Peruano*.

esencial del Derecho a la Pensión⁸¹⁹, y aplicó inmediatamente el cambio de línea jurisprudencial incluso para los casos que se encontraban en trámite, como se puede advertir en los siguientes fundamentos:

49.- El precedente sentado es de vinculación inmediata, motivo por el cual a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de amparo que sea presentada **o que se encuentre en trámite** y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión (Fundamento 37 *supra*), debe ser declarada improcedente.

Ha resuelto:

4.- Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo que versen sobre materia pensionaria, previstos en el Fundamento 37 *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de amparo que sea presentada **o que se encuentre en trámite y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, debe ser declarada improcedente.** (Resaltados nuestros).

Al respecto la doctrina expone: “... resulta cuestionable el alcance que el TC dio al contenido del derecho a la seguridad social, pues de acuerdo con el mismo la protección que se brinda a través del proceso de amparo resulta limitada. Tal limitación se hace más evidente cuando la manifestación del derecho a la seguridad social que se reclama es la de acceder a una pensión de jubilación y la opción dejada por el precedente caso Anicama Hernández es acudir al proceso contencioso administrativo en defensa de dicho derecho, pues el mismo en la práctica no resulta una vía jurisdiccional igualmente satisfactoria para la protección del mismo.”⁸²⁰

“Visto lo resuelto en “Anicama”, indudablemente lo primero que uno se pregunta si toda esta redistribución del despacho en trámite realmente favorece al justiciable que buscaba amparo a sus derechos, y si esta alternativa, con la

⁸¹⁹ ... el Tribunal concluye que las pretensiones relacionadas con el específico monto de una pensión sólo serán procedentes cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital” Vid. HAKANSSON NIETO, Carlos. *Amparo provisional contenido esencial del derecho a la pensión. Exp. N.º 1417-2005-AA/TC. Caso: Manuel Anicama Hernández*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhonny. (Coordinador). El precedente constitucional vinculante en el Perú. (Análisis, comentarios y doctrina comparada). Editorial Adrus. Primera Edición. Septiembre 2009. Pág. 160.

⁸²⁰ Respecto a las limitaciones del proceso contencioso administrativo para la protección del derecho a la seguridad social vide Defensoría del Pueblo, “Propuestas para una reforma de la justicia contencioso-administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia”, Informe Defensorial N° 121, Lima, 2007, pp. 52-55. Citado por ALVITES ALVITES, Elena. *Contenido y límites del derecho fundamental a una pensión de jubilación. Reflexiones a propósito de una definición jurisprudencial (Exp. N° 1417-2005-AA/TC)*. En: Castañeda Otsu, Susana. (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador). Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional. Grijley. Primera Edición. 2010. Pág. 905.

cual el Tribunal Constitucional peruano se descongestionaba de buena parte de la carga procesal que su propio activismo había motivado, **no resulta atentatoria del pleno ejercicio de algunos Derechos Fundamentales por ciertos justiciables**. Cabría preguntarse también si, en la lógica de corrección funcional propia del Estado Constitucional, esta orientación efectuada por el supremo intérprete de la Constitución peruana no implicaría más bien una cierta interferencia en competencias que debieran ser propias de la judicatura ordinaria, encubierta en este caso en un uso de la técnica de eficacia prospectiva en algunas sentencias.”⁸²¹ (Resaltados nuestros).

A nuestro turno agregamos que si nos encontramos de acuerdo con lo resuelto por el TC, en el presente caso pues la línea jurisprudencial que había mantenido el TC, había sobreamparizado el derecho a la pensión de jubilación, llevando a la sede constitucional cuestiones probatorias que muy bien pueden y deben ser debatidas por la justicia ordinaria, el problema radica en que el cambio de PV, y su aplicación a los casos en trámite de los justiciables que la mayoría eran pensionistas adultos mayores, en edad sensible, quienes eran ‘fieles’ a la línea jurisprudencial del TC, sabían de antemano que el derecho a la pensión tenía un contenido amplio y se podía debatir en sede constitucional, cualquier pretensión vinculada a dicho derecho, sin embargo se vieron afectados y de un plumazo el TC, derivó cientos de casos al poder judicial, lo cual debe aplicarse a las demandas que se presenten después de la publicación del caso Anicama Hernández.

Es menester traer a colación la **STC Exp. N° 10035-2005-PA/TC**.⁸²² Caso Raúl Arroyo Curi. Que no es un PV, en la cual el TC, inaplicó el caso Anicama Hernández, por cuanto el recurrente se encontraba en un estado de salud muy crítico (neumoconiosis), y a pesar que su pretensión no cumplía con los presupuestos del PV, Anicama Hernández, para que su pretensión sea sustanciada en sede constitucional, sin embargo el TC, declaró fundada la demanda y admitió la misma bajo los siguientes argumentos:

1. En atención a los criterios de procedencia establecidos en el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y los artículos 5.º, inciso 1), y 38.º del Código Procesal Constitucional, este Tribunal estima que, en el presente caso, **aun cuando la demanda cuestiona la suma específica de la pensión que percibe la parte demandante, procede efectuar su verificación por las especiales circunstancias del caso** (grave estado de salud del demandante), a fin de evitar consecuencias irreparables.

⁸²¹ ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Precedentes constitucionales en el Perú: Surgimiento, uso, evolución, retos y riesgos*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhonny. (Coordinador). *El precedente constitucional vinculante en el Perú. (Análisis, comentarios y doctrina comparada)*. Editorial Adrus. Primera Edición. Septiembre 2009. Pág. 835. Disponible también en: Pleno Jurisdiccional Distrital Constitucional. Corte Superior de justicia de Lima. Lima, 15 y 16 de 2010. Material de lectura. Centro de investigaciones judiciales del Poder Judicial.

⁸²² Publicada en la página web del TC, el día Miércoles, 04 de Abril de 2007.

2. En el presente caso, el demandante solicita que se incremente el monto de la renta vitalicia por enfermedad profesional que viene percibiendo, teniendo en cuenta que padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución. (Resaltados nuestros).

8.2.- STC Exp. N° 168-2005-PC/TC. Caso Maximiliano Villanueva Valverde⁸²³

(Procedencia del proceso de cumplimiento). Como antecedentes se desprende del caso que el 1 de octubre de 2003, el recurrente incoó un proceso de cumplimiento contra la Oficina de Normalización solicitando se cumpla con determinar y ejecutar el pago de su pensión inicial de conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 23908, que establecía una pensión mínima no menor de tres remuneraciones mínimas vitales, así como que se ordene el reintegro de las pensiones devengadas y sus respectivos intereses legales. La ONP contestó la demanda solicitando se declare improcedente. Alegó que la citada ley, establecía el monto mínimo de la pensión en tres sueldos mínimos vitales, pero no dispuso que fuera, como mínimo, tres veces más que el básico de un servidor en actividad, el cual nunca llegó a ser igual al Ingreso Mínimo Legal, que estaba compuesto por el Sueldo Mínimo Vital más las bonificaciones por costo de vida y suplementaria. El TC, resolvió la demanda declarándola Infundada, y “creó” los presupuestos y requisitos del Proceso de Acción de Cumplimiento, cuyas nuevas reglas por mandato del PV, son de aplicación inmediata incluso para los procesos en trámite, como se puede advertir en los siguientes fundamentos:

25. Con ello el Tribunal Constitucional busca perfeccionar el proceso de cumplimiento a fin de que sea realmente eficaz y expeditivo. Por tanto, el precedente establecido en el párrafo anterior será de **vinculación inmediata** a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, de modo que toda demanda **que sea presentada y que no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite y adolezcan de ellos, deberán ser declaradas improcedentes.**

HA RESUELTO.

(...)

2. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de cumplimiento, previstos en los fundamentos 14, 15 y 16, *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de cumplimiento que sea presentada o que se **encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones, debe ser declarada improcedente.**

Declarar que las reglas procesales de aplicación a las demandas de cumplimiento que a la fecha de publicación de esta sentencia se encuentren en trámite, serán las previstas en los fundamentos 53 a 58 y 60 del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.º 1417-2005-

⁸²³ Publicado el 07 de octubre del 2005, en el diario oficial *El Peruano*.

AA/TC), de modo que serán vinculantes tanto para los jueces que conocen los procesos de cumplimiento, como para los jueces que resulten competentes para conocer las demandas contencioso administrativas, en la vía del proceso sumarísimo a que se refiere el artículo 24°, inciso 2 de la Ley N.º 27584. (Resaltados nuestros).

A nuestro turno argumentamos que la doctrina siempre cuestionó que el Proceso de Acción de Cumplimiento era en realidad, un proceso constitucional, a tal punto que de manera peyorativa se le denominaba como proceso constitucionalizado, sin embargo el TC, con el PV, que comentamos le dio carta de ciudadanía, y “creó” los presupuestos del Proceso Acción de Cumplimiento, el problema es que en el citado PV, privó de tutela jurisdiccional efectiva, vulneró el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica, por cuanto por los efectos normativo del PV, se dejó establecido que los justiciables que habían planteado sus pretensiones sino cumplían con los presupuestos del PV, debían ser declaradas improcedentes, nos preguntamos si los justiciables que incoaron sus demandas antes de la publicación del PV, tenían forma de saber que en un FUTURO, se les iba a exigir dichos presupuestos, para los que recurren al órgano jurisdiccional después de la publicación del PV, si sabían y los que incoaron antes sus demandas bajo los criterios anteriores expuestos por el mismo TC, ¿también les exigimos esas reglas desconocidas y no vigentes? Por un criterio racional mínimo de justicia la respuesta tendría que ser un no, pero al TC, no le importa y aplicó los nuevos criterios que imponen cargas al procesos en trámite, incoados mucho antes de la publicación del PV.

La doctrina también se mostró reacia con el PV, a tal punto de proponer la revocatoria del mismo, vía *overruling*, al respecto el ex magistrado del TC, el profesor Eto Cruz: “El proceso de cumplimiento ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional a través de un precedente vinculante que impone una serie de requisitos que, a la postre, **restringen el acceso de los justiciables a este tipo de tutela**, por lo que se impone matizar el proceso vía un *overruling* parcial”⁸²⁴ (Resaltado nuestro).

“Y es que para todos los otros casos que no encajen dentro de los parámetros establecidos por el Tribunal Constitucional del Perú como propios del Proceso de Cumplimiento, el supremo intérprete de la Carta de 1993 dispone se sigan las mismas pautas previstas para el caso “Anicama”, (...) e invocables incluso para procesos en trámite. No nos queda aquí más que reiterar idénticas preocupaciones y críticas a lo allí planteado.

Nuevamente hay que preguntarse cómo afectó esto a los derechos de los justiciables, así como a las competencias propias de la judicatura ordinaria. Otra vez resulta aquí discutible utilizar la técnica del precedente e incluso recurrir a

⁸²⁴ ETO CRUZ, Gerardo. *Necesaria reforma (overruling) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento: Una evaluación a siete años de su vigencia*. En: Pensamiento Constitucional N° 19. 2014. Pág. 299.

sentencias con eficacia perspectiva, para así justificar decisiones como las aquí descritas, con todo lo que ello puede acarrear.”⁸²⁵

8.3.- STC Exp. N° 2802-2005-PATC. Caso Julia Benavides García.⁸²⁶ (Libertad de empresa. Amparo en materia municipal). Como antecedentes que se desprenden del caso tenemos que con fecha 21 de octubre de 2004, la recurrente interpuso demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Piura solicitando que se deje sin efecto el acta de clausura de establecimiento de fecha 16 de octubre de 2004, levantada por la entidad demandada de manera arbitraria, vulnerando sus derechos fundamentales a la libertad de trabajo, de petición, a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso. Agregó que en el mes de agosto del 2004 solicitó a la municipalidad emplazada el otorgamiento de una licencia provisional de funcionamiento para su establecimiento comercial denominado “*Así es mi tierra*”, ubicado en la Av. Las Gardenias N° 300, así como el correspondiente certificado de zonificación, el cual tuvo un retardo indebido en su entrega, razón por la cual su local fue multado en dos ocasiones y, posteriormente, clausurado. A su turno la Municipalidad Provincial de Piura contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, alegando que el local de la recurrente fue clausurado por carecer de la autorización municipal de funcionamiento, de acuerdo al Reglamento de Aplicación de Sanciones aprobado mediante Ordenanza N.º 026-2004-C/CPP. El TC, resolvió la controversia declarando improcedente la demanda, estableciendo un PV, sin embargo no moduló los efectos del PV, en el tiempo y estableció:

18.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos N.ºs 4 a 17, *supra*, constituyen precedente vinculante, puesto que son indispensables para determinar la vía en la que corresponderá que se atiendan las acciones de amparo comprendidas en los supuestos de improcedencia, **siendo de aplicación inmediata a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, de modo que toda demanda que sea presentada y que no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite y adolezcan de ellos, deberán ser declaradas improcedentes**, debiendo ser encausadas, conforme a los criterios expuestos, en la vía contencioso-administrativa. (Resaltados nuestros).

A su turno la doctrina expone: “El tribunal, en la sentencia in comento, no busca sólo resolver un caso concreto sino que mediante el uso de una serie de argumentos y principios establecidos en su jurisprudencia emite **un nuevo criterio** a ser utilizado para la solución de los supuestos por los cuales los

⁸²⁵ ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Precedentes constitucionales en el Perú: Surgimiento, uso, evolución, retos y riesgos*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhonny. (Coordinador). Ob. Cit. Pág. 839.

⁸²⁶ Publicado el 21 de diciembre del 2005, en el diario oficial *El Peruano*.

litigantes y la administración pública⁸²⁷ deberán regir su comportamiento al momento de ejercer una acción constitucional.”⁸²⁸ (Resaltados nuestros).

“Otro aspecto importante del precedente vinculante es que pretende poner coto y zanjar el uso y abuso de los procesos de amparo por parte de ciudadanos sin perjuicios que quieren imponer sus caprichos a costa del interés de los demás (...) En este caso el Tribunal Constitucional consideró, en concordancia con el artículo 9° del Código Procesal Constitucional, que si existen dudas acerca de la actuación de los gobiernos locales al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento, la parte afectada debe recurrir a la vía contenciosa administrativa, la cual cuenta con una adecuada estación probatoria. Es decir, sólo en los casos en que se sustente con claridad la afectación de un derecho fundamental, se podrá analizar el fondo de la controversia planteada en una demanda de amparo.”⁸²⁹

A nuestro turno, debemos agregar que concordamos con el fallo del PV, por cuanto los procesos constitucionales, son de tutela urgente por la calidad de los derechos que protegen (la jerarquía normativa de la Constitución y los derechos fundamentales), no están diseñados para debatir cuestiones probatorias⁸³⁰ para tal cometido están diseñados los procesos ordinarios, sin embargo como ya lo resaltamos líneas arriba los ‘nuevos pronunciamientos’ del TC, en tanto no impliquen una mejor protección de los derechos fundamentales de los recurrentes, no ser obligados a acudir a una instancia que antes de entablar su demanda era perfectamente viable, porque así lo tenía expresado el TC, en su línea jurisprudencial, con esto no pretendemos decir que el TC, no puede cambiar de criterios, claro que lo puede hacer y es necesario que así lo haga pero como todo poder constituido primario que los es, aunque sea el autodenominado controlador de la Constitución⁸³¹, en puridad es el guardián de la Constitución no es el dueño de la misma, por lo tanto se halla sometido a los derechos que contempla la Constitución, y uno de ellos que duda cabe es el valor

⁸²⁷ Entiéndase en este punto a la Administración Pública no sólo a las entidades que emiten actos administrativos y de administración, sino aquellas que administran justicia (Administrativa, judicial y electoral). Citado por LÓPEZ CUSI, Omar. *Criterios para la procedencia de demandas de amparo ante las entidades de la administración pública. Exp. N° 2802-2005-PA. Caso Julia Benavides García*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhony (Coordinador). *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú*. Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2009. Pág. 592.

⁸²⁸ LÓPEZ CUSI, Omar. *Criterios para la procedencia de demandas de amparo ante las entidades de la administración pública. Exp. N° 2802-2005-PA. Caso Julia Benavides García*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhony (Coordinador). Ob. Cit. Pág. 592.

⁸²⁹ ROSPIGLIOSI VEGA, Alejandro José. *La libertad de empresa. Comentarios a la sentencia del Exp. N° 2802-2005-AA/TC*. En: Castañeda Otsu, Susana (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador) *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Editora Jurídica Grijley. Primera Edición 2010. Págs. 347-348.

⁸³⁰ En contra de nuestros argumentos en torno a la estación probatoria de los procesos constitucionales. Vid. LÓPEZ FLORES, Berly. *Del mito de la inexistencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales de amparo: El misterio en materia laboral de despidos*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 11. Gaceta Jurídica. Lima. Noviembre de 2008. Págs. 549-572. Vid. LÓPEZ FLORES, Berly Javier Fernando. *Más sobre la existencia “material” de una etapa probatoria en los procesos constitucionales Una comprobación jurisprudencial*. En: Gaceta Jurídica. La prueba en el proceso Constitucional. Diálogo con la jurisprudencia. Primera Edición. Octubre 2010. Págs. 209-232.

⁸³¹ Vid. CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *¿La Constitución Descontrolada?* En: Ipso Jure. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Edición Día del Juez. Año 6 N° 26 Agosto 2014. Págs. 164-186.

seguridad jurídica, que se ve menoscabada cuando el TC, cambia de criterio aumenta los requisitos para acceder a las pretensiones de los justiciables, por lo que política jurisdiccional se torna en impredecible y constituye una regresividad de los derechos, lo que desfigura una de las características del PV, que es justamente la “*Predictibilidad*”.

8.4.- STC. Exp. N° 0206-2005-PA/TC. Caso César Baylón Flores.⁸³² Se desprende de los hechos del PV que con fecha 21 de abril de 2004, el recurrente interpuso demanda de amparo contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. y don Víctor Manuel Hacen Bernaola, en su calidad de Gerente General de la citada empresa, solicitando que se declaren inaplicables la carta notarial de imputación de cargos de fecha 3 de marzo de 2004 y la carta notarial de despido de fecha 17 de marzo de 2004; y que, por consiguiente, se lo reponga en el puesto de asistente de control patrimonial, con el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir. Asimismo, solicitó que los demandados le paguen una indemnización de daños y perjuicios equivalente a 10,000.00 nuevos soles y que se disponga la apertura de instrucción al Gerente General por ser responsable de la agresión sufrida. Manifestó haber sido despedido debido a que, con posterioridad a la época en que ocupó el cargo de Jefe del Equipo de Facturación, se detectaron una serie de irregularidades con motivo del “Examen especial sobre presuntas irregularidades efectuadas en la manipulación del sistema SICI” llevado a cabo por el órgano de control de la empresa. Al respecto, refirió que no se hizo una adecuada calificación de la causa justa de despido y que no se observó el principio de inmediatez, contemplado en el artículo 31.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, toda vez que el despido se produjo mucho tiempo después de la fecha en que ocurrieron los hechos por los cuales fue despedido. Agregó que tales actos vulneraron sus derechos constitucionales. La demandada propuso la excepción de incompetencia por razón de la materia, aduciendo que la vía del amparo no resultaba idónea para este tipo de casos, pues existe una vía laboral donde se puede dilucidar mejor la controversia con el despliegue de una amplia actuación de material probatorio. El TC, resolvió la controversia y declaró infundada la demanda en el extremo que denuncia la vulneración del principio de inmediatez, y declaró improcedente en los demás extremos, por cuanto el amparo no es la vía idónea para esclarecer hechos controvertidos sometidos a probanza no para determinar montos por daños y perjuicios. Así mismo estableció:

34.- Con ello el Tribunal Constitucional busca perfeccionar el proceso de amparo a fin de que sea realmente eficaz y expeditivo. Por tanto, el precedente establecido será de vinculación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, de modo que toda demanda que sea presentada y que no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite e igualmente no reúnan tales condiciones, deberán ser declaradas improcedentes.

Ha resuelto: (...)

⁸³² Publicado el 22 de diciembre del 2005, en el diario oficial *El Peruano*.

3.- Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral, previstos en los fundamentos 7 a 25, *supra*, constituyen **precedente vinculante inmediato** de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones, debe ser declarada improcedente.

Al respecto la doctrina: “Siendo esto lo resuelto en el presente proceso, aquí entonces el cuestionamiento por un supuesto perjuicio a la labor de la judicatura ordinaria es doble, ya que, en primer término, recarga su quehacer con nuevos procesos o con la reformulación de procesos ya iniciados; y en segundo lugar, no proporciona a los diferentes jueces y juezas criterios para enfrentar un tema de innegable relevancia. **Y por el lado del ciudadano, el perjuicio que esta alternativa de devolución de causas en trámite puede ocasionar es sin duda muchísimo mayor. Otra sentencia que, independientemente de las buenas intenciones que hubiesen podido motivarla, valiéndose además de la técnica del precedente, genera muchos más problemas de los que buscaba solucionar.**”⁸³³ (Resaltados nuestros).

Del análisis del PV, se desprende que el TC lo que en realidad busca es disminuir su carga laboral, sacrificando los derechos de los justiciables, la doctrina opina *mutatis mutandis*: “Con el fin de disminuir su carga procesal, a reglón seguido, el TC ordenó aplicar criterios similares para reconducir las demandas de amparo que sobre las materias laborales de carácter individual, sean del régimen laboral público o privado (...) Como hemos afirmado repetidamente, consideramos que esta reconducción sólo será acorde con la Constitución cuando existan dudas sobre la efectiva (...) violación de derechos fundamentales y no por un loable pero inconstitucional deseo de “pacificación y ordenación” (f.j. 37) en relación a la carga procesal del TC. Además se debe tener en cuenta el nuevo marco normativo de la acción procesal que establece la Ley N° 29497.”⁸³⁴

La aplicación del PV Baylón Flores, en definitiva es perniciosa para la seguridad jurídica y altera el procedimiento preestablecido por la ley, sin embargo el TC, moduló el impacto del PV, amparando nuestra tesis *mutatis mutandis* en una demanda *sui generis* que fue entablada el **17 DE MARZO DE 1983**, la cual fue resuelta el **31 de agosto de 2006**, y vía apelación resuelta el **25 de enero de 2007**, declaró improcedente la demanda en aplicación del PV Baylón Flores, a continuación traemos a colación el Caso Quiroz Rosas:

⁸³³ ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Precedentes constitucionales en el Perú: Surgimiento, uso, evolución, retos y riesgos*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhonny. (Coordinador). Ob. Cit. Págs. 841-842.

⁸³⁴ PACHECO ZERGA, Luz. *Las vías procedimentales para la protección del derecho al trabajo y los derechos conexos. Comentario a la sentencia del Exp. N° 0206-2005-PA/TC*. En: Castañeda Otsu, Susana. (Directora). Velezmore, Fernando (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Grijley. Primera Edición. 2010. Pág. 776-778.

STC Exp. N° 2732-2007-PA/TC. Caso Juan Humberto Quiroz Rosas.

De la revisión de los antecedentes se advierte que fecha **17 de marzo de 1983**, el recurrente, invocando la afectación de sus derechos al debido proceso, de defensa, a la jurisdicción predeterminada por la ley y al trabajo, interpuso demanda de amparo contra la Corte Superior de Justicia de Lima, con el objeto de que se declare inaplicable el acto administrativo (Acuerdo de Sala Plena de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 28 de septiembre de 1982, expedido en virtud de la Ley N.º 23344 y su Reglamento, el Decreto Supremo N.º 003-82-JUS), por el cual se decidió no ratificarlo en el cargo de Secretario Coactivo. Consecuentemente, pretende se ordene su reincorporación en el referido cargo. Alegó que dicho acto fue inconstitucional por cuanto se aplicó indebidamente la ley y el decreto supremo mencionado; que no se le comunicó los cargos que se le imputaban y que, por ende, no pudo ejercer su derecho de defensa; asimismo, que el acto de no ratificación carece de motivación alguna y que le fue comunicado mediante publicación en el diario oficial *El Peruano*, lo cual vulneró su derecho de defensa en la medida que al interponer el recurso de reconsideración no pudo realizar una defensa plena de sus derechos pues no conoció los motivos que dieron lugar a su no ratificación. Luego de muchas irregularidades en la sustanciación del proceso, el Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, **con fecha 31 de agosto de 2006**, finalmente se pronunció sobre el fondo del asunto declarando infundada la demanda, por considerar que en autos no hay suficientes elementos probatorios para dilucidar la controversia, tanto más que conforme lo dispone el artículo 9º del Código Procesal Constitucional, el proceso de amparo carece de estación probatoria. La recurrida, **con fecha 25 de enero de 2007**, revocó la apelada y declaró improcedente la demanda en virtud del precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional en materia laboral y recaído en el Expediente N.º 0206-2005-AA/TC. El TC acogiendo nuestra propuesta resolvió acertadamente:

27.- Por lo demás, el Tribunal Constitucional no comparte el pronunciamiento de la recurrida, en virtud del cual se declara la improcedencia de la demanda y se ordena la devolución de los autos al juzgado de origen para su tramitación en la vía contencioso-administrativa, conforme al precedente vinculante en materia laboral expedido por este Colegiado -STC N.º 0206-2005-PA/TC, Caso César Antonio Baylón Flores-.

28.- En efecto, no obstante la injustificada dilación del proceso de amparo de autos, **resulta absolutamente irrazonable pretender que el proceso vuelva al juzgado de origen** para su reconducción a la vía contencioso-administrativa, y que el actor deba, a pesar del tiempo transcurrido, transitar nuevamente por la vía judicial. **Y ello es así por cuanto RESULTA ARBITRARIO, CARENTE DE TODO SENTIDO DE JUSTICIA Y DE LEALTAD CONSTITUCIONAL, PRETENDER IMPONER UN PRECEDENTE PUBLICADO EL 14 DE DICIEMBRE DE 2005 A UNA DEMANDA INTERPUESTA EN MARZO DE 1983,** precisamente a quien se le ha causado una manifiesta agresión del derecho a un debido proceso en su

manifestación del derecho a un plazo razonable en la impartición de justicia. (Resaltados nuestros).

(...)

46.- Conviene precisar, en todo caso, que por razones sustancialmente iguales a las expuestas en los Fundamentos N.ºs 27 y 28, *supra*, no resulta aplicable al caso de autos el pronunciamiento de este Tribunal recaído en el Expediente N.º 3361-2004-AA/TC - Caso Jaime Amado Álvarez Guillén, en el que, a través de la técnica del *prospective overruling*, se estableció un precedente vinculante-. Ello es así toda vez que, de un lado, dicha sentencia está referida a los procesos de ratificación de magistrados previstos en la Constitución de 1993; y, como se sabe, la demanda fue planteada bajo la vigencia de la Carta de 1979.

47.- En efecto, resultaría carente de todo sentido de justicia aplicar un precedente publicado el 16 de diciembre de 2005 a una demanda interpuesta en marzo de 1983, tanto más que el proceso de ratificación de Secretarios de Juzgado materia de autos resultó ser un procedimiento especial previsto por la Ley N.º 23344, del 19 de diciembre de 1981, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.º 003-82-JUS, preceptos que, en concordancia con la Décimo Tercera Disposición Transitoria de la Constitución de 1979, exigían que las resoluciones de ratificación o no ratificación de magistrados -las que resultan perfectamente aplicables a quienes en aquella época desempeñaban el rol de Secretarios de Juzgado- debían ser motivadas y expresar los fundamentos en que se sustentaban. (Resaltados nuestros).

Al respecto la doctrina se pregunta: “¿En qué caso no procede aplicar retroactividad de los criterios sobre residualidad del amparo? Expediente N° 2732-2007-PA/TC. Si bien es cierto que mediante STC recaída en el Exp. N° 206-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional estableció como precedente vinculante las reglas para aplicar la residualidad en los procesos constitucionales, también es cierto que su aplicación a un proceso que fue instaurado en 1983 resultaría irrazonable, pues ello implicaría que le expediente regrese al juzgado de origen para su reconducción, lo cual no brinda adecuada protección a los derechos constitucionales afectados.”⁸³⁵

En la misma línea: “Asimismo, se ha aplicado una excepción a la aplicación del precedente recaído en el Expediente N° 206-2005-PA/TC en el caso de miembros del Poder Judicial destituidos a través de los decretos leyes expedidos como consecuencia del autogolpe del año 1992⁸³⁶. En tales casos, el Alto Tribunal argumentó que, si bien era cierto que el asunto controvertido

⁸³⁵ REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ. Editora Normas Legales. Número 86. Abril 2008. Pág. 59.

⁸³⁶ STC N°s 1109-2002-AA/TC. 7068-2006-PA/TC y 02947-2007-PA, entre otras. Citado por RAMOS LLANOS, Sergio. SALAZAR CAMPOS, Ernesto. *Criterios de procedibilidad para el proceso de amparo en materia laboral pública y privada. El precedente vinculante Baylón Flores del Exp. N° 0206-2005-PA/TC*. En: Castañeda Otsu, Susana. (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador). Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional. Grijley. Primera Edición. 2010. Pág. 818.

pertenecía al régimen laboral público y por ende debería ser dilucidado a través del proceso contencioso administrativo, también lo era que no podía desconocerse la jurisprudencia sobre la materia, pues dichos casos respondían a un supuesto sumamente particular o sui géneris derivado de los decretos leyes expedidos como consecuencia del referido autogolpe, tratándose en el fondo de una cuestión de puro derecho, por lo que no podía aplicarse un precedente publicado el 14 de diciembre de 2005, a una demanda interpuesta con anterioridad. En tales casos se determinaba si mediante la separación en el cargo de los demandantes se ha afectado algún derecho fundamental.”⁸³⁷

8.5.- STC. Exp. N° 3908-2007-PA/TC. Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS Nacional).⁸³⁸ Mediante dicho PV, el TC dejó sin efecto el RAC a favor del PV, mediante Overruling de la STC Exp. N° 4853-2004-PA/TC). El caso tiene como antecedente que con fecha 3 de julio de 2006 el recurrente interpuso demanda de amparo contra el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo y la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, solicitando que se declare nula y se suspenda los efectos de la Resolución N.º 12, de fecha 15 de marzo de 2006, que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por don Jesús Ponce Failoc contra Provias Nacional y ordenó que lo reponga en su puesto de trabajo. Agregó que la resolución cuestionada vulneró sus derechos, debido a que la sentencia de la Sala emplazada omitió fundamentar por qué se apartó del PV STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC, que señaló que la vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo en el régimen laboral público es el proceso contencioso administrativo, y no el proceso de amparo. Agregó que al haberse resuelto la pretensión de reposición de don Jesús Ponce Failoc en el proceso de amparo recaído en el Exp. N.º 2005-1640-0-1701-J-CI-3, la sentencia de la Sala emplazada ha sido dictada en contravención del precedente establecido en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0206-2005-PA/TC y la sentencia de la Segunda Sala Laboral dictada en el Exp. 1853-2004-BE(S), que dispuso que don Jesús Ponce Failoc hiciera valer su derecho en la vía correspondiente, el TC, declaró INFUNDADA la demanda, sin embargo

9. En este orden de ideas, también debe señalarse qué sucederá con aquellos recursos de agravio constitucional interpuestos a favor del precedente que se encuentren en trámite y han sido concedidos por el Poder Judicial, así como con el cómputo del plazo de prescripción para interponer un “amparo contra amparo”, un “amparo contra hábeas corpus”, un “amparo contra hábeas data”, o un “amparo contra cumplimiento”. En este sentido, es oportuno precisar las siguientes reglas procesales a seguir:

a. El auto que concede el recurso de agravio constitucional a favor del precedente que se encuentre en trámite será revocado y declarado improcedente y se ordenará la devolución de lo actuado al

⁸³⁷ RAMOS LLANOS, Sergio. SALAZAR CAMPOS, Ernesto. *Criterios de procedibilidad para el proceso de amparo en materia laboral pública y privada. El precedente vinculante Baylón Flores del Exp. N° 0206 - 2005-PA/TC*. Ob. Cit. Págs. 817-818.

⁸³⁸ Publicado el 19 de enero del 2007, en el diario oficial *El Peruano*.

juzgado o sala de origen para la ejecución de la sentencia estimatoria de segundo grado.

HA RESUELTO

(...) **3. Establecer** las siguientes reglas procesales:

a. El auto que concede el recurso de agravio constitucional a favor del precedente que se encuentre en trámite será revocado y declarado improcedente y se ordenará la devolución de lo actuado al juzgado o sala de origen para la ejecución de la sentencia estimatoria de segundo grado.

Al respecto la doctrina expone: “Desde nuestro punto de vista coincidimos plenamente en que la defensa del precedente vinculante no debió haberse dado en ningún momento por conducto del recurso de agravio directo, no tanto porque haya supuesto una interpretación contra la literalidad de la Constitución (asunto sobre el que ya se ha discutido bastante), sino por algo completamente distinto. En realidad y acorde con lo que hace buen tiempo hemos venido sosteniendo, el precedente constitucional vinculante dista mucho de ser esa máxima inexpugnable que pretende el Tribunal Constitucional. Por más que se nos haya dicho en la Sentencia recaída en el Expediente N° 4853-2004-PA/TC que se trata de una regla clara, concreta y objetiva que no admite juego interpretativo, la realidad ha demostrado hace buen rato (y especialmente lo ha demostrado el Tribunal Constitucional) que muchas veces es todo lo contrario de las citadas características.

Un precedente puede generar discusión si es aplicado o pretende serlo a un proceso constitucional iniciado cuando este, como tal, aún no existía. **La controversia puede incluso desatarse en aquellos supuestos en los que desde el mismo precedente pueda haber previsto su aplicación inmediata a los procesos en trámite. En tal contexto es bastante difícil ignorar una eventual incidencia de tal perspectiva de proceder sobre algo tan fundamental a la par que constitucional, como el procedimiento preestablecido por la ley.** (Subrayados nuestros)

Puede igualmente generarse controversia allí donde un precedente es sustituido por otro y existen dudas acerca del ámbito temporal en el que ha de aplicarse cada uno de ellos. Como es obvio suponer, habrá quienes puedan considerar de aplicación el viejo precedente y quienes por el contrario, postulen la aplicación del nuevo como fuente de referencia inmediata.

La polémica también puede encontrarse presente si un eventual precedente de obligatoria observancia es abiertamente contrapuesto con la jurisprudencia de un organismo supranacional frente al que nos encontramos sujetos. Muchos se preguntarán si se aplica el precedente en tanto su contenido es más beneficioso o si en su caso, se aplica la jurisprudencia internacional en tanto habilita fórmulas mucho más optimizadoras.”⁸³⁹

⁸³⁹ SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *Amparo contra amparo en el Perú. Estado actual de la cuestión a la luz de los precedentes existentes (Exps. N°s 4853-2004-PA/TC y 3908-2007-PA/TC)*. En: Castañeda Otsu, Susana (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Editora Jurídica Grijley. Primera Edición 2010. Pág. 389.

A nuestro turno argumentamos que estamos de acuerdo con lo resuelto por el TC, sin embargo, discrepamos con la aplicación inmediata del PV, aplicando su decisión de dejar sin efecto el RC a favor del PV, para aquellos justiciables que habían planteado su demanda de amparo, bajo el supuesto que sí procedía el RAC, para la defensa y respeto del PV, es decir cuando se planteó la estrategia por parte del abogado del recurrente la regla era que sí se podía plantear un RAC, por desacato del PV, sin embargo esa regla perdió vigencia inmediatamente y fue aplicada inmediatamente incluso para los procesos que se encontraban en trámite.

8.6.- STC Exp. N° 00142-2011-PA/TC.⁸⁴⁰ Caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia (Amparo Arbitral). De los antecedentes que se desprenden del caso se advierte que con fecha 18 de diciembre de 2009, la recurrente interpuso demanda de amparo contra el Tribunal Arbitral compuesto por el Árbitro Único don Luis Humberto Arrese Orellana, a fin que se declare la ineficacia del laudo arbitral de derecho contenido en la Resolución del 22 de septiembre de 2009, recaída en el Caso Arbitral N° 1487-119-2008, así como su inscripción registral dispuesta por el mismo laudo, y que se ordene que se retrotraiga el Caso Arbitral N° 1487-11-2008 hasta antes de la expedición del referido laudo. El Quinto Juzgado en lo Constitucional de Lima, mediante Resolución de fecha 23 de diciembre de 2009, declaró de plano improcedente la demanda interpuesta, por cuanto la recurrente no ha cumplido con agotar la vía previa. A su turno, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmó la apelada, pero considera además, que la demanda es improcedente por la existencia del recurso de anulación del laudo (según la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje), que es vía igualmente satisfactoria para la protección de la pretensión solicitada. Con relación a la aplicación inmediata del PV:

Establecimiento de precedentes vinculantes.

30. Habiéndose establecido en los fundamentos 20, 21 y 26 de la presente sentencia **NUEVAS REGLAS** en materia de amparo contra las decisiones emanadas de la jurisdicción arbitral y sobre el ejercicio del control difuso de constitucional en dicha jurisdicción, este Supremo Intérprete de la Constitución, habida cuenta de la importancia de la materia involucrada, considera pertinente su reconocimiento a título de precedentes vinculantes, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

31. A partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial “El Peruano”, **toda demanda que se encuentre en trámite y que no se ajuste al precedente vinculante establecido en la presente sentencia debe ser declarada improcedente.** Por seguridad jurídica y en vía

⁸⁴⁰ Publicado el 26 de Setiembre de 2011 en la página Web del TC, posteriormente publicado el 05 de octubre del 2011, en el diario oficial *El Peruano*.

excepcional **LAS PARTES** pueden en un plazo no mayor de 60 días hábiles interponer recurso de apelación o anulación, según corresponda, en sede ordinaria. (Resaltados nuestros).

A nuestro turno argumentamos nuevamente que a pesar que el TC, es consciente que está estableciendo nuevas reglas sobre el denominado amparo arbitral, sin embargo resulta inconstitucional que aplique las nuevas reglas a los procesos en trámite iniciados con anterioridad a las nuevas reglas del PV, sin embargo un *mea culpa*, se desliza en el FJ. 31, *Por seguridad jurídica y en vía excepcional **LAS PARTES** pueden en un plazo no mayor de 60 días hábiles interponer recurso de apelación o anulación, según corresponda, en sede ordinaria.* Si lo que busca el TC, es proteger la seguridad jurídica entendemos que debe proteger a todos los justiciables de la aplicación de las nuevas reglas que contienen cargas (pues de no ser cumplidas serán declaradas Improcedentes) porque las reglas del PV son de alcance general para TODOS, no sólo para las PARTES, en puridad la prohibición perniciosa de las nuevas reglas que buscan limitar el acceso al amparo arbitral, por una cuestión de política jurisdiccional el TC, las puede aplicar sí, pero de manera diferida, nunca de manera retrospectiva.

En un argumento en contra de nuestra posición es la expuesta por el ex magistrado del TC, Beaumont Callirgos, en referencia al PV, materia de comentario expuso: “Lo que se desprende es que, por lo general, cuando se señala que un precedente es de “aplicación inmediata” ésta tiene efectos retroactivos, pero se limita la retroactividad sólo a los procesos constitucionales en trámite; es decir, no alcanza a los procesos culminados con sentencias firmes (cosa juzgada), puesto que de darse así sería peligroso desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Pero, de todas formas, sólo una naturaleza retroactiva de los efectos de un precedente vinculante podría explicar la razón en virtud de la cual todas las demandas que en su oportunidad fueron admitidas a trámite con antiguas reglas procesales, sean luego declaradas improcedentes.

Debe agregarse que la retroactividad que implica la “aplicación inmediata” no resulta arbitrario, pues en realidad lo que el Tribunal Constitucional lleva a cabo es el **principio de autonomía procesal** que informa sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, conforme a las cuales goza de un **margen razonable de flexibilidad para modular los efectos o el impacto de sus sentencias sobre los justiciables**, de manera que cualquier formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales, esto es, la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

En el caso del precedente vinculante sobre amparo arbitral (STC n.º 00142-2011-PA/TC), por lo tanto, también tiene efectos hacia atrás y sólo hasta los procesos de amparo en trámite (efecto retroactivo). Una regla importante adicional que dicta el Tribunal, es el plazo de sesenta días hábiles para interponer el recurso de apelación o anulación, según corresponda, en caso la demanda de amparo sea improcedente según las nuevas reglas. Esto es

positivo, porque resulta ser para los litigantes un incentivo para impugnar y darle la oportunidad al Tribunal Constitucional de poder establecer nuevas reglas jurídicas.⁸⁴¹” (Resaltados nuestros).

Sin embargo debemos agregar que AUTONOMÍA NO ES AUTARQUÍA, y en una crítica para paliar los argumentos antes citamos, suscribimos plenamente el voto singular del ex magistrado, que forma parte del PV materia de comentario, FJ. 14:

14. Algunos constitucionalistas han querido justificar el ingreso al fondo de la controversia con la denominada “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional. Tal autonomía ha sido concebida para la defensa cabal de los derechos fundamentales, buscando dar flexibilidad a actos procesales que pudieran ser innecesarios para el objeto del proceso constitucional. Sin embargo tal autonomía no puede ser concebida por el Tribunal Constitucional como un instrumento para desnaturalizar el proceso, y mucho menos para que el Tribunal haga lo quiera, puesto que ello constituiría que no existirían reglas previamente impuestas sino que éstas se crearan en el camino, obligando a las partes a someterse a ellas, aunque éstas sean arbitrarias. (Resaltados nuestros).

8.7.- STC. Exp. N° 05057-2013-AA/TC. Caso Rosalía Beatriz Huatucu Huatucu. El TC establece precedente vinculante sobre exigencia de concurso público en el acceso a la función pública. Los hechos que se deprenen del caso son los siguientes, con fecha 6 de diciembre de 2011, la recurrente interpuso demanda de amparo contra el Poder Judicial a fin que se deje sin efecto su despido incausado; y que, en consecuencia, se disponga su reincorporación laboral en el puesto que venía desempeñando como secretaria judicial, más el pago de los costos del proceso. Agregó que prestó servicios desde el 1 de julio de 2010 hasta el 15 de noviembre de 2011, en virtud de contratos de trabajo sujetos a modalidad por servicio específico; que, sin embargo, al haber realizado labores de naturaleza permanente, sus contratos modales se han desnaturalizado y, por ende, deben ser considerados como uno de plazo indeterminado, por lo que solo podía ser despedida por una causa justa prevista en la ley, previo procedimiento establecido en el artículo 31 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR. El procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, contestó la demanda y argumentó que el proceso de amparo no es la vía idónea para dilucidar la pretensión planteada por su naturaleza restitutiva y no declarativa de derechos. Agregó que, “la demandante pretende que se declare el derecho (...) esto es de ser trabajadora a plazo indeterminado regulado por el Decreto Legislativo 728, sin haber ingresado a laborar mediante concurso público de méritos, sino a plazo fijo para lo cual se estableció fecha de inicio y término de la contratación, conforme se aprecia del copia del contrato que inició el 01.07.2010, así también del contrato que inició el 01.04.2011 y que concluyó indefectiblemente el día de la publicación de los resultados del proceso

⁸⁴¹ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *El nuevo proceso de amparo arbitral: Sobre su aplicación temporal*. En: Castillo Freyre, Mario (Editor) Arbitraje y Constitución. Palestra Editores S.A.C. Primera edición. Diciembre 2012. Págs. 58-59.

de selección de la Plaza 019503 del cargo de Secretaria Judicial, conforme a lo descrito y precisado en la cláusula primera del referido contrato, que en cuya virtud la referida contratación no constituye afectación constitucional al derecho al trabajo, en razón a que se ha dado en el marco del Decreto Legislativo 728”.

El Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Huancayo, con fecha 14 de setiembre de 2012, declaró fundada la demanda por considerar que con los medios probatorios adjuntados al proceso se ha acreditado la desnaturalización de los contratos modales no solo porque la actora desempeñó labores en otro Juzgado, sino también porque el cargo de secretaria judicial que ocupaba era de naturaleza permanente y no temporal. La Sala superior revisora revocó la apelada y, reformándola, declaró infundada la demanda por estimar que en el presente caso no existe fraude o simulación a las normas de contratación, y que la accionante inició y finalizó labores en el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Huancayo, por lo que no puede alegarse fraude en su contratación, sorprendentemente el TC, dispuso Declarar Infundada la demanda y estableció como PV:

§8. Reglas procedimentales aplicables en materia de reposición como trabajadores de duración indeterminada en la Administración Pública.

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

26. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 supra, constituyen precedente vinculante, siendo determinantes para resolver si a través de la vía del proceso constitucional de amparo, se ordenará o no la reincorporación de la parte demandante como trabajador con un contrato laboral a plazo indeterminado. Tales exigencias se ajustan y respetan la Constitución y demás normas legales vigentes que regulan la contratación de personal en el Estado.

27. El precedente establecido será de vinculación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

HA RESUELTO:

(...)

3. Declarar que a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, los procesos de amparo en trámite, en el Poder Judicial y en el Tribunal

Constitucional, deberán ser declarados **improcedentes** cuando se verifique que un demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. En tal caso, el juez **reconducirá** el proceso a la vía ordinaria laboral para que el demandante solicite la indemnización que corresponda. (Resaltados nuestros).

El PV Huatuco, sin temor a equivocarnos, es el PV, más criticado de la historia del TC, pues rompe con una consolidada línea jurisprudencial uniforme, y en el peor de los casos aplica las “*nuevas reglas*” de manera retroactiva incluso a los procesos en trámite, por si no fuera poco la crítica viene formulada por los mismos magistrados que conocieron el PV, materia de comentario, al respecto el fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez:

Puesto que las reglas que contiene un precedente innovan el ordenamiento jurídico casi de la misma manera que lo hacen los mandatos normativos, estimo que la variación de un criterio que comportará, a su vez, una reconducción del proceso a la vía ordinaria (y, con ella, una alteración de la pretensión), **debería operar solo para aquellos casos que se INICIEN LUEGO de que esta sentencia sea publicada en el diario oficial *El Peruano*.**

Creo que un efecto de esta naturaleza no se deriva tanto de la aplicación forzada de la teoría de los derechos adquiridos -que tras la modificación del artículo 103 de la Constitución, que adoptó la teoría de los hechos cumplidos, no existe siquiera para las leyes o las normas jurídicas en general- sino, esencialmente, como consecuencia del deber de **respetar y garantizar el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley (art. 139.3 de la Constitución).**

Tampoco puedo dejar de advertir que, tal y como se encuentra formulado, el precedente generará un alto nivel de **INSEGURIDAD JURÍDICA** para el justiciable. Nuestra jurisprudencia ha sido pacífica en reconocer que la **prededucibilidad de las conductas**, sobre todo de aquellas realizadas por funcionarios públicos, es una garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico. Nuestro Tribunal no puede ser ajeno a esta labor, por lo que, si bien la construcción de **nuevas reglas** es una facultad ínsita a los órganos que administran justicia, dicha atribución debe ejercerse con plena observancia del conjunto de derechos y principios que nuestra Constitución reconoce. (Resaltados nuestros).

Con relación al demoledor y magistral voto singular del magistrado Blume Fortini, el cual adopta nuestros argumentos magistralmente expone:

12. Aplicación y efectos en el tiempo del Precedente Huatuco.

(...) Discrepo rotundamente de la aplicación y efectos en el tiempo que dispone el Precedente Huatuco, pues la generación de precedentes constitucionales vinculantes con **incidencias retroactivas**, aun cuando está permitida, no habilita de ninguna manera un uso indeterminado o arbitrario de dicha facultad, ya que en cualquier circunstancia ha de estarse al respeto de la propia Constitución y de su catálogo de derechos y principios constitucionales.

En efecto, si a los justiciables que iniciaron sus reclamos en una época en la que el amparo les permitía reclamar reposición se les aplica un precedente en el que se les dice que ya no hay reposición, sino sólo indemnización y que esta sólo se obtiene únicamente a través del proceso ordinario, dicha alternativa **CONTRAVIENE EXPRESAMENTE EL DERECHO FUNDAMENTAL AL PROCEDIMIENTO PREESTABLECIDO POR LA LEY** reconocido expresamente en el artículo 139.º, inciso 3), de nuestra Norma Fundamental. Contraviene incluso nuestra propia jurisprudencia que en forma constante, reiterada y uniforme, ha enfatizado que "el derecho al procedimiento preestablecido por la ley [...] garantiza [...] que las normas con las que se inició un determinado procedimiento, no sean alteradas o modificadas con posterioridad por otra. De esta manera, iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba no debe ser la inmediatamente aplicable al caso [...]" (Cfr. Exps. N.º s 2928-2002-HC/TC, 1593-2003-HC/TC, 5307-2008-PA/TC, entre otras).

Conviene recordar, por lo demás, que si nuestro propio legislador ordinario se encuentra expresamente prohibido de emitir normas con fuerza o efecto retroactivo, salvo que las mismas favorezcan (artículo 103.º de la Constitución Política del Perú), **NO ENCUENTRO SUSTENTO ALGUNO PARA QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL HAGA EXACTAMENTE LO CONTRARIO**, tanto más cuanto que el precedente en mención, lejos de favorecer, termina **PERJUDICANDO O RESTRINGIENDO DERECHOS** para el amparista que antes podía lograr una reposición, que la nueva regla, inusitadamente y de forma inmediata, elimina y proscribe. (Resaltados nuestros).

En la misma línea la doctrina expone: "Por ello, no resulta coincidente que connotados estudiosos del Derecho Constitucional y Laboral de nuestro país, tales como César Landa Arroyo⁸⁴² y Javier Mujica

⁸⁴² Ver exposición del 24 de julio de 2015 en Corte Superior de Justicia de Lima Este, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ffdKhO2Uu5g> Citado por CARRASCO MOSQUERA, Jesús. *El control de convencionalidad en la jurisprudencia laboral. Comentarios a una sentencia disidente que se apartó de un precedente vinculante*. En Gaceta Constitucional. Tomo 103. Julio 2016. Pág. 50.

Petit⁸⁴³, hayan asumido similar posición, al sostener que los jueces están obligados a utilizar la técnica del Control de Convencionalidad para inaplicar el Precedente Huatuco, en salvaguarda de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador, y como ejercicio pleno de la independencia del Poder Judicial, máxime si dicho precedente afectó gravemente a la **Seguridad Jurídica** del país, al haber quebrado abruptamente una línea jurisprudencial pacífica y uniforme de más de quince (15) años, sin haber pasado por el razonable *prospective overruling*.⁸⁴⁴”

⁸⁴³ MUJICA PETIT, Javier. “¿Se debe desacatar el precedente Huatuco?”. Publicado en: www.ius360.com el 7 de julio de 2015. Citado por CARRASCO MOSQUERA, Jesús. *El control de convencionalidad en la jurisprudencia laboral. Comentarios a una sentencia disidente que se apartó de un precedente vinculante*. Ob. Cit. Pág. 50.

⁸⁴⁴ Técnica por la cual se difiere la aplicación del precedente vinculante a los hechos producidos con posterioridad a su emisión como parte de un necesario tránsito razonable entre una y otra sentencia, lo que hubiera permitido salvaguardar el derecho al trabajo de un sinnúmero de trabajadores con causas en trámite. Citado por CARRASCO MOSQUERA, Jesús. *El control de convencionalidad en la jurisprudencia laboral. Comentarios a una sentencia disidente que se apartó de un precedente vinculante*. Ob. Cit. Pág. 50.

CAPÍTULO III: RESULTADOS Y DISCUSIÓN.

CAPÍTULO III: RESULTADOS Y DISCUSIÓN.

3.1.- ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS.

3.1.1.- TIPO DE INVESTIGACIÓN.⁸⁴⁵

3.1.1.1.- De acuerdo al objetivo que se persigue:

La presente es una **Investigación de tipo aplicada**; por cuanto la propuesta, contenida en el proyecto de tesis, está centrada en encontrar mecanismos o estrategias que permitan lograr un *objetivo concreto*, ***Demostrar***, *luego de exponer los criterios dogmáticos y jurisprudenciales correspondientes, que la falta de reglas claras en torno a la aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante, que impone cargas, vulnera el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y el valor seguridad jurídica.*

Así mismo, los mecanismos o estrategias que permitan evitar la vulneración de derechos fundamentales, se centrarán en proponer una regla similar a la que existe en el ámbito nacional, en el tratamiento del cambio de Precedente Administrativo Vinculante expuesta en el artículo VI del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, y a nivel supranacional se encuentra materializada en el artículo 217° de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103° y 107° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en consecuencia, la investigación será de plena utilidad, para el correcto entendimiento y aplicación del cambio de línea jurisprudencial u *overruling* del Precedente Constitucional Vinculante Peruano.

3.1.1.2.- Según el nivel de profundización en el objeto de estudio:

Según este arquetipo la investigación es de tipo ***Explicativa***, por cuanto su finalidad está orientada a determinar las causas y consecuencias de un fenómeno concreto, que para este caso, la causa es que el derecho no se puede petrificar es lógico que si las leyes o la coyuntura socio-política cambia es lógica consecuencia que la interpretación de los dispositivos que sirvieron de base al precedente (*holding* o *ratio decidendi*) también cambien y como consecuencia de ello se dé un cambio de Precedente, mediante aplicación retroactiva del mismo, lo que origina que si el nuevo Precedente contiene cargas, reglas que no fueron establecidas con anterioridad, corresponde en mérito al valor seguridad Jurídica y al derecho al Procedimiento Preestablecido por la ley, que dichas nuevas reglas “*creadas*” vía Precedente no puedan *aplicarse, salvo que fueran más favorables al justiciable*, sin embargo dicha regla no existe ni vía legal ni jurisprudencial al menos en nuestro ordenamiento jurídico.

⁸⁴⁵ En todo este ítem seguimos: Los 15 tipos de investigación (y características). Disponible en: <https://psicologiymente.net/miscelanea/tipos-de-investigacion> (Fecha de consulta 26/01/18).

3.1.1.3.- Régimen de la investigación:

El tipo de investigación es *libre*, por cuanto va más allá de la ley positiva, para tal efecto en nuestra investigación se recurre a la Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia tanto del ordenamiento interno como supranacional.

3.1.2.- UNIVERSO, POBLACIÓN Y MUESTRA.

3.1.2.1.- Universo: Las Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano.

3.1.2.2.- Población: Los cincuenta y dos Precedentes Constitucionales Vinculantes expedidos por el Tribunal Constitucional Peruano.

3.1.2.3.- Muestra: Siete Sentencias del tribunal Constitucional con calidad de Precedente Constitucional Vinculante, en las que el Tribunal Constitucional, cambió de reglas imponiendo cargas para los justiciables aplicando retroactivamente las nuevas reglas incluso para los procesos en curso. Las sentencias han sido analizadas *in extenso* en el ítem C, de la realidad problemática, a continuación detallamos los precedentes, con la cita de los fundamentos en donde se aplicó la regla que dispuso la aplicación retroactiva del precedente:

STC. Exp. N° 1417-2005-PA/TC. Caso Manuel Anicama Hernández. FJ 49. Fallo 4.

STC. Exp. N° 0168-2005-PC/TC. Caso Maximiliano Villanueva Valverde. FJ 25. Fallo 2.

STC. Exp. N° 2802-2005-PA/TC. Caso Julia Benavides García. FJ 18.

STC. Exp. N° 0206-2005-PA/TC. Caso César Baylón Flores. FJ 34. Fallo 3.

STC. Exp. N° 03908-2007-PA/TC. Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS Nacional). FJ. 9-A.

STC. Exp. N° 00142-2011-PA/TC. Caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia. FJ.31.

STC. Exp. N° 05057-2013-AA/TC. Caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco. FJ. 21, 26 y 27. Fallo 3.

3.1.3.- MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

3.1.3.1.- Materiales.

En la presente investigación, se ha empleado encuestas y una entrevista, en cuanto a las encuestas, se aplicó a los funcionarios y servidores públicos de las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de Lambayeque, asimismo se realizó una entrevista a un docente universitario especialista en la materia, adscrito a la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo - Lambayeque.

3.1.4.- Instrumentos de Recolección de Datos.

Los instrumentos o técnicas que utilizaron fueron el análisis documental, la encuesta y la entrevista.

A.- Entrevistas.

Se realizó una entrevista a un docente universitario especialista en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, adscrito a la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo - Lambayeque.

B.- Encuestas.

En la presente investigación se aplicaron encuestas en las instalaciones de las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de Lambayeque, se acompaña el modelo de la encuesta realizada en los anexos del informe final de la tesis.

C.- Análisis Documental.

Para tal cometido, hemos seleccionado variados documentos, físicos y virtuales, relacionados con el propósito específico de nuestro trabajo, el cual consistió en:

Demostrar, luego de exponer los criterios dogmáticos y jurisprudenciales correspondientes, que la falta de reglas claras en torno a la aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante, que impone cargas, vulnera el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y el valor seguridad jurídica.

Realizar una propuesta para colmar la laguna jurídica que contiene el Código Procesal Constitucional Peruano, al no establecer que los nuevos precedentes constitucionales vinculantes en ningún caso tendrán efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna.

ENTREVISTA.

Tema de Tesis: “Vulneración del derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica por aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante.”

Entrevista Realizada por el tesista **MARTIN TONINO CRUZADO PORTAL (M.T.C.P.)**, al Doctor **EDWIN FIGUEROA GUTARRA (E.F.G.)**, Juez Superior

Titular de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Docente Universitario. Docente de la Academia de la Magistratura, autor de diversos libros y publicaciones en la especialidad de derecho constitucional, conferencista.

Transcripción de la entrevista realizada como parte de trabajo de campo, para obtener el grado académico de doctor en Derecho y Ciencias Políticas y que se ha desarrollado de la siguiente manera:

M.T.C.P. 30 de abril del 2019, siendo las 10:40 de la mañana, contamos con la grata presencia del Doctor Edwin Figueroa Gutarra, Juez Superior Titular, un académico, ponente conferencista, autor de diversos libros, profesor de la Academia de la Magistratura, docente universitario.

M.T.C.P.: Doctor muy buenos días.

E.F.G.: Buenos Días.

M.T.C.P.: Le saluda Martin Tonino Cruzado Portal, tesista, en esta oportunidad le agradezco nuevamente porque es la segunda vez que usted me concede una entrevista, le agradezco por su tiempo y en esta oportunidad estoy solicitando una entrevista para mi tesis doctoral.

E.F.G.: Bien, con el mayor gusto.

M.T.C.P.: Gracias Dr., el tema de mi tesis es *“Vulneración del derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica por aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante.”*

M.T.C.P.: En base a eso Dr. Mi primera pregunta sería **¿En qué consiste el Precedente Constitucional Vinculante?**

E.F.G.: Bueno se trata pues de una categoría, digamos normativa que establece el TC, para efectos de darle un aire de vinculación a algo fuerte en sus decisiones el artículo siete del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, precisamente parte de esta idea de establecer una categoría de resolución vinculante de la cual los jueces no se pueden apartar o sea en el año dos mil cuatro nace esta construcción, ya al año dos mil dieciocho, dos mil diecinueve ciertamente han habido algunas variantes no... el hecho de hablar de control de convencionalidad, el hecho de hacer distinguishing, overruling, pero en su acepción originaria el Precedente Vinculante parte de esa intención no.... de darle digamos mayor fuerza vinculante de estándar jurisprudencial a sus decisiones, el Tribunal dice en este caso específico este criterio jurisprudencial si tiene, digamos vinculación fuerte, ósea no es una ley, pero tiene de alguna manera fuerza de ley, ya... esa es la idea

M.T.C.P. Gracias doctor y justamente recogiendo lo último que usted menciona se ha dicho no... que el precedente efectivamente tiene fuerza de ley pero no tiene el rango...

E.F.G. Claro...

M.T.C.P. Entonces, eh... por ejemplo en el artículo ciento tres de la Constitución tenemos que la ley desde su entrada en vigencia es obligatoria y no efectos retroactivos salvo en materia penal cuando favorezca, tomando en cuenta su última reflexión por ejemplo en mi tesis estoy planteando, que cuando hay un cambio de jurisprudencia y que esta contiene cargas o gravámenes por ejemplo que no existían al momento de plantear una demanda constitucional, **¿Se podría a su opinión, se podría trasladar una reflexión similar del artículo ciento tres prohibiendo la aplicación retroactiva al Precedente Vinculante?**

E.F.G. Claro, buen ejemplo, yo pienso que sí, la inquietud doctoral ahí de ese tema parte de situaciones pues muy concretas no... en el caso Huatuco Huatuco el voto de Ramos Núñez, dice por qué vamos a aplicar este criterio a los casos en trámite que sea al futuro, el mismo caso Baylón Flores no... en el año dos mil cinco, cuando recién se plantea inclusive genera esa destrucción y esa controversia, porque se toma en cuenta la aplicación inmediata y así hay muchos ejemplos, no... entonces... claro eso mantiene un rango de posición con el artículo ciento tres de la Constitución, pero evidentemente tenemos que ver que son posiciones del Tribunal, muchas veces lo que yo entiendo es pues digamos la idea de que ya ese precedente pues adquiera vigencia, aplicación práctica en forma inmediata pero esa, digamos posición de apresurar la cosas de repente pues no es la más conveniente no... porque hay que diferenciar y eso es importante y eso hacen mucho los Anglosajones no... cuando hay que hacer distinguishing o distinción cuando hay que hacer overruling cuando hay que diferenciar los precedentes digamos de una línea anterior no... en ese caso yo creo que la propuesta de la tesis doctoral parte de una reflexión muy interesante.

M.T.C.P. Justamente Doctor usted también lo mencionó el Tribunal Constitucional, en algunas sentencias que ha aplicado el Precedente de manera retroactiva ha invocado el Principio de Autonomía Procesal Constitucional, **¿qué reflexión le merece, en qué consiste el Principio de Autonomía Procesal?**

E.F.G. Bueno en realidad los alemanes lo llaman una especie de potestad de configuración no... específicamente Landa en algunos de sus trabajos en referencia a doctrinarios Alemanes habla de una libertad de configuración ya... pero es cierto no... lo que todavía hay que trabajarse la doctrina digamos esa línea de razonabilidad para ver que se puede adecuar no... o que se puede en todo caso modificar, porque una autonomía procesal demasiado abierta veamos que puede ser muy riesgosa también ya... una autonomía procesal digamos yo en algún momento lo entiendo como una inclusive digamos conducta hipoactiva, hipoactiva es un poco partir de las ideas de que el hiperactivismo judicial por ejemplo es riesgoso ya... el activismo judicial restringido por ejemplo dice Atienza digamos es una posición valorativa adecuada ya... pero el hipoactivismo es tan peligroso como el hiperactivismo, hiperactivismo exceso de actividad, hipoactivismo en el sentido de actividad demasiado baja, no adecuada contraria a principios constitucionales, yo pienso que efectivamente es un fundamento del Tribunal Constitucional, pero hay que tamizarlo y leerlo de acuerdo pues digamos a una realidad concreta no... y como digo Huatuco Huatuco comienza a aplicarse

a muchos casos en trámite y efectivamente consolida pues una línea más bien de desprotección del derecho al trabajo, ósea Huatuco nace, nace con esa percepción, ya... entonces yo creo que ahí efectivamente es válida la preocupación por tratar de hacer ajustes.

M.T.C.P. Alguna posición doctrinaria que negaría por ejemplo aplicar las mismas restricciones de la ley para la jurisprudencia, que también forma el Precedente Vinculante, mencionan de que en el Perú la jurisprudencia no es fuente del Derecho. **¿Qué reflexión le merece?**

E.F.G. Claro... bueno eso era válida hace treinta años, yo me acuerdo que en clases de la Universidad siempre nos decían por excelencia no todas no... las fuentes del derecho son la ley, la jurisprudencia y la doctrina, la ley en forma obligatoria, la jurisprudencia era ilustrativa referencial cierto... y la doctrina siempre digamos en esa categoría de solo referencial pero el derecho constitucional peruano, el colombiano, el español, el alemán sobre todo, ya... ha presentado digamos estas situaciones de reconfiguración de esa posición de la jurisprudencia, hoy en día la jurisprudencia a través de los Precedentes Vinculantes, a través de las sentencias interpretativas del tribunal, a través de las posiciones del Tribunal llámese proscripciones jurisprudenciales o sea como yo no debo interpretar, entonces creo que es comprensible que ha cambiado radicalmente, hoy en día la jurisprudencia creo yo significa en buena cuenta una situación en la cual se posiciona la jurisprudencia constitucional al lado de la ley y en muchos casos esta inclusivamente por encima de la ley, ya... entonces tendríamos que decir más bien quizás que el Derecho Constitucional Peruano ha cambiado de posición no... estaba en un extremo en el cual la jurisprudencia solo era referencial y se ha movido más digamos al centro ya... y ahora ley y jurisprudencia tienen digamos un valor vinculante no... la jurisprudencia de fuerza de ley y la ley *per se* principio de legalidad pero quedamos como digo que hay muchos casos en la cual Tribunal Constitucional con una simple sentencia vamos a decir ya interpretativa asume esa posesión de que la posición la posición la decisión que ellos emiten tiene inclusive mayor valor que el de la ley ya... así que estamos cambiando más o menos yo lo diría así del derecho continental en sentido estricto digamos a una posición intermedia con el derecho anglosajón, los precedentes jurisprudenciales tienen ahora una fuerza tan similar, y en algunos casos superior a la de la ley.

M.T.C.P. Efectivamente doctor porque como usted ha mencionado hoy en día no se puede enseñar en la universidad por ejemplo, sin método de casos o no se puede tomar una decisión al margen de lo que diga la jurisprudencia que a veces dice otra cosa a lo que dice la ley, por ejemplo prueba de ello es una mutación constitucional que en la jurisprudencia está pero en la ley sigue igual inmodificable sí totalmente de acuerdo.

M.T.C.P.: Doctor por ejemplo volviendo al caso del precedente considero que viola por ejemplo la seguridad jurídica y el procedimiento preestablecido por la ley en el sentido de que cuando digamos bajo la fidelidad que tenemos a un precedente anterior planteo mi demanda y justamente cuando llego a segunda instancia o llego al Tribunal este decide cambiar las reglas incluso a procesos en

trámite **¿considera usted que esta posición del Tribunal violaría el derecho a la seguridad jurídica que justamente es predictibilidad?**

E.F.G. Bueno... Claro lo que pasa es... sí pues... hay una discrepancia doctrinaria muy abierta al respecto del tema, pero de repente yo me atrevería a decir que aceptar la posición del Tribunal Constitucional quizás implique el mal menor, o sea yo no pierdo la esperanza de que el Tribunal pues digamos haga distinciones como decía Ramos Núñez, en el caso Huatuco Huatuco, ya... o haber seguido la misma técnica frente al caso Baylón Flores o sea muchos caso que se van de lo constitucional a la justicia ordinaria, etc, etc, ya... yo entendería de repente eso como un mal menor, pero precisamente para eso nos sirven los trabajos doctorales, para hacer una reevaluación de esa posición y explicarle al Tribunal que efectivamente hay que ver pues por un lado el ciento tres de la constitución ya... el hecho de que pues digamos haya si queremos decirlo así un real acceso a la justicia ya... que las personas no vean lesionado su derecho a tutela jurisdiccional cuando tienen un caso *ad portas* de resolverse bajo una línea jurisprudencial determinada y de repente una regla prácticamente vacía de contenido ese derecho entonces yo creo que se trata básicamente de esas intenciones, básicamente eso.

M.T.C.P. Continuando Doctor entonces considerando que el hipotético caso que se elaborara una regla jurisprudencial o legislativa si se quiere, en donde el tribunal por ejemplo, al igual por ejemplo que en otros escenarios se le prohíba aplicar retroactiva la jurisprudencia perniciosa para el justiciable, usted detrás de cámaras me comentó de que podría chocarse con una eventual inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional **¿Qué mecanismos alternativos habría a esa eventualidad?**

E.F.G. Claro lo que pasa es que... pues... cambiar de posición del Tribunal Constitucional, en determinada materia no es tan sencillo no... Yo recojo esto de la tesis doctoral efectivamente como hemos conversado, hace un planteamiento sumamente interesante ya... de variar mediante una ley esa actuación del Tribunal y efectivamente que pasa si el tribunal si en algún momento somete al control de constitucionalidad esa ley ya... efectivamente podemos encontrarnos en el escenario ya... de que se dé una situación de que esa misma ley se declare inconstitucional por ser contraria a la línea jurisprudencial del Tribunal, ya... entonces allí estaríamos ante un grave problema ahora muy buena pregunta no... ¿Qué podríamos hacer en ese caso? Bueno, yo creo que de alguna manera sí podemos aplicar control de convencionalidad por ejemplo ya... pero no solamente en base al artículo ocho de la Convención Americana de las garantías judiciales sino tenemos que tenemos que darnos cuenta de que el Control de Convencionalidad ya es una interpretación que hace la Corte Interamericana sobre derechos humanos ya... en base a determinados casos concretos o sea la Convención Americana de Derechos Humanos tiene un contenido normativo, semántico, principista... pero ese contenido está reflejado digamos pues en construcciones, ya... entonces yo creo que debería allí plantear la idea referencial de que se tenga digamos en cuenta esa situación no... haber señores ustedes con esta posición restrictiva si fuera el caso, el Tribunal Constitucional ya... contradice sus estándares de acceso a la justicia de carácter de hetero

protección judicial, artículo veinticinco de la convención interamericana, artículo ocho sobre debido proceso tiene diversas digamos acepciones ya... y llegar a la conclusión de que de acuerdo a tales y tales y tales fallos se contraviene pues digamos el derecho al debido proceso, a la tutela jurisdiccional al acceso a la justicia, o sea yo creo que es compleja la operación de construcción de esos estándares ya..., pero es viable, es viable.

M.T.C.P. Doctor muchas gracias por la entrevista siempre bien amable, muchas gracias por la versión académica porque sin temor a decirlo recurro al mejor constitucionalista de la región no... y no lo he dicho yo, también varias personas que han venido de Lima lo han mencionado también, queda totalmente suscrito también eso, muchas gracias doctor por la entrevista y quedo muy agradecido, siempre respetando los derechos de autor, como debe ser, muchas gracias doctor.

E.F.G. No al contrario... bien.

B.- Encuesta.

En la presente investigación se aplicó la siguiente encuesta en las instalaciones de las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de Lambayeque, se acompaña el modelo de encuesta realizada, cuyo texto es el siguiente:

ENCUESTA.

TRABAJO DE CAMPO PARA OBTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. ENCUESTA APLICADA EN LAS FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES CORPORATIVAS DE LAMBAYEQUE.

Tema de Tesis: "Vulneración del derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica por aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante."

INSTRUCCIONES:

- 1.- Lea detenidamente las preguntas que a continuación se le formulan.
- 2.- La presente encuesta es totalmente anónima.
- 3.- Deje los espacios en blanco si no comprende la pregunta.
- 4.- Sea sincero(a) con sus respuestas.

1.- El derecho al derecho al procedimiento preestablecido por la ley, implica que no se alteren las reglas procedimentales, es decir cuando se incoa un proceso constitucional, se entiende que con las mismas reglas que se inició un proceso con las mismas reglas debe concluir el mismo. Marque con un aspa.

SI

NO

2.- El valor seguridad jurídica, es una aspiración del sistema que consiste en brindar predictibilidad, confianza legítima, en que los derechos serán garantizados y ejecutados en sus propios términos, sin embargo estas reglas no son aplicables cuando se trata de los precedentes constitucionales vinculantes, usted se encuentra de acuerdo con esta afirmación. Marque con un aspa.

SI

NO

3.- Según el artículo 103° de la Constitución: *La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.* Se puede aplicar dicha restricción (la no retroactividad desfavorable) de manera análoga a los Precedentes Constitucionales Vinculantes. Marque con un aspa.

SI

NO

4.- La jurisprudencia, al igual que la legislación, también constituye fuente principal del derecho y por lo tanto en nuestro ordenamiento jurídico, tiene valor normativo (fuente productora de normas). Marque con un aspa.

SI

NO

5.- Considera usted que no se le puede extender a la jurisprudencia, las mismas restricciones que existe para la legislación, una de ellas es *la no retroactividad de los desfavorable*, todo ello porque son fuentes distintas, usted se encuentra de acuerdo con este argumento. Marque con un aspa.

SI

NO

6.- ¿Existe alguna restricción legal o jurisprudencial que le prohíba al Tribunal Constitucional Peruano, aplicar a los cambios de precedentes constitucionales vinculantes a los procesos en trámite, en todas las direcciones temporales que sea posible (ultraactiva, inmediata, retroactiva y diferida). Marque con un aspa.

SI

NO

7.- El Tribunal Constitucional Peruano, ha invocado el Principio de Autonomía procesal constitucional como argumento, para aplicar el precedente constitucional vinculante en todas las direcciones temporales

que se le ocurra, usted se encuentra de acuerdo con esta posición. Marque con un aspa.

SI

NO

8.- Considera que el problema de la retroactividad procesal se da en todas las especialidades del derecho (Civil, Penal, Constitucional, Laboral, etc). Marque con un aspa.

SI

NO

9.- Se encuentra de acuerdo con la siguiente regla propuesta: Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose de sus precedentes, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. La nueva interpretación no podrá aplicarse retroactivamente, salvo que fuera más favorable. Usted se encuentra de acuerdo. Marque con un aspa.

SI

NO

10.- Cuando el Tribunal Constitucional Peruano, cambia de reglas imponiendo cargas y gravámenes que no existían anteriormente incluso para los procesos que se encuentran en trámite ¿Considera usted que dicho proceder vulnera derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica? Marque con un aspa.

SI

NO

RESULTADOS DE LA ENCUESTA REALIZADA.

ENCUESTA.

1.- El derecho al derecho al procedimiento preestablecido por la ley, implica que no se alteren las reglas procedimentales, es decir cuando se incoa un proceso constitucional, se entiende que con las mismas reglas que se inició un proceso con las mismas reglas debe concluir el mismo.

NÚMERO DE ENCUESTADOS.

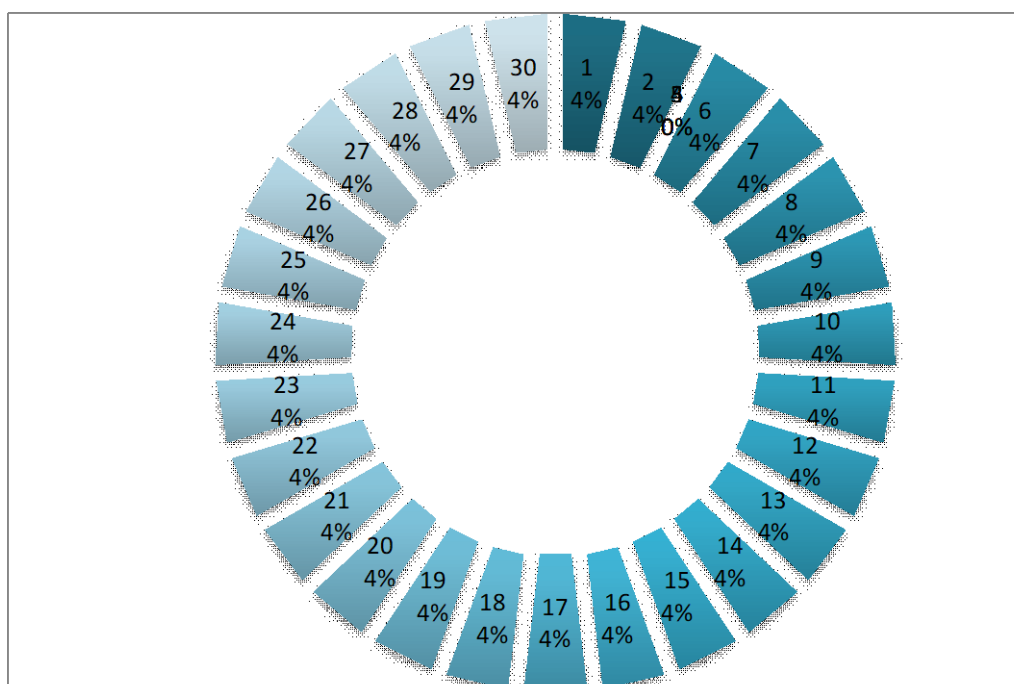
RESPUESTAS.

1	SI	
2	SI	
3		NO
4		NO
5		NO
6	SI	
7	SI	
8	SI	
9	SI	
10	SI	
11	SI	
12	SI	
13	SI	
14	SI	
15	SI	
16	SI	
17	SI	
18	SI	
19	SI	
20	SI	
21	SI	
22	SI	

23	SI
24	SI
25	SI
26	SI
27	SI
28	SI
29	SI
30	SI

GRÁFICO Nº 01: REPRESENTACIÓN ESTADÍSTICA DE LA PRIMERA PREGUNTA.

Donde se asignó a: SI =1 y NO =0.



ENCUESTA.

2.- El valor seguridad jurídica, es una aspiración del sistema que consiste en brindar predictibilidad, confianza legítima, en que los derechos serán garantizados y ejecutados en sus propios términos, sin embargo estas reglas no son aplicables cuando se trata de los precedentes constitucionales vinculantes, usted se encuentra de acuerdo con esta afirmación.

NÚMERO DE ENCUESTADOS.

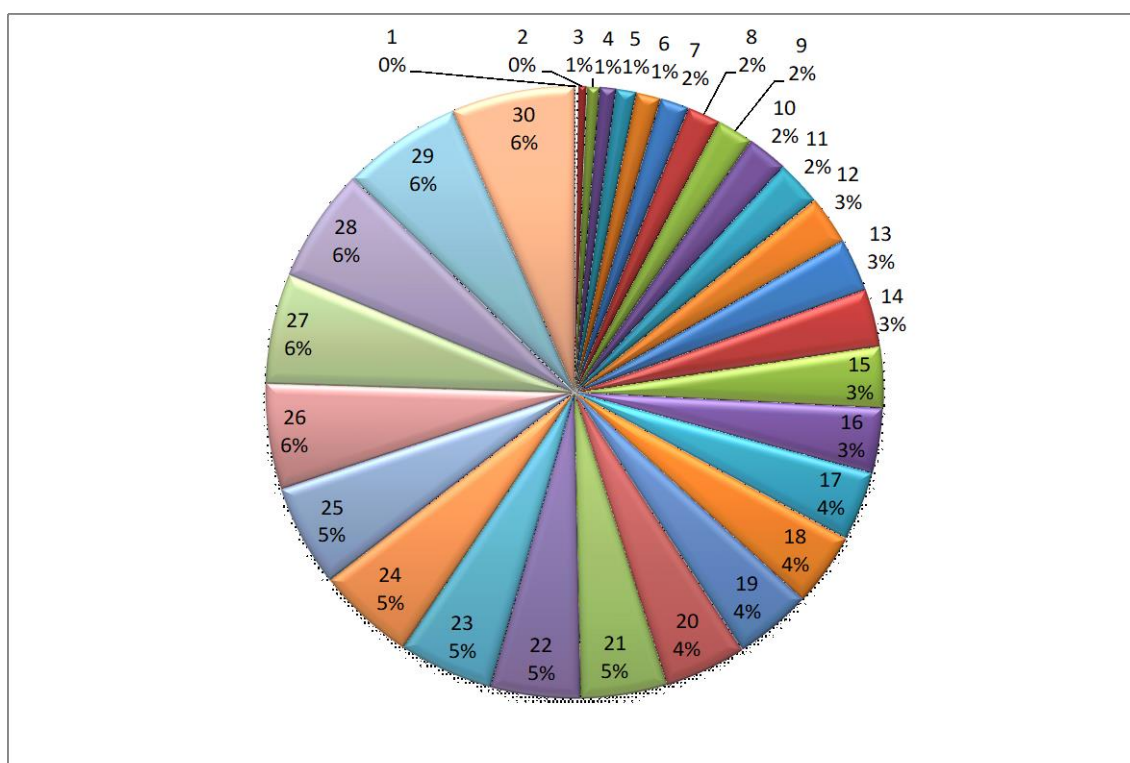
RESPUESTAS.

1	SI	
2	SI	
3		NO
4		NO
5		NO
6		NO
7		NO
8		NO
9		NO
10		NO
11		NO
12		NO
13		NO
14		NO
15	SI	
16	SI	
17	SI	
18		NO
19		NO
20		NO
21	SI	
22	SI	

23		NO
24	SI	
25	SI	
26	SI	
27		NO
28	SI	
29		NO
30	SI	

GRÁFICO Nº 02: REPRESENTACIÓN ESTADÍSTICA DE LA SEGUNDA PREGUNTA.

Donde se asignó a: SI =1 y NO =0.



ENCUESTA.

3.- Según el artículo 103° de la Constitución: *La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.* Se puede aplicar dicha restricción (la no retroactividad desfavorable) de manera análoga a los Precedentes Constitucionales Vinculantes.

NÚMERO DE ENCUESTADOS.

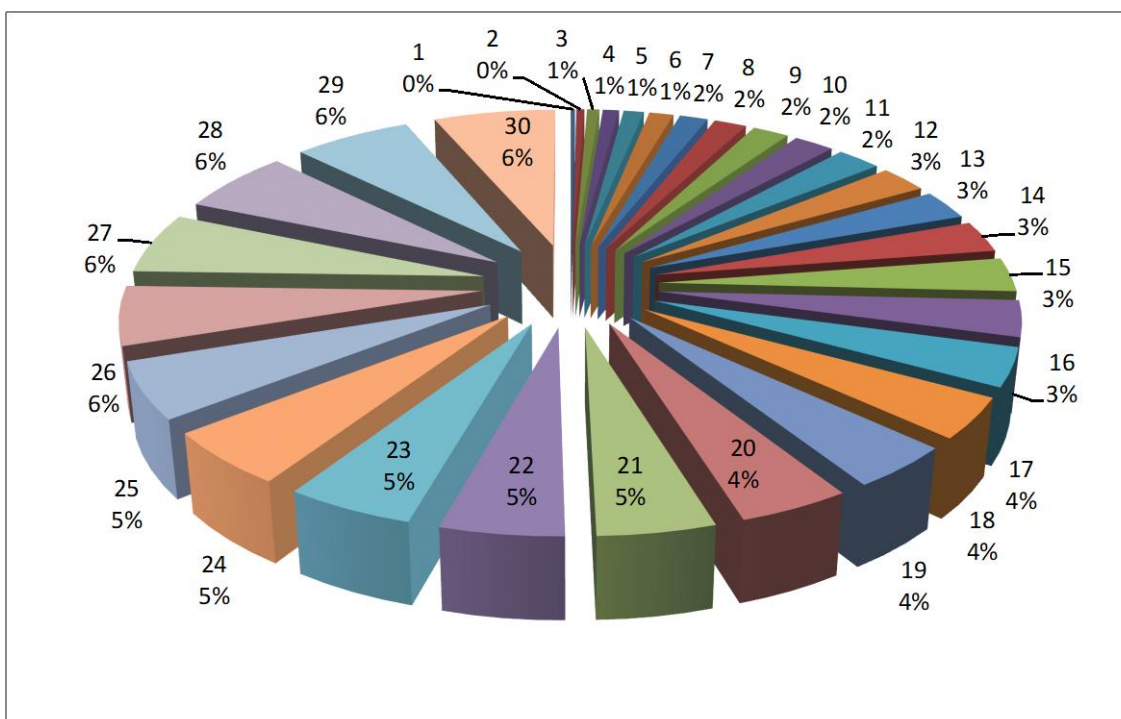
RESPUESTAS.

1	SI	
2	SI	
3		NO
4		NO
5		NO
6		NO
7	SI	
8	SI	
9		NO
10		NO
11		NO
12		NO
13		NO
14	SI	
15	SI	
16	SI	
17	SI	
18	SI	
19		NO
20	SI	
21	SI	
22	SI	

23	SI	
24		NO
25		NO
26		NO
27		NO
28		NO
29		NO
30		NO

GRÁFICO N° 03: REPRESENTACIÓN ESTADÍSTICA DE LA TERCERA PREGUNTA.

Donde se asignó a: SI =1 y NO =0.



ENCUESTA.

4.- La jurisprudencia, al igual que la legislación, también constituye fuente principal del derecho y por lo tanto en nuestro ordenamiento jurídico, tiene valor normativo (fuente productora de normas).

NÚMERO DE ENCUESTADOS.

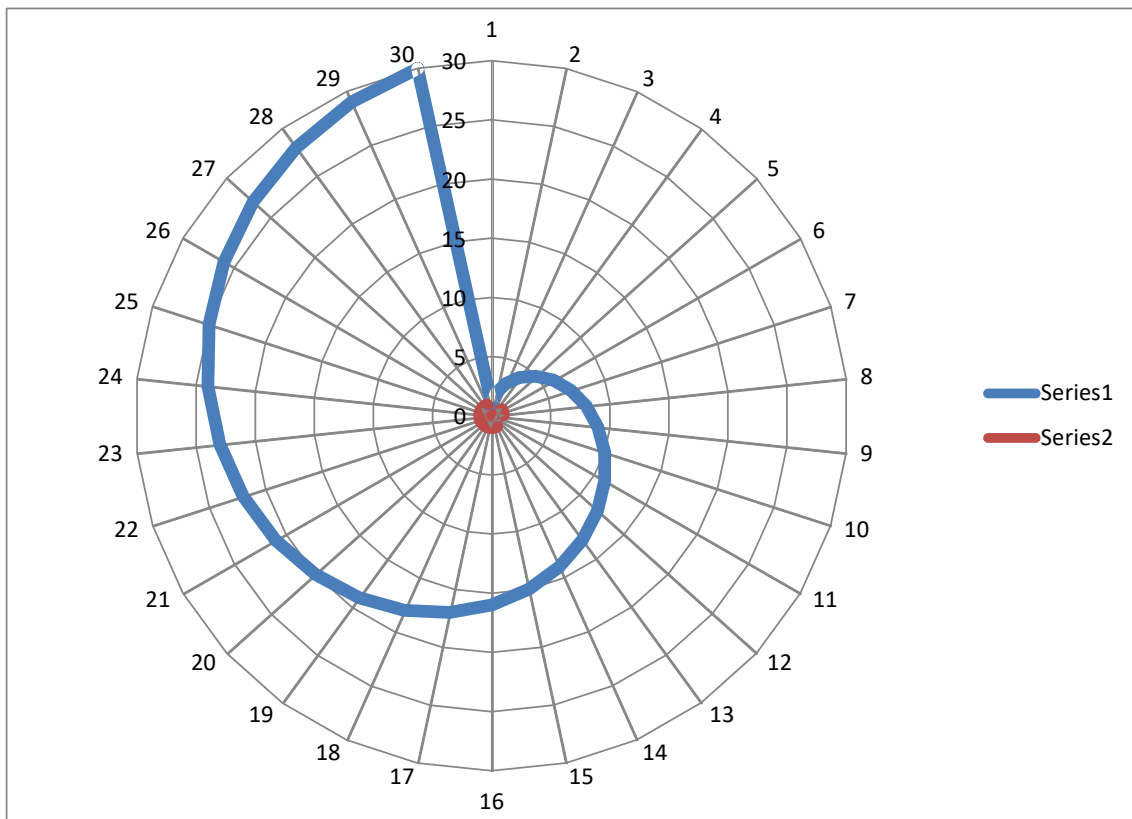
RESPUESTAS.

1	NO
2	NO
3	NO
4	NO
5	NO
6	SI
7	SI
8	SI

9		NO
10		NO
11		NO
12		NO
13		NO
14	SI	
15	SI	
16	SI	
17	SI	
18	SI	
19	SI	
20	SI	
21	SI	
22	SI	
23	SI	
24	SI	
25	SI	
26	SI	
27	SI	
28	SI	
29	SI	
30		NO

GRÁFICO Nº 04: REPRESENTACIÓN ESTADÍSTICA DE LA CUARTA PREGUNTA.

Donde se asignó a: SI =1 y NO =0.



ENCUESTA.

5.- Considera usted que no se le puede extender a la jurisprudencia, las mismas restricciones que existe para la legislación, una de ellas es *la no retroactividad de los desfavorable*, todo ello porque son fuentes distintas, usted se encuentra de acuerdo con este argumento.

NÚMERO DE ENCUESTADOS.

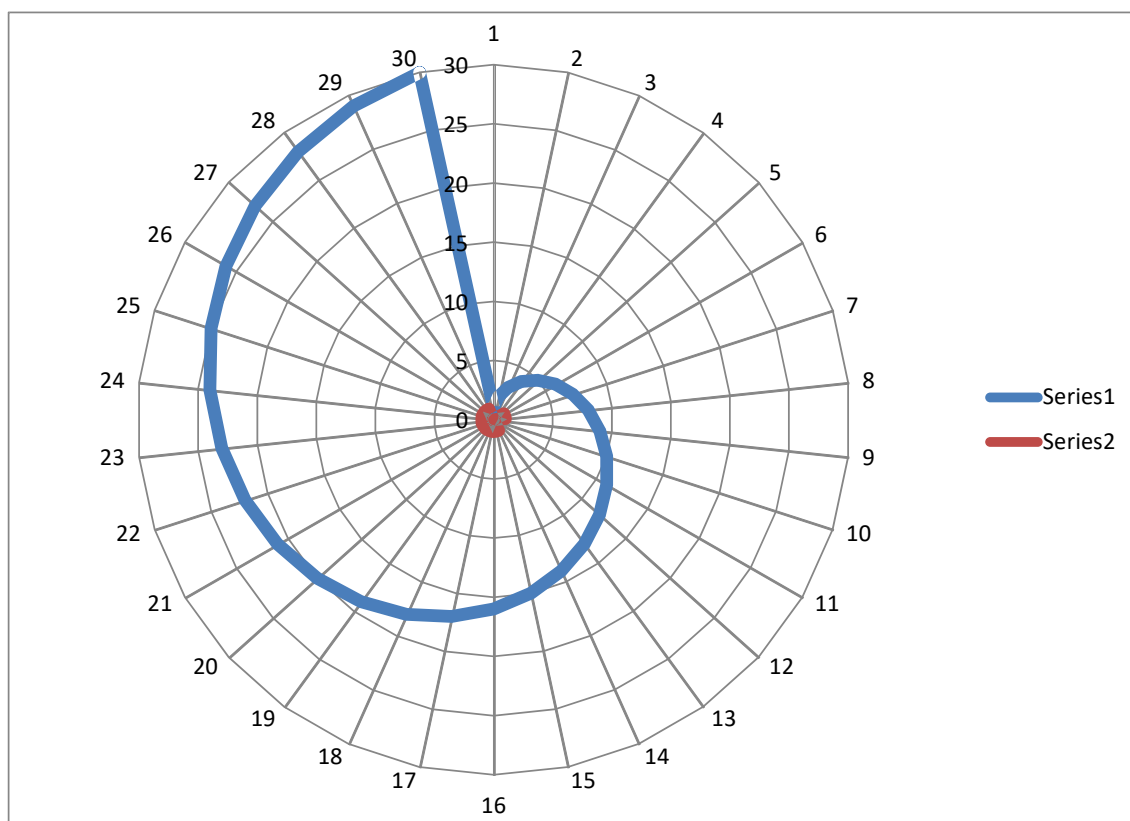
RESPUESTAS.

1	SI
2	SI
3	SI
4	SI
5	NO
6	SI
7	SI

8	SI	
9	SI	
10	SI	
11	SI	
12	SI	
13		NO
14	SI	
15	SI	
16	SI	
17	SI	
18		NO
19		NO
20		NO
21		NO
22	SI	
23	SI	
24	SI	
25		NO
26		NO
27		NO
28	SI	
29	SI	
30		NO

GRÁFICO Nº 05: REPRESENTACIÓN ESTADÍSTICA DE LA QUINTA PREGUNTA.

Donde se asignó a: SI =1 y NO =0.



ENCUESTA.

6.- ¿Existe alguna restricción legal o jurisprudencial que le prohíba al Tribunal Constitucional Peruano, aplicar a los cambios de precedentes constitucionales vinculantes a los procesos en trámite, en todas las direcciones temporales que sea posible (ultraactiva, inmediata, retroactiva y diferida).

NÚMERO DE ENCUESTADOS.

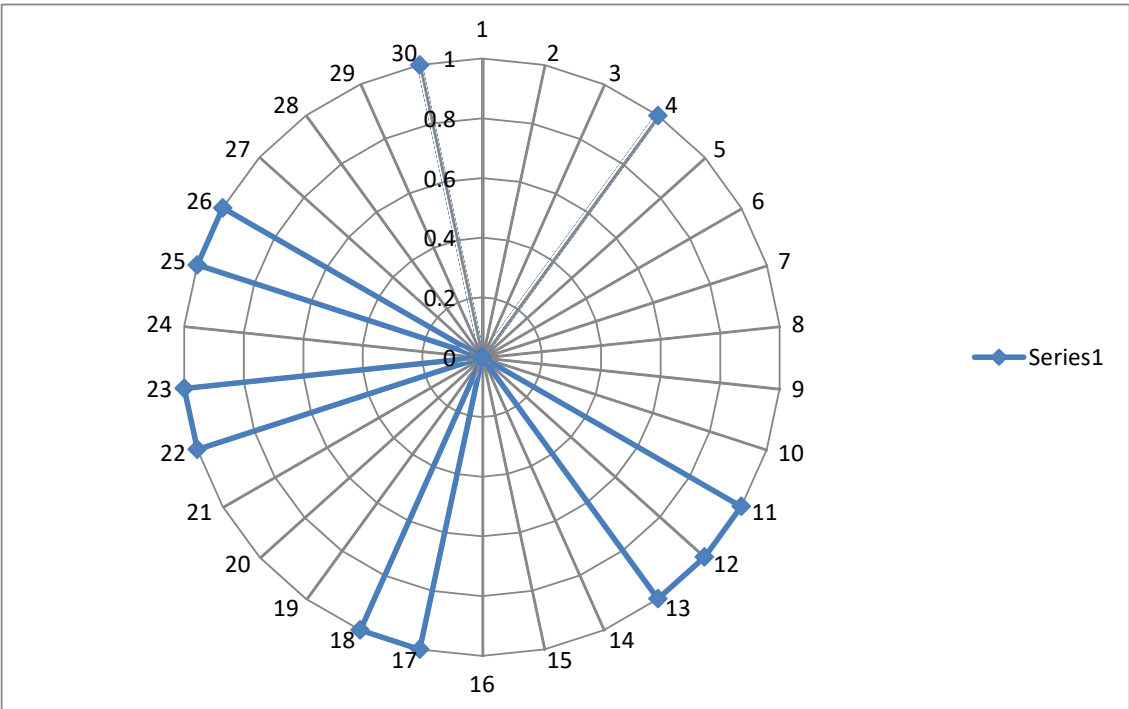
RESPUESTAS.

1	NO
2	NO
3	NO
4	SI
5	NO
6	NO

7		NO
8		NO
9		NO
10		NO
11	SI	
12	SI	
13	SI	
14		NO
15		NO
16		NO
17	SI	
18	SI	
19		NO
20		NO
21		NO
22	SI	
23	SI	
24		NO
25	SI	
26	SI	
27		NO
28		NO
29		NO
30	SI	

GRÁFICO Nº 06: REPRESENTACIÓN ESTADÍSTICA DE LA SEXTA PREGUNTA.

Donde se asignó a: SI =1 y NO =0.



ENCUESTA.

7.- El Tribunal Constitucional Peruano, ha invocado el Principio de Autonomía procesal constitucional como argumento, para aplicar el precedente constitucional vinculante en todas las direcciones temporales que se le ocurra, usted se encuentra de acuerdo con esta posición.

NÚMERO DE ENCUESTADOS.

RESPUESTAS.

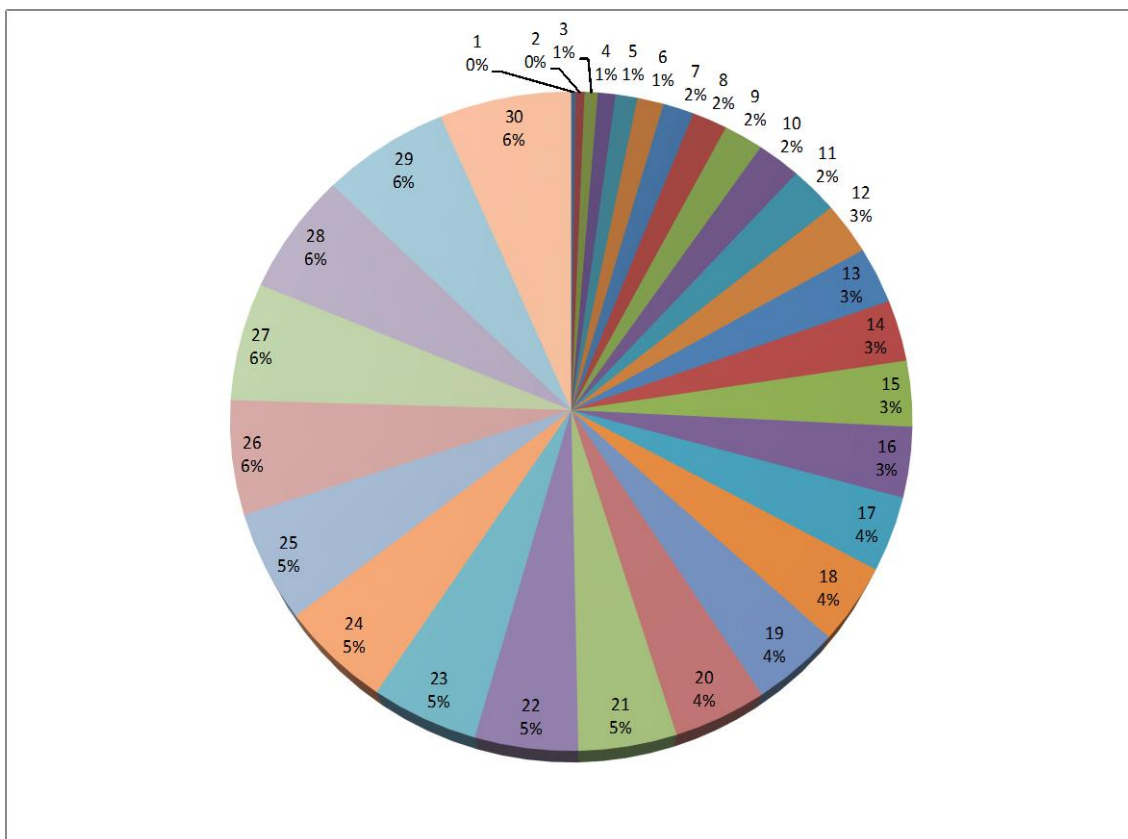
1	SI
2	SI
3	SI
4	SI
5	SI
6	SI
7	SI
8	

NO

9	SI	
10		NO
11	SI	
12		NO
13	SI	
14	SI	
15	SI	
16	SI	
17	SI	
18	SI	
19		NO
20	SI	
21		NO
22	SI	
23	SI	
24		NO
25	SI	
26	SI	
27	SI	
28	SI	
29	SI	
30	SI	

GRÁFICO Nº 07: REPRESENTACIÓN ESTADÍSTICA DE LA SÉTIMA PREGUNTA.

Donde se asignó a: SI =1 y NO =0.



ENCUESTA.

8.- Considera que el problema de la retroactividad procesal se da en todas las especialidades del derecho (Civil, Penal, Constitucional, Laboral, etc.).

NÚMERO DE ENCUESTADOS.

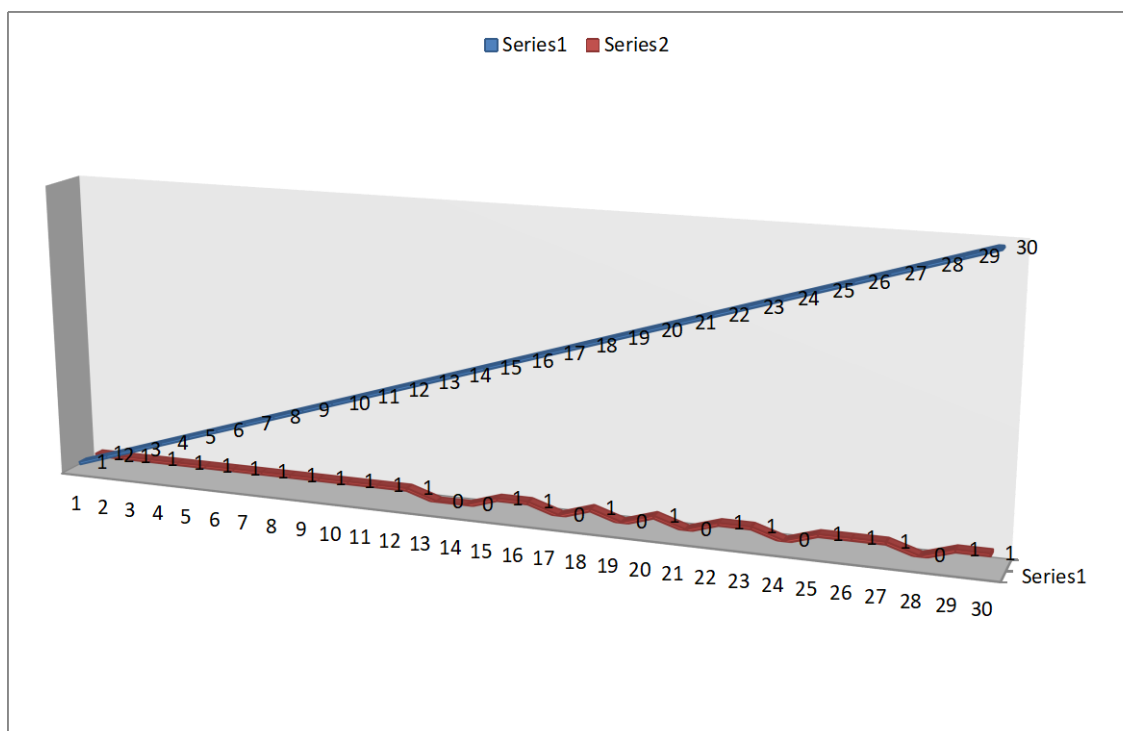
RESPUESTAS.

1	SI
2	SI
3	SI
4	SI
5	SI
6	SI
7	SI

8	SI	
9	SI	
10	SI	
11	SI	
12	SI	
13		NO
14		NO
15	SI	
16	SI	
17		NO
18	SI	
19		NO
20	SI	
21		NO
22	SI	
23	SI	
24		NO
25	SI	
26	SI	
27	SI	
28		NO
29	SI	
30	SI	

GRÁFICO N° 08: REPRESENTACIÓN ESTADÍSTICA DE LA OCTAVA PREGUNTA.

Donde se asignó a: SI =1 y NO =0.



ENCUESTA.

9.- Se encuentra de acuerdo con la siguiente regla propuesta: Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose de sus precedentes, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. La nueva interpretación no podrá aplicarse retroactivamente, salvo que fuera más favorable. Usted se encuentra de acuerdo.

NÚMERO DE ENCUESTADOS.

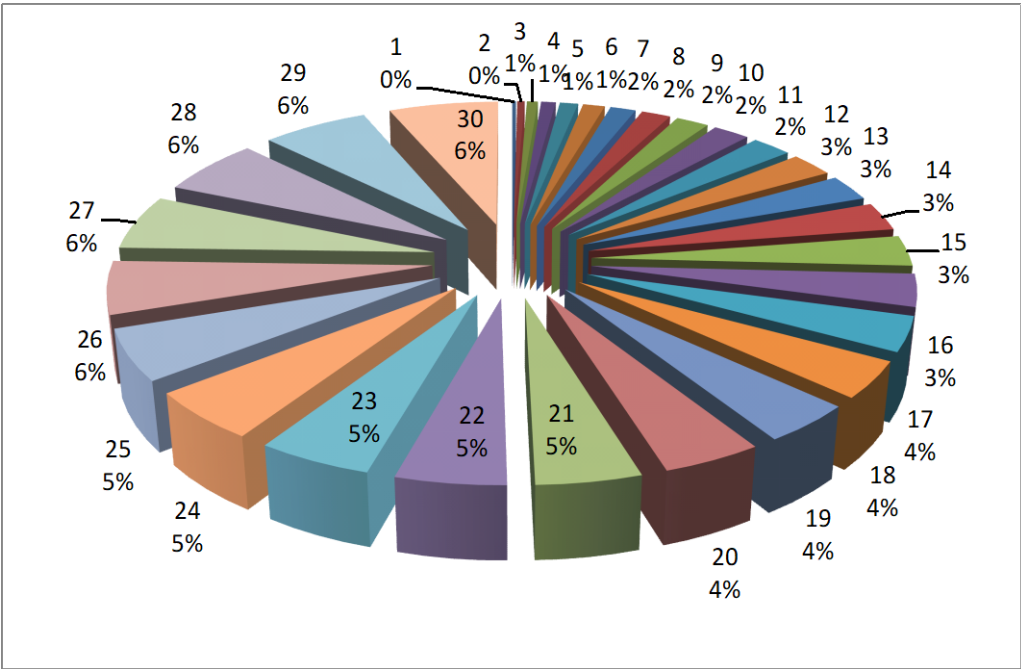
RESPUESTAS.

1	SI	
2	SI	
3	SI	
4	SI	
5		NO
6		NO
7		NO

8		NO
9	SI	
10		NO
11		NO
12		NO
13		NO
14		NO
15	SI	
16	SI	
17	SI	
18	SI	
19	SI	
20	SI	
21	SI	
22	SI	
23	SI	
24	SI	
25	SI	
26	SI	
27	SI	
28	SI	
29	SI	
30	SI	

GRÁFICO Nº 09: REPRESENTACIÓN ESTADÍSTICA DE LA NOVENA PREGUNTA.

Donde se asignó a: SI =1 y NO =0.



ENCUESTA.

10.- Cuando el Tribunal Constitucional Peruano, cambia de reglas imponiendo cargas y gravámenes que no existían anteriormente incluso para los procesos que se encuentran en trámite ¿Considera usted que dicho proceder vulnera derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica?

NÚMERO DE ENCUESTADOS.

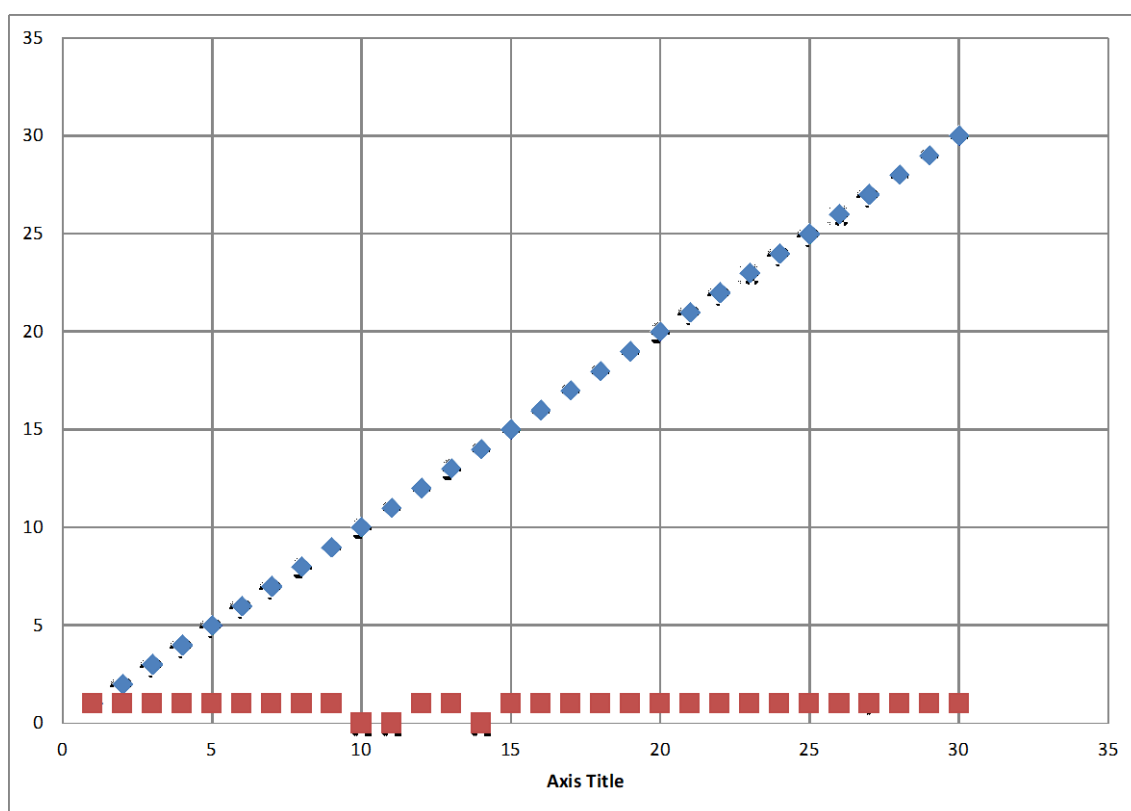
RESPUESTAS.

1	SI
2	SI
3	SI
4	SI
5	SI
6	SI
7	SI
8	SI

9	SI	
10		NO
11		NO
12	SI	
13	SI	
14		NO
15	SI	
16	SI	
17	SI	
18	SI	
19	SI	
20	SI	
21	SI	
22	SI	
23	SI	
24	SI	
25	SI	
26	SI	
27	SI	
28	SI	
29	SI	
30	SI	

GRÁFICO N° 10: REPRESENTACIÓN ESTADÍSTICA DE LA DÉCIMA PREGUNTA.

Donde se asignó a: SI =1 y NO =0.



3.1.5.- HIPÓTESIS.

La hipótesis se ha planteado en los siguientes términos:

Si Tribunal Constitucional Peruano aplica retroactivamente precedentes constitucionales vinculantes que imponen cargas entonces vulnera el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica.

3.1.6.- VARIABLES.

3.1.6.1.- Variable Independiente:

El Tribunal Constitucional Peruano aplica retroactivamente precedentes constitucionales vinculantes que imponen cargas.

3.1.6.2.- Variable Dependiente:

La vulneración el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica.

	VARIABLES.	INDICADORES.	SUBINDICADORES
VARIABLE INDEPENDIENTE.	Aplicación retroactiva de los precedentes constitucionales vinculantes del Tribunal Constitucional Peruano, que imponen cargas.	Tribunal constitucional.	Tipos de sentencias que emite el TC.
		Aplicación retroactiva.	Teoría de aplicación retroactiva.
			Cuántas son las sentencias con aplicación retroactiva.
			Cuáles son las sentencias de aplicación retroactiva.
		Precedentes Constitucionales Vinculantes que imponen cargas.	Teoría sobre Precedentes Constitucionales Vinculantes que imponen cargas.
			Cuántas son los Precedentes Constitucionales Vinculantes que imponen carga.
			Cuáles son los Precedentes Constitucionales Vinculantes que imponen cargas.
VARIABLE DEPENDIENTE.	La vulneración el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica.	Vulneración de derechos.	Teoría de la vulneración de derechos.
			Manera de detectar la vulneración de derechos.
		Procedimiento preestablecido por ley.	Teoría del procedimiento preestablecido por ley.
			Modos de vulnerar el procedimiento preestablecido por la ley.
		Seguridad jurídica.	Teoría de la seguridad Jurídica.
			Modos de vulneración de la seguridad jurídica.

3.1.7.- ANÁLISIS GENERAL Y CRÍTICO DE LA INVESTIGACIÓN.

A lo largo de nuestra investigación nos hemos planteado dos objetivos generales y dos objetivos específicos, los que a saber fueron:

Como primer objetivo general, nos propusimos: *Definir si los nuevos precedentes constitucionales vinculantes que imponen cargas deben o no deben aplicarse a los procesos constitucionales en curso.*

Para el cumplimiento de dicho primer objetivo, nos avocamos a la tarea incidiendo en el Sub capítulo I, sobre el Precedente Vinculante. En dicho apartado hicimos referencia y definimos lo que constituye el precedente constitucional vinculante, *nótese bien “precedente constitucional”* es la frase que hemos usado en nuestro primer objetivo general, a fin de distinguirlo de otras manifestaciones de precedentes, como dijimos líneas arriba, en nuestro ordenamiento cohabitan hasta cuatro manifestaciones de precedentes vinculantes (Precedente administrativo, judicial, constitucional y supranacional vinculante).

En el Sub capítulo II. Hicimos un tratamiento sobre los problemas del Precedente Constitucional Vinculante, y es ahí donde aludimos a las dificultades que nos ha causado el Precedente Constitucional Vinculante, cabe resaltar que uno de esos problemas lo abarca el ítem de la aplicación del Precedente Constitucional Vinculante a través del tiempo y en el Sub Capítulo IV. Hemos recurrido a la clasificación del precedente constitucional vinculante. Y es en dicha línea donde, abordamos la clasificación del Precedente Constitucional Vinculante que impone cargas y gravámenes para los justiciables, y se dejó establecido que es, esta tipología de precedente la cual no puede aplicarse de manera inmediata y retroactiva a los procesos constitucionales en trámite, por cuanto de permitir el uso indiscriminado del precedente sin ataduras de ningún tipo, bajo el pretexto de la autodenominada autonomía procesal *-rectius*, autonomía procedimental- implica poner en tela de juicio la continuidad y permanencia del sistema, por cuanto inyecta grandes dosis de inseguridad jurídica, contraviniendo justamente, la predictibilidad que está llamado a cumplir el precedente vinculante.

Como segundo objetivo general, nos propusimos: *Estudiar las vías por las que el Tribunal Constitucional Peruano, modifica los precedentes constitucionales vinculantes y los problemas jurisprudenciales que estos cambios producen.*⁸⁴⁶

⁸⁴⁶ Un propósito similar: “El objeto de este trabajo es estudiar las vías por las que el Tribunal Constitucional modifica su propia doctrina y los problemas jurisprudenciales que estos cambios producen.” *Vid.* FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Los overruling de la jurisprudencia constitucional*. En: Foro. Nueva época. Núm. 3/2006: 27-92. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/viewFile/FORO0606120027A/13645> (Fecha de consulta 26/01/18).

Hemos podido dar cumplimiento a nuestro objetivo, cuando hemos realizado un estudio en el sub capítulo V, sobre los *overruling* del Tribunal Constitucional Peruano con la consiguiente vulneración de los derechos al procedimiento preestablecido por ley y la seguridad jurídica. Se ha dejado clarificado que las vías por las que el TC, modifica sus propios Precedentes Constitucionales Vinculante, se materializa a través de los *overruling*, sin embargo ello no constituye la única vía, por la cual el Precedente puede ser esquivado, pues la judicatura, uno de los tantos operadores jurídicos, puede invocar distinguir el Precedente, el *distinguishing*, puede inaplicarlo por ser contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos, o a su interpretación de la misma materializada a través del Control de Convencionalidad.

También nos propusimos dos objetivos específicos para nuestro estudio, como primer objetivo específico, nos planteamos: *Demostrar, luego de exponer los criterios dogmáticos y jurisprudenciales correspondientes, que la falta de reglas claras en torno a la aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante, que impone cargas, vulnera el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y el valor seguridad jurídica.*

Esta objetivo fue cumplido y quedó totalmente demostrado que en el sub capítulo VI. La vulneración del derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica por aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante. De ello da cuenta la doctrina: “En suma y aún cuando una sana lógica impone que la aplicación retroactiva del precedente, no debería ser de recibo en los casos que suponga un perjuicio, preocupa que el Tribunal Constitucional, no tenga no hasta la fecha una idea muy clara de lo que representa este problema y que, al revés de ello, lo maneje con una discrecionalidad, harto discutible.”⁸⁴⁷

Como segundo específico, nos planteamos: *Realizar una propuesta para colmar la laguna jurídica que contiene el Código Procesal Constitucional Peruano, al no establecer que los nuevos precedentes constitucionales vinculantes en ningún caso tendrán efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna.*

Definitivamente al no existir una regla clara al respecto nos encontramos frente a una laguna jurídica, la cual podría ser solucionada recurriendo a los métodos de integración (Analogía y principios generales del derecho), en base a ello proponemos la siguiente disposición, para que esta sea incorporada en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional:

⁸⁴⁷ SÁENZ DÁVALOS, Luis. *El camino del Precedente Constitucional Vinculante. (Reflexiones a los diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional)*. En: Cáceres Arce, Jorge Luis. (Coordinador). Ponencias del V congreso nacional de derecho procesal constitucional. Adrus D&LEditores S.A.C. Primera Edición: Octubre de 2014. Pág. 336.

Artículo VII.- 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. **LA NUEVA INTERPRETACIÓN NO PODRÁ APLICARSE retroactivamente, SALVO QUE FUERE MÁS FAVORABLE.**

3.1.8.- RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA OBJETO DE ESTUDIO.

El problema se ha planteado en los siguientes términos:

¿En qué medida se vulnera el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica si el Tribunal Constitucional Peruano aplica retroactivamente precedentes constitucionales vinculantes que imponen cargas?

Como ya lo habíamos mencionado líneas arriba, hemos dejado establecido que el Tribunal Constitucional, es el único órgano que tiene la potestad única, exclusiva y excluyente, para emitir precedentes constitucionales vinculantes, tomando en cuenta esta reflexión, podemos colegir que el Tribunal Constitucional, deja sin efecto sus propios precedentes a través del *overruling*, y también puede dejar sin efecto sentencias anteriores a través del cambio de su línea jurisprudencial, en consecuencia el Tribunal, puede aplicar su nuevo precedente o el cambio de jurisprudencia de manera retroactiva, inmediata o diferida.

También habíamos expuesto que el Derecho al procedimiento preestablecido por la ley implica que los justiciables tienen derecho a que no se les cambie o altere los procedimientos, las vías que existían al momento de incoar la demanda, explicamos también que la seguridad jurídica, como aspiración del sistema jurídico, el deber ser, tenía como meta brindar predictibilidad, de suministrar reglas con anticipación y que estas estaban garantizadas e iban a ser cumplidas.

En línea similar la doctrina foránea expone: “Los precedentes constitucionales son la respuesta a un problema que urge atender para garantizar la vigencia y la supremacía de la Constitución, pues no es posible que la judicatura se pronuncie jurisdiccionalmente de diferente manera ante dos casos sustanciales similares. En efecto el ciudadano, cuando acude a los órganos jurisdiccionales, ha de tener la razonable seguridad de que su causa será resuelta de la misma forma en que lo fueron situaciones análogas anteriores. Como señala Chamorro Bernal, citando una jurisprudencia española,

la razonable seguridad de la igualdad, en la aplicación de la ley, forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva.

El cumplimiento de los precedentes vinculantes garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, a una resolución fundada en derecho, que se atenga al sistema de fuentes establecido, del cual forma parte la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y, en concreto, el precedente vinculante. En otras palabras, si el precedente vinculante es parte del ordenamiento jurídico, no tomarlo en cuenta viola la tutela judicial efectiva cuando éste obliga al juez a que se pronuncie sobre el fondo de acuerdo a derecho. Todo ciudadano tiene derecho (como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva), a una resolución motivada y fundada en derecho.

Finalmente el respeto al precedente constitucional vinculante tiene como fundamento el principio de seguridad jurídica, certeza y predictibilidad. Como muy bien señala Marcial Rubio, la Constitución no menciona la seguridad jurídica, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha tratado de ella en su jurisprudencia.”⁸⁴⁸

Con relación a la aplicación retroactiva y a la aplicación de la jurisprudencia que impone cargas y gravámenes, debemos decir en primer lugar que una ley al igual que la jurisprudencia puede ser aplicada retroactiva (las reglas que no existían se aplican para aquellas situaciones para las que no estaban vigentes), inmediata (las reglas se aplican para las situaciones actuales) y diferidamente (las reglas postergan su aplicación para el futuro), en lo atinente a las cargas y gravámenes, implica que se generan obligaciones que contienen condiciones desfavorables para los justiciables, en dogmática procesal la carga es una obligación,⁸⁴⁹ que deben cumplir los justiciables (no está referido a la carga laboral como lo creen algunos).

Ahora en qué medida se vulnera el Derecho al procedimiento preestablecido por la ley y el valor seguridad jurídica, cuando el tribunal constitucional aplica de manera retroactiva precedentes vinculantes que contienen cargas, los derechos antes mencionados quedan totalmente vulnerados, por cuanto los justiciables se encuentran totalmente desprotegidos ya que se les estaría exigiendo requisitos que no estaban preestablecidos y que no resultan obligatorios al momento de incoar la demanda, esta potestad pone en total tela de juicio la legitimidad de los precedentes, el Tribunal no se puede escudar en su autonomía procesal para pisotear derechos fundamentales.

Debemos recordar que la hipótesis es la posible respuesta al problema formulado, en dicha línea expusimos que: *Si Tribunal Constitucional Peruano*

⁸⁴⁸ DERMIZAKY PEREDO, Pablo. *Efectos de las sentencias constitucionales*. Revista Boliviana de derecho N° 8. Julio 2009. ISSN: 2070-8157. Pág. 16. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4859612.pdf> (Fecha de consulta 11/05/19).

⁸⁴⁹ “Por otro lado, toda persona contra quien se presenta en un proceso judicial un documento privado que se le atribuye, tiene la carga procesal de declarar si es o no suya la firma (ver el artículo 249 del CPC).” Vid. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo I*. Gaceta Jurídica. Primera edición. Julio 2008. Pág. 893.

aplica retroactivamente precedentes constitucionales vinculantes que imponen cargas, entonces vulnera el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica. La posible respuesta al problema es decir la hipótesis ha quedado comprobada, por cuanto no existe a la fecha regla o criterio jurisprudencial que le prohíba al Tribunal Constitucional limitarse a aplicar precedentes de manera retroactiva, limitando los derechos de los justiciables que al momento de plantear la demanda se encontraban en un escenario más beneficioso en comparación al nuevo precedente, ello pone en total tela de juicio las funciones que está llamado a cumplir el Precedente Constitucional Vinculante las que según la doctrina son:

“(…) el precedente vinculante se justifica básicamente por las siguientes razones:

- a) Genera certeza de las premisas normativas; es decir, hay predictibilidad en los resultados en base a la relación de casos y de argumentos ya elaborados y resueltos en casos anteriores homólogos.
- b) Concretiza el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley; pues ante dos casos iguales, no cabe mucho espacio para dos respuestas diferentes.
- c) Concretiza el principio de interdicción de la arbitrariedad; ya que los operadores jurisdiccionales deben aplicarlos para resolver casos idénticos y, por tanto, se convierten en una garantía para los justiciables.
- d) Genera objetividad; esto es así en virtud de que al momento de resolver la judicatura debe tener una perspectiva general teniendo en cuenta los casos anteriores iguales al que está resolviendo, sin atender a intereses particulares.
- e) Concretiza el principio de celeridad judicial; pues en casos idénticos, el operador jurisdiccional deberá aplicar el precedente sin demorar tanto la resolución del caso.”⁸⁵⁰

CONCLUSIONES.

- En nuestro ordenamiento jurídico, se ha producido un trasplante jurídico, que ha acarreado problemas por la importación de la técnica del Precedente Constitucional Vinculante, y se le ha dotado del mayor grado de vinculatoriedad con relación a las demás manifestaciones de los precedentes vinculantes en sede nacional.
- Cuando se trata de la aplicación de la ley en el tiempo, se advierte que el Tribunal Constitucional, modula la aplicación retroactiva de la Ley - Código Procesal Constitucional, a fin de no vulnerar el Derecho al Procedimiento Preestablecido por la Ley y el Valor Seguridad Jurídica.

⁸⁵⁰ LÓPEZ VIERA, José Reynaldo. *Teoría práctica del Precedente Vinculante en el Perú*. APECC. Primera Edición. Mayo 2017. Pág. 39.

- No existe una regla legal o jurisprudencial que prohíba la Aplicación Retroactiva de la jurisprudencia que impone cargas y gravámenes, el Tribunal Constitucional, NO modula la aplicación retroactiva del Precedente Constitucional Vinculante, que impone cargas y gravámenes, ha sentido contrario como sí lo hace con la ley.
- Nos encontramos frente a una laguna jurídica, por cuanto el Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia, no contienen ninguna regla sobre si el cambio de línea jurisprudencial se aplicará o no, a los procesos en trámite, por lo tanto la falta de reglas claras en torno a la aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante, que impone cargas, vulnera el derecho al procedimiento preestablecido por la ley y el valor seguridad jurídica.
- Los cambios de línea jurisprudencial y de precedentes constitucionales vinculantes que imponen cargas no se pueden aplicar retroactivamente a los procesos constitucionales en curso.
- Resulta inconstitucional la aplicación retroactiva del Precedente Constitucional Vinculante, que impone cargas y gravámenes, por vulneración del derecho al Procedimiento Preestablecido por la Ley y el valor Seguridad Jurídica, por cuanto el Tribunal Constitucional, no puede actuar más allá de los límites impuestos por el poder Constituyente, pues cuando se trata del operador jurídico (incluido el legislador) se le prohíbe que expida y aplique normas con carácter retroactivo, lo mismo para los jueces al momento de aplicar el Derecho, sin embargo el Tribunal Constitucional ¿no tiene reglas?

RECOMENDACIONES.

- Se recomienda una integración legislativa, vía el artículo 2° Inciso 17 de la Constitución Política del Perú (*Toda persona tiene derecho: iniciativa legislativa*) para colmar la laguna jurídica que contiene el Código Procesal Constitucional Peruano, a fin de establecer que los nuevos precedentes constitucionales vinculantes en ningún caso tendrán efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna, tal como se da en el artículo VI de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444 y en el derecho comparado artículo 217° de la Ley de Amparo de los Estados Unidos de México.
- En tal sentido proponemos la reforma del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional:
- **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. **LA NUEVA INTERPRETACIÓN NO PODRÁ APLICARSE retroactivamente, SALVO QUE FUERE MÁS FAVORABLE.**

- Recomendar a los operadores jurídicos el uso de las herramientas jurídicas, tales como el control de convencionalidad para eludir precedentes constitucionales vinculantes que imponen cargas o gravámenes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABAD YUPANQUI, Samuel B. *¿Cuándo podemos acceder al TC?* En: TC Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica. Tomo 81. Septiembre 2014.

ABAD YUPANQUI, Samuel B. *El Precedente en el Derecho Procesal Constitucional Peruano. Una indispensable fuente del Derecho.* En: JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional. Grijley. Enero N° 1. 2008.

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Manual Auto Instructivo del Curso “Control de Convencionalidad y Control de Constitucionalidad: Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional y Estándares de la CIDH”.* II Nivel de la Magistratura (20° Programa de Capacitación para el Ascenso). Elaborado por Dr. Luis Castillo Córdova. Lima-Perú. 2018.

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Material Auto Instructivo del Curso “Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional y estándares de la CIDH” III Nivel de la Magistratura.* Elaborado por Dr. Wilder Tuesta Silva. Lima-Perú. Mayo 2016.

ADRIAN CORIPUNA, B. Javier. *Los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad.* En: Eto Cruz, Gerardo (Coordinador) La sentencia Constitucional en el Perú. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2010. Lima 2010.

AGUILÓ, Josep. “Sobre la Constitución Constitucional”, en DOXA, N.º 24, 2001. Disponible en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Material Auto Instructivo. Curso “Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y estándares de la CIDH” II nivel de la magistratura.* Elaborado por el Dr. Luis Castillo Córdova. 2016.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1993.

ALVITES ALVITES, Elena. *Contenido y límites del derecho fundamental a una pensión de jubilación. Reflexiones a propósito de una definición jurisprudencial (Exp. N° 1417-2005-AA/TC).* En: Castañeda Otsu, Susana. (Directora).

Velezmoro, Fernando (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Grijley. Primera Edición. 2010.

AMPRIMO PLÁ, Natale. *Atribuciones del Congreso. Comentarios al artículo 102° Inciso 1 de la Constitución Política del Perú*. En: La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo II. Gaceta Jurídica. Primera Edición Diciembre 2005.

ARATA SOLÍS, Moisés. *La jurisprudencia de nuestro tiempo: del precedente persuasivo al precedente vinculante*. En: Los plenos civiles vinculantes de la Corte Suprema. Análisis y comentarios críticos de sus reglas. Gaceta Jurídica. Primera edición. Mayo 2016.

ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor. *La función de los precedentes vinculantes y de la doctrina jurisprudencial vinculante de la Corte Suprema*. (Estudio Introductorio). En: Compendio total de jurisprudencia vinculante penal y procesal penal. Precedentes vinculantes, acuerdos plenarios y doctrina jurisprudencial. Tomo II. Gaceta Jurídica. S.A. Primera Edición: Marzo 2017.

ARIANO DEHO, Eugenia. *Comentarios al Artículo 139° Inciso 5 de la Constitución Política del Perú*. En: Gutiérrez, Walter (Director). La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo III. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Enero 2013.

ARIANO DEHO, Eugenia. *“Precedentes vinculantes” y “pirámide normativa”: los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional*. En: In limine litis. Estudios críticos de derecho procesal civil. Instituto Pacífico. Primera Edición. Mayo 2016.

ARIANO DEHO, Eugenia. *¿Principio de “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional?: algunas glosas a la sentencia del “Caso Anicama”*. En: In limine litis. Estudios críticos de derecho procesal civil. Instituto Pacífico. Primera Edición. Mayo 2016.

ARMAS DIÉGUEZ, Silvana. *Requisito especial de la demanda. Comentarios al artículo 62° del Código Procesal Constitucional*. En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo II. Primera Edición. Diciembre 2015.

ÁVALOS JARA, Oxal Víctor. *Principales aspectos del recurso de casación según la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. En: Achulli Espinoza, Maribel. Huamán Estrada, Elmer. (Coordinadores). Estudios sobre los medios impugnatorios en los procesos laborales y constitucionales. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Noviembre 2011.

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Comentarios al artículo 70° de la Constitución Política del Perú*. En: La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo I. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Diciembre 2005.

BACHOF, Otto. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Traducción de Leonardo Álvarez Álvarez. Palestra Editores Lima - 2010. Segunda edición revisada y corregida: Mayo de 2010.

BARKER, Robert S. *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*. Editorial Grijley. 2014.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Cosa juzgada. Comentarios al artículo 82° del Código Procesal Constitucional*. En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo II. Primera Edición. Diciembre 2015.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *El nuevo proceso de amparo arbitral: Sobre su aplicación temporal*. En: Castillo Freyre, Mario (Editor) Arbitraje y Constitución. Palestra Editores S.A.C. Primera edición. Diciembre 2012.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. Las ejecutorias supremas por interposición del recurso de casación penal. En: Peña Gonzáles, Oscar. (Coordinador). Los precedentes vinculantes. Sentencias y acuerdos plenarios en materia penal, casatorias penales en aplicación del Nuevo CPP, pleno casatorio civil. Comentarios doctrinarios Jurisprudencia. Índice analítico. APECC. Abril 2009.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Neoconstitucionalismo, la constitucionalización del ordenamiento jurídico y el impacto de las sentencias del Tribunal Constitucional en el Derecho Penal y Procesal Penal peruano*. En: El Tribunal Constitucional reescribe el derecho. Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del Derecho. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Diciembre 2011.

BETTY, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada Editorial Comares S.L. 2000.

BONILLA MALDONADO, Daniel. *Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate*. En: Bonilla Maldonado, Daniel. (Editor académico). Teoría del derecho y trasplantes jurídicos. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana. Primera Edición 2009.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo VI. P-Q. 23 Edición. Revisada actualizada y ampliada. Editorial Heliasta.

CANALES CAMA, Carolina. *Eficacia y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional*. En: Eto Cruz, Gerardo (Coordinador). La sentencia Constitucional en el Perú. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2010. Lima 2010.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Derogación de la ley. Comentarios al artículo 103° de la constitución*. En: Gutiérrez, Walter. (Director). La constitución comentada. Tomo II. Análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica S.A. Segunda edición. Enero 2013.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *La interpretación Judicial Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Comisión Nacional de Derechos Humanos. Primera Edición Abril de 1996.

CARPIO MARCOS, Edgar. *Bloque de constitucionalidad y principio de inconstitucionalidad de las Leyes*. En: Palomino Manchego, José F. (Coordinador) *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*. Tomo II. Editora Jurídica Grijley 2005.

CARPIO MARCOS, Edgar. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al Precedente Constitucional*. (Presentación). Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1Era Edición Febrero 2007.

CARPIO MARCOS, Edgar. *Los derechos no enumerados. Comentarios al artículo 3° de la constitución*. En: Gutiérrez, Walter. (Director). *La constitución comentada*. Tomo I. Análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica S.A. Segunda Edición. Enero 2013.

CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Grijley. Primera Edición. 2009.

CARRASCO MOSQUERA, Jesús. *El control de convencionalidad en la jurisprudencia laboral. Comentarios a una sentencia disidente que se apartó de un precedente vinculante*. En Gaceta Constitucional. Tomo 103. Julio 2016.

CARRUITERO LECCA, Francisco. GUTIERREZ CANALES, Mario Raúl. *Estudio Doctrinario y Jurisprudencial al Título Preliminar del Código Procesal Constitucional Ley N° 28237*. Studio Editores. Primera Edición. Agosto 2006.

CARRUITERO LECCA, Francisco. VALLE-RIESTRA, Javier. ÁNGELES GONZÁLES, Fernando. *Código Procesal Constitucional*. Tomo I. Ediciones Jurídicas. 2004.

CASTAÑEDA OTSU, Susana Inés. *La corte interamericana y el control de convencionalidad*. En: V congreso nacional de derecho procesal constitucional. A diez años de la vigencia del Código procesal constitucional. Arequipa - Perú. Del 30 de octubre al 01 de noviembre 2014. ADRUS D & L Editores SAC. Primera Edición Octubre 2014.

CASTAÑEDA OTSU, Susana Otsu. *Organismos internacionales competentes. Comentarios al artículo 114° del Código Procesal Constitucional*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhony (Coordinador). *Código Procesal Constitucional Comentado. Homenaje a Domingo García Belaunde*. Segunda Edición. Editorial ADRUS. Segunda Edición. Julio 2011.

CASTILLO ALVA, José Luis. (Coordinador) *Código Penal Comentado. Tomo I Título Preliminar Parte General*. Gaceta Jurídica. Primera Edición Setiembre 2004.

CASTILLO ALVA, José Luis. *Estudio Preliminar*. En: Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y ejecución penal. Tomo I. Instituto Pacífico. Primera Edición Octubre 2016.

CASTILLO ALVA, José Luis. *La prescripción de la persecución penal. Comentario a propósito de la sentencia del Exp. 1805-2005-PHC/TC*. En: Castañeda Otsu, Susana. (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador). Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Editora jurídica Grijley 2010. Primera Edición.

CASTILLO ALVA, José Luis. *Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia*. (Estudio preliminar) En: Castillo Alva, José Luis. (Director). Ríos Guzmán, Carlos. (Coordinador). Comentarios a los Precedentes Vinculantes en Materia Penal de la corte suprema. Editora jurídica Grijley. 2008.

CASTILLO ALVA, José Luis. *Precedentes vinculantes, sentencias plenarias y acuerdos plenarios en materia penal de la Corte Suprema de Justicia*. En: Peña Gonzáles, Oscar. (Coordinador). Los precedentes vinculantes. Sentencias y acuerdos plenarios en materia penal, casatorias penales en aplicación del Nuevo CPP, pleno casatorio civil. Comentarios doctrinarios Jurisprudencia. Índice analítico. APECC. Abril 2009.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: A propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del tribunal constitucional*. En: Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2. N° 04. Lima. Abril 2007.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al artículo 139° Inciso 3 de la Constitución*. En: Gutiérrez, Walter. *La constitución comentada*. Tomo III. Análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica. Segunda Edición Enero 2013.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional. Tomo I. Título Preliminar y Disposiciones Generales*. Palestra Editores. Lima. Segunda Edición Julio 2006.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano*. En: JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional. Enero N° 1. 2008. Grijley.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Editora Jurídica Grijley. 2008.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*. En: Castillo Córdova, Luis (Coordinador). Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional. Análisis de los procesos

constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición Enero 2009.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *La esencia de los procesos constitucionales y su relación con la procedencia de la demanda constitucional*. En: Gaceta Jurídica. Causales de improcedencia de los procesos constitucionales. Primera Edición. Junio 2015.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional*. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo (Coordinadores). Aspectos del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho (Colaboraciones Peruanas). Editorial Idemsa. Lima - Perú. Primera Edición: Lima Abril de 2009.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Las decisiones inconstitucionales del Tribunal Constitucional*. En: THÉMIS. Revista de derecho 67. Revista de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2015.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Validez y eficacia de los Precedentes Vinculantes*. En: Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Tomo 97. Enero 2016.

COING, Helmut. *Fundamentos de filosofía del derecho*. Ediciones Ariel S.A. Barcelona. 1961.

CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Disquisiciones en torno a los contratos-ley*. En: Reflexiones Jurídicas. Edición especial en honor al XCV Aniversario de Instalación de la CSJLA 1920 - 2014. Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *¿La Constitución Descontrolada?* En: Ipso Jure. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Edición Día del Juez. Año 6 N° 26 Agosto 2014.

CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *¿Prevarica el juez o fiscal que resuelva en contravención, apartándose o inobservando, las reglas establecidas como precedente vinculante por parte del Tribunal Constitucional Peruano?* En: Ipso Jure. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Edición Día del Juez. Año 7 Nro. 27 Noviembre 2014.

CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *¿Prevarica el juez o fiscal que resuelve en contravención de las reglas establecidas como precedente vinculante por el Tribunal Constitucional?* En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo N° 66. Diciembre de 2014.

CUNO CRUZ, Humberto Luis. *Sentencias Interpretativas: Fundamentos, origen y clases*. En: Compendio de Instituciones Procesales Creadas Por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica S.A. T.C. Gaceta Constitucional. Primera Edición Diciembre 2009.

DONAYRE MONTESINOS, Christian. *Precedente constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional*. En: Landa Arroyo, César. (Director). Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año III. N° 5. Enero - Junio. Lima 2007.

ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Algunas notas sobre el perfil del juez(a) constitucional en un contexto como el actual*. En: Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Tomo N° 77. Mayo 2014.

ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Comentarios al Artículo VII del Código Procesal Constitucional. Precedente*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhony (Coordinador). Código Procesal Constitucional Comentado. Homenaje a Domingo García Belaunde. Segunda Edición. Editorial ADRUS. Segunda Edición. Julio 2011.

ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *El caso Provías Nacional. (Exp. N° 3908-2007-PA/TC): Inicio de nuevos derroteros para el tratamiento de los precedentes constitucionales en el Perú?* En: Castañeda Otsu, Susana (Directora). Velezmore, Fernando (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Editora Jurídica Grijley. Primera Edición 2010.

ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *Justificación y alcances del nuevo precedente del TC*. En: TC Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica. Tomo 81. Septiembre 2014.

ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *Notas sobre la configuración, uso y alcances de los precedentes por la administración y el Indecopi en el Perú*. En: Precedentes y Normativa del Indecopi en Propiedad Intelectual. Serie Compendios Normativos N° 1 INDECOPI. Lima. 2014.

ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Precedentes constitucionales en el Perú: Surgimiento, uso, evolución, retos y riesgos*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhonny. (Coordinador). El precedente constitucional vinculante en el Perú. (Análisis, comentarios y doctrina comparada). Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2009.

ETO CRUZ, Gerardo. *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Centro de Estudios Constitucionales. Serie Teoría Procesal Constitucional 1Era Edición Lima - Diciembre 2008.

ETO CRUZ, Gerardo. *El incumplimiento de las sentencias exhortativas vinculantes del Tribunal Constitucional como una modalidad de inconstitucionalidad por omisión de configuración jurisprudencial*. En: Eto Cruz, Gerardo. (Coordinador). Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú. Tomo II. Centro de Estudios Constitucionales. Primera Edición. Lima. Junio 2014.

ETO CRUZ, Gerardo. *La inconvencionalidad por omisión: Una aproximación conceptual*. En: Cáceres Arce, Jorge Luis. (Coordinador). Ponencias del V congreso nacional de derecho procesal constitucional. Adrus D&L Editores S.A.C. Primera Edición: Octubre de 2014.

ETO CRUZ, Gerardo. *Necesaria reforma (overruling) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento: Una evaluación a siete años de su vigencia*. En: Pensamiento Constitucional N° 19. 2014.

ETO CRUZ, Gerardo. PALOMINO MANCHEGO, José F. *En tres análisis: El primer código procesal constitucional del mundo. Su iter legislativo y sus principios procesales*. En: Palomino Manchego, José F. (Coordinador). El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde. Tomo I. Editora Jurídica Grijley 2005.

ETO CRUZ, Gerardo. Presentación de la obra colectiva coordinada por Tupayachi Sotomayor, Jhonny. *El precedente constitucional vinculante en el Perú*. (Análisis, comentarios y doctrina comparada). Editorial Adrus. Primera Edición. Septiembre 2009.

ETO CRUZ, Gerardo. *Publicación y vigencia de la ley. Comentarios al artículo 109° de la constitución*. En: Gutiérrez, Walter. (Director). La constitución comentada. Tomo II. Análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica S.A. Segunda edición. Enero 2013.

ETO CRUZ, Gerardo. *Teoría de la Constitución y Teoría de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: El Tribunal Constitucional reescribe el derecho. Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del Derecho. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Diciembre 2011.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2004. Primera Edición: 2004.

FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *Precedentes Vinculantes: ¿Consolidación normativa o restricciones a las facultades interpretativas de los jueces?* En: Gaceta Constitucional. Tomo 45 Septiembre 2011.

GACETA JURÍDICA. *Casos prácticos y consultas procesal penales*. En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Tomo 186. Mayo 2009.

GACETA JURÍDICA. *Compendio total de jurisprudencia vinculante penal y procesal penal. Precedentes vinculantes, acuerdos plenarios y doctrina jurisprudencial*. Tomo II. Primera Edición: Marzo 2017.

GACETA JURÍDICA. Diálogo con la Jurisprudencia. *El Proceso Civil en su jurisprudencia*. Primera Edición Junio 2008.

GACETA JURÍDICA. Extracto de Jurisprudencia. Tema: Aplicación de la norma en el tiempo. En: Gaceta Jurídica. Actualidad Jurídica. Tomo 189. Agosto 2009.

GACETA JURÍDICA. TC Gaceta Constitucional. Constitucionalismo Crítico. *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Primera Edición. Enero 2012.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia Penal, Constitucional Penal y Procesal Penal*. Jurista Editores. Edición Mayo 2013.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. RABANAL PALACIOS, William. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal*. Comentarios Descriptivos, Explicativos y Críticos. Jurista Editores. E.I.R.L. Edición: Julio 2013.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial*. (Introducción a la Parte General) Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Edición: Marzo 2017.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Controles descontrolados y precedentes sin precedente. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC*. En: JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional. Grijley. Enero N° 1. 2008.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. ETO CRUZ, Gerardo. *Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Perú*. En: Eto Cruz, Gerardo (Coordinador) La sentencia Constitucional en el Perú. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial ADRUS. Primera Edición. Lima Septiembre 2010.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Kelsen en París: Una ronda en torno al "Modelo Concentrado"*. En: Häberle, Peter; García Belaunde, Domingo. (Coordinadores) - El control del poder. Homenaje a Diego Valadés - Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2011. Primera Edición: 15 de Abril de 2011.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Variación de Precedente Vinculante respecto al Recurso de Agravio Constitucional. Exp. N.º 3908-2007-PA. Caso: Provías Nacional*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhony (Coordinador). *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú*. (Análisis, Comentarios y Doctrina Comparada) Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2009.

GARCÍA CHÁVARRI, M. Abraham. *Acusación constitucional y debido proceso*. Jurista Editores. Edición Marzo 2008.

GARCÍA TOMA, Víctor. *Derechos fundamentales*. Editorial ADRUS. Segunda Edición. Abril 2013.

GARCÍA TOMA, Víctor. *Jurisdicción supranacional. Comentarios al artículo 205° de la Constitución*. En: Gutiérrez, Walter. (Director). *La constitución comentada*. Tomo III. Gaceta Jurídica S.A. Segunda Edición. Enero 2013.

GARCÍA TOMA, Víctor. *Las Sentencias Constitucionales: El Precedente Vinculante*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhonny. (Coordinador). *El precedente constitucional vinculante en el Perú. (Análisis, comentarios y doctrina comparada)*. Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2009.

GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Segunda Edición Actualizada. Palestra Editores. Segunda Edición Mayo 2008.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La argumentación en el derecho*. 2Da Edición Corregida. Abril de 2005. Palestra Editores. Lima 2005.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores. Primera edición. Setiembre del 2003.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La ciencia de la justicia (Dikeología)*. Editorial Aguilar. Madrid. 1958.

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *La ejecución de la sentencia constitucional*. En: Eto Cruz, Gerardo (Coordinador) *La sentencia Constitucional en el Perú*. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2010. Lima 2010.

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *Las "Peculiaridades" del Precedente Constitucional en el Perú*. En: Carpio Marcos, Edgar. Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1Era Edición Febrero 2007.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición 2001.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición 1999.

GUILHERME MARINONI, Luiz. *Precedentes Obligatorios*. Palestra Editores. Primera Edición. Lima Junio 2013.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *El problema del control difuso en sede administrativa*. En: Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Tomo 77. Mayo 2014.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *La Constitución Política: Un análisis funcional*. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Enero 2015.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas. Segunda edición. México 8 de diciembre de 2016.

HAKANSSON NIETO, Carlos. *Amparo provisional contenido esencial del derecho a la pensión. Exp. N.º 1417-2005-AA/TC. Caso: Manuel Anicama Hernández*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhonny. (Coordinador). *El precedente constitucional vinculante en el Perú. (Análisis, comentarios y doctrina comparada)*. Editorial Adrus. Primera Edición. Septiembre 2009.

HAKANSSON NIETO, Carlos. *El prospective overruling en las resoluciones en materia de ratificación de magistrados. Exp N.º 3361-2004-AA Caso: Jaime Amado Álvarez Guillén*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhonny. (Coordinador). *El precedente constitucional vinculante en el Perú. (Análisis, comentarios y doctrina comparada)*. Editorial Adrus. Primera Edición. Septiembre 2009.

HAKANSSON NIETO, Carlos. *Límites a las sentencias manipulativas. Exp. N.º 0030-2005-AI. Caso: Ley de la Barrera Electoral*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhonny. (Coordinador). *El precedente constitucional vinculante en el Perú. (Análisis, comentarios y doctrina comparada)*. Editorial Adrus. Primera Edición. Septiembre 2009.

HUAMÁN ESTRADA, Elmer. *El recurso de casación por apartamiento de los precedentes constitucionales y los precedentes judiciales*. En: Achulli Espinoza, Maribel. Huamán Estrada, Elmer. (Coordinadores). *Estudios sobre los medios impugnatorios en los procesos laborales y constitucionales*. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Noviembre 2011.

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *Sentencias del Poder Judicial frente a normas ilegales e inconstitucionales. Resoluciones de acción popular de observancia obligatoria para la Administración Pública y los abogados*. TC Gaceta Constitucional. Gaceta Jurídica. Primera Edición Julio 2013.

HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Editorial Grijley. Tercera Edición 2005.

HURTADO POZO, José. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Idemsa. Cuarta Edición Lima Octubre 2013.

IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando. *Teoría de la impugnación en el Código Procesal Penal de 2004*. En: Alva Monge, Pedro. (Coordinador). *Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso penal*. Gaceta Jurídica. Primera Edición Setiembre 2012.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La fuerza vinculante del Precedente Judicial*. En: JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional. Grijley. Enero N° 1. 2008.

INDACOCHEA PREVOST, Úrsula. *¿Por qué es obligatorio el precedente constitucional? Una aproximación a los fundamentos de su vinculatoriedad*. En: Castañeda Otsu, Susana. (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador). Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional. Grijley. Primera Edición. 2010.

ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Civitas. Madrid. 1995.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *La seguridad jurídica como un valor orientador del derecho*. En: JUS Doctrina & Práctica. Grijley. Mayo 5. 2007.

JUÁREZ JURADO, Eder. *Comentarios al Artículo 44° del Código Procesal Constitucional. Plazo de interposición de la demanda*. En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo I. Primera Edición. Diciembre 2015.

LANDA ARROYO, César. *Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional*. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo (Coordinadores). Aspectos del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho (Colaboraciones Peruanas). Editorial Idemsa. Lima - Perú. Primera Edición: Lima Abril de 2009.

LANDA ARROYO, César. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Colección Cuadernos de Análisis de la Jurisprudencia. Volumen 1. Academia de la Magistratura. Primera edición. Lima - Perú. Diciembre 2012.

LANDA ARROYO, César. *Los precedentes constitucionales*. En: Castañeda Otsu, Susana (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador) Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional. Editora Jurídica Grijley. Primera Edición 2010.

LANDA ARROYO, César. *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Palestra Editores. Lima. Primera Edición Abril 2010.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo I*. Gaceta Jurídica. Primera edición. Julio 2008.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *El nuevo precedente no busca reducir la carga procesal, sino mejorar la tutela de derechos*. Entrevista a Ledesma Narváez, Marianella. Realizada por Pedro Salas Vásquez y Luis Zavaleta Revilla.

En: TC Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica. Tomo 81. Septiembre 2014.

LEÓN VÁSQUEZ, Jorge. *El Tribunal Constitucional y la configuración de su derecho procesal*. En: *Justicia Constitucional*. Revista de Jurisprudencia y Doctrina Año II. N° 04. Palestra Editores S.A.C. Julio - Diciembre 2006.

LÓPEZ CUSI, Omar. *Criterios para la procedencia de demandas de amparo ante las entidades de la administración pública. Exp. N° 2802-2005-PA. Caso Julia Benavides García*. En: Tupayachi Sotomayor, Jhony (Coordinador). *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú*. Editorial ADRUS. Primera Edición. Septiembre 2009.

LÓPEZ FLORES, Berly. *Del mito de la inexistencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales de amparo: El misterio en materia laboral de despidos*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 11. Gaceta Jurídica. Lima. Noviembre de 2008.

LÓPEZ FLORES, Berly Javier Fernando. *Más sobre la existencia “material” de una etapa probatoria en los procesos constitucionales Una comprobación jurisprudencial*. En: Gaceta Jurídica. La prueba en el proceso Constitucional. Diálogo con la jurisprudencia. Primera Edición. Octubre 2010.

LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier de Belaunde. *Comentario al artículo 151° de la Constitución Política del Perú. Academia de la Magistratura*. En: Gutiérrez Camacho, Walter. (Director). *La Constitución Comentada. Artículo por artículo*. Tomo III. Gaceta Jurídica. Segunda Edición Enero 2013.

LÓPEZ VIERA, José Reynaldo. *Teoría práctica del Precedente Vinculante en el Perú*. APECC. Primera Edición. Mayo 2017.

LOSTAUNAU BARBIERI, Andrea. *Identificando la ratio decidendi. La determinación del contenido normativo del precedente*. En: TC Gaceta Constitucional. Gaceta Jurídica. Tomo 24. Diciembre 2009.

MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El Precedente Constitucional en el Sistema Judicial Norteamericano*. Mc Graw Hill. Madrid 2001.

MALEM SEÑA, Jorge F. *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales. S.A. Madrid. 2017.

MARTÍNEZ MORÓN, Alan César. *La técnica del overruling y los cambios de precedente: Lo que el Tribunal Constitucional no dijo. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 1412-2007-PA/TC*. En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Tomo 186. Mayo 2009.

MARTÍNEZ MORÓN, Alan César. *Las técnicas de distinción del precedente. El caso peruano*. En: Actualidad Jurídica. Tomo 180. Gaceta Jurídica. Noviembre 2008.

MENDOZA CÁNEPA, Raúl. TRAJTMAN ROBLES, Lucciola. *Caso el Frontón ¿El TC debió pronunciarse sobre el fondo?* En: RAE Jurisprudencia. Tomo 9. Marzo 2009.

MEZA FLORES, Eduardo J. *Efectos de la variación jurisprudencial vinculante en materia de bonificaciones estatales*. En: Cáceres Arce, Jorge Luis. (Coordinador). Ponencias del V congreso nacional de derecho procesal constitucional. Adrus D&L Editores S.A.C. Primera Edición: Octubre de 2014.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es parte*. Banco de Crédito BCP. Primera Edición Oficial: Octubre 2012.

MINISTERIO DE JUSTICIA y DERECHOS HUMANOS. *Compendio de doctrina legal y jurisprudencia vinculante emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Primera parte materia penal (II): Sentencias Plenarias y Precedentes Vinculantes*. Primera Edición Oficial: Junio 2014.

MONROY GÁLVEZ, Juan. *La teoría del proceso a la luz lánguida del Tribunal Constitucional Peruano: Sobre la presunta "Autonomía Procesal Constitucional"*. En: García Belaunde, Domingo. (Director). Revista Peruana de Derecho Público. Año 08, Número 16. Editora Jurídica Grijley. E.I.R.L. Enero-Junio de 2008.

MONROY GÁLVEZ, Juan. *Poder Judicial Vs. Tribunal Constitucional*. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (Director). Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Número 10 (Julio-Diciembre 2008), Primera Edición: 2008. Editorial Porrúa. Argentina 15.

MONTAÑA PINTO, Juan, (Editor). *Apuntes de derecho procesal constitucional: aspectos generales*. Tomo 1. Primera reimpresión. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición. (Versión Digital). 2012.

MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo. *El stare decisis constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales*. En: Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año III. Nº 5. Enero - Junio. Lima 2007.

MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial en el sistema jurídico alemán*. En: Landa Arroyo, César. (Director). Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año III. Nº 5. Enero - Junio. Lima 2007.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica. Séptima Edición Abril 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch. Séptima Edición. Valencia 2007.

NAUPARI WONG, José Rodolfo. *Comentarios al Artículo 81° del Código Procesal Constitucional. Efectos de la sentencia fundada*. En: Gaceta Jurídica.

TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo II. Primera Edición. Diciembre 2015.

OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta. 2010.

PACHECO ZERGA, Luz. *Las vías procedimentales para la protección del derecho al trabajo y los derechos conexos. Comentario a la sentencia del Exp. N° 0206-2005-PA/TC*. En: Castañeda Otsu, Susana. (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Grijley. Primera Edición. 2010.

PAULETT SILVA, Kori. *Precisando el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 122. Febrero 2018.

PAZO PINEDA, Oscar Andrés. *El precedente constitucional vinculante: perspectivas desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: TC. Gaceta Constitucional. Tomo N° 68. Agosto 2013.

PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales I. Teoría General*. Editorial Eudema (Ediciones de la Universidad Complutense S.A.). 1991.

PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo VI. Editorial Idemsa. 2Da Ed. Lima - Mayo 2013.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. *El ejemplo constitucional de Inglaterra*. Universidad Nacional Autónoma de México. 2010.

PÉREZ CASAVERDE, Efraín. *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Adrus. Primera Edición Lima Octubre 2013.

PÉREZ LÓPEZ, Jorge A. *El recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal peruano*. En: Alva Monge, Pedro. (Coordinador). *Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso penal*. Gaceta Jurídica. Primera Edición Setiembre 2012.

PICHÓN DE LA CRUZ, Junior. *Actuación de los procuradores públicos frente al tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*. En: Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Tomo 106. Octubre 2016.

PINI, Joseph. *Reflexiones (simples) sobre el estatus normativo de la jurisprudencia constitucional*. En: Landa Arroyo, César. (Director). *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año III. N° 5. Enero - Junio. Lima 2007.

PRETELL GARCÍA, Pilar Geraldine. *Comentarios al Artículo 85° del Código Procesal Constitucional. Competencia*. En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta

Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo II. Primera Edición. Diciembre 2015.

PRIORI POSADA, Giovanni. *El procedimiento preestablecido en la ley: la crisis de una garantía procesal y su rediseño en el Estado constitucional*. En: Priori Posada, Giovanni (coordinador). *Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso*. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución. Lima: Palestra Editores. 2013.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Cosa juzgada. Comentarios al artículo 6° del Código Procesal Constitucional*. En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo I. Primera Edición. Diciembre 2015.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Interpretación vinculante del Tribunal Constitucional y sus efectos en la Jurisprudencia del Poder Judicial*. En: V congreso nacional de derecho procesal constitucional. A diez años de la vigencia del Código procesal constitucional. Arequipa - Perú. Del 30 de octubre al 01 de noviembre 2014. ADRUS D & L Editores SAC. Primera Edición Octubre 2014.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. PINEDA ZEVALLOS, César. *Tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. ¿Choque de trenes o guerra de cortes?* En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Tomo 64. Abril 2013.

QUIROGA PERICHE, Carlos Enrique. *Criterios para la procedencia de medidas cautelares en los procesos constitucionales. ¿Un caso de inconstitucionalidad de las sentencias del Tribunal Constitucional?* En: Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Tomo 106. Octubre 2016.

RAMÍREZ FIGUEROA, Jim L. *La jurisprudencia ¿fuente de Derecho en el ordenamiento jurídico peruano? A propósito del grado de vinculación del llamado “precedente constitucional”*. En: Actualidad Jurídica. Tomo 184. Gaceta Jurídica. Marzo 2009.

RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *Reflexiones a propósito de la denominada “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional*. En: V congreso nacional de derecho procesal constitucional. A diez años de la vigencia del Código procesal constitucional. Arequipa - Perú. Del 30 de octubre al 01 de noviembre 2014. ADRUS D & L Editores SAC. Primera Edición Octubre 2014.

RAMOS LLANOS, Sergio. SALAZAR CAMPOS, Ernesto. *Criterios de procedibilidad para el proceso de amparo en materia laboral pública y privada. El precedente vinculante Baylón Flores del Exp. N° 0206-2005-PA/TC*. En: Castañeda Otsu, Susana. (Directora). Velezmore, Fernando (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Grijley. Primera Edición. 2010.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Derecho Penal Parte Especial*. Volumen 2. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L. Tercera Edición 2014.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Volumen 1. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L. Primera Edición 2016.

REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ. Editora Normas Legales. Número 86. Abril 2008.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Introducción a la teoría del delito y a las consecuencias jurídicas del delito*. Instituto Pacífico. Primera Edición Febrero 2016.

RIVAS ALVA, Mauro Alejandro. *La creación del recurso de apelación por salto como institución procesal destinada a garantizar la efectividad de las sentencias del Tribunal Constitucional*. En: Achulli Espinoza, Maribel. Huamán Estrada, Elmer. (Coordinadores). Estudios sobre los medios impugnatorios en los procesos laborales y constitucionales. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Noviembre 2011.

RODRÍGUEZ FUENTES, Clementina del Carmen. *El control de las omisiones que vulneran Derechos Fundamentales*. Compendio de instituciones procesales creadas por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica S.A. Gaceta Constitucional. Primera Edición Diciembre 2009.

RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. En: Carpio Marcos, Edgar. Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1Era Edición Febrero 2007.

ROJAS LEO, Juan Francisco. *El control de constitucionalidad vuelve a ser constitucional*. En: Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Tomo 77. Mayo 2014.

ROSPIGLIOSI VEGA, Alejandro José. *La libertad de empresa. Comentarios a la sentencia del Exp. N° 2802-2005-AA/TC*. En: Castañeda Otsu, Susana (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador) Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional. Editora Jurídica Grijley. Primera Edición 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1 (Fundamentos. La estructura de la Teoría Del Delito)*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. 1Era edición, Madrid. 1997.

RUBIO CORREA, Marcial. *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera reimpresión. Mayo 2008.

RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Décima Edición, Aumentada. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Reimpresión de la Décima Edición. Junio de 2011.

RUBIO CORREA, Marcial. *El título preliminar del Código Civil*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Décima Edición. Octubre de 2008.

RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo III*. Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial 1999. Primera Edición. Febrero de 1999.

RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo VI*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1999. Primera Edición. Abril de 1999.

RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el tercer reich*. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales. S.A. Madrid. 2016.

SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *Amparo contra amparo en el Perú. Estado actual de la cuestión a la luz de los precedentes existentes (Exps. N°s 4853-2004-PA/TC y 3908-2007-PA/TC)*. En: Castañeda Otsu, Susana (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Editora Jurídica Grijley. Primera Edición 2010.

SÁENZ DÁVALOS, Luis. *El camino del Precedente Constitucional Vinculante. (Reflexiones a los diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional)*. En: Cáceres Arce, Jorge Luis. (Coordinador). *Ponencias del V congreso nacional de derecho procesal constitucional*. Adrus D&L Editores S.A.C. Primera Edición: Octubre de 2014.

SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *El procedimiento preestablecido en la ley como variable del derecho constitucional al debido proceso*. En: García Belaunde, Domingo. (Director). *Revista Peruana de Derecho Público*. Año 1. Número 2. Enero - junio de 2001.

SALAS VÁSQUEZ, Pedro Pablo. *Doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Constitucional análisis y comentarios*. Gaceta Jurídica S.A. Agosto 2017.

SALINAS CRUZ, Sofía Liliana. *El recurso de agravio a favor del precedente*. En: Achulli Espinoza, Maribel. Huamán Estrada, Elmer. (Coordinadores). *Estudios sobre los medios impugnatorios en los procesos laborales y constitucionales*. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Noviembre 2011.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal lecciones. Conforme al Código Procesal Penal de 2004*. Fondo Editorial INPECCP. Fondo Editorial CENALES. Primera Edición: Noviembre 2015.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*. Selección de Ejecutoria de la Corte Suprema. Palestra. Lima 2006.

SEVILLA TORELLO, Catherine Olga. *Recurso de queja, solicitud de aclaración y recurso de reposición en el proceso constitucional*. En: Achulli Espinoza, Maribel. Huamán Estrada, Elmer. (Coordinadores). Estudios sobre los medios impugnatorios en los procesos laborales y constitucionales. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Noviembre 2011.

SIMONS PINO, Adrián. *Límites de la ejecución coactiva de Sunat*. En: Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Tomo 106. Octubre 2016.

SOTERO GARZÓN, Martín Alejandro. *Causales de improcedencia. Comentarios al Artículo 5° Inciso 6 del Código Procesal Constitucional*. En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo I. Primera Edición. Diciembre 2015.

TAMAYO YAÑEZ, Sergio. *Sentencia. Comentarios al artículo 96° del Código Procesal Constitucional*. En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo II. Primera Edición. Diciembre 2015.

TARUFFO, Michele. *Dimensiones del Precedente Judicial*. En: JUS Constitucional Especial: La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional. Grijley. Enero N° 1. 2008.

TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. (Traducción de Maximiliano Aramburo Calle). Madrid. Marcial Pons 2009.

TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica S.A. Primera edición. Diciembre 2011.

TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. *El nuevo recurso de Casación Civil. Recientes modificaciones y repaso jurisprudencial*. Manual 2. Gaceta Jurídica. Lima. 2010.

TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. *Los plenos civiles vinculantes de la Corte Suprema. Análisis y comentarios críticos de sus reglas*. (Presentación de la obra). Gaceta Jurídica. Primera edición. Mayo 2016.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Aplicación de la ley en el tiempo. Comentarios al Artículo 103° de la Constitución*. En: Gutiérrez, Walter (Director). La Constitución Comentada. Tomo II. Análisis artículo por artículo. Editora Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Enero 2013.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Comentarios al artículo 203° de la Constitución*. En: La Constitución Comentada. Tomo II. Análisis artículo por artículo. Editora Gaceta Jurídica. Segunda Edición Aumentada y Revisada. Enero 2013.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*. Tercera Edición. Editorial Idemsa Lima - Perú. Abril 2006.

TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *La igualdad en la aplicación de la ley como fundamento del precedente*. En: Actualidad Jurídica. Tomo 175. Gaceta Jurídica. Junio 2008.

TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *La vinculatoriedad de la doctrina constitucional del Tribunal Constitucional: ¿límite al control difuso de los jueces?* En: Actualidad Jurídica. Tomo 179. Gaceta Jurídica. Octubre 2008.

UCHUYA CARRASCO, Humberto. *La interpretación constitucional y la interpretación de los Derechos Humanos*. En: Palomino Manchego, José F. (Coordinador). *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*. Tomo I. Editora Jurídica Grijley. 2005.

URQUIZO OLAECHEA, José. *La importancia de la doctrina jurisprudencial emitida por la Corte Suprema a través del recurso de casación*. (Estudio Introductorio). En: Compendio total de jurisprudencia vinculante penal y procesal penal. Precedentes vinculantes, acuerdos plenarios y doctrina jurisprudencial. Tomo II. Gaceta Jurídica. S.A. Primera Edición: Marzo 2017.

URQUIZO OLAECHEA, José. *Principio de legalidad en materia penal. Comentarios al artículo 2 Inciso 24 Literal D de la Constitución*. En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. Análisis artículo por artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica.

VARGAS RUÍZ, Luis. *La aplicación de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional a los procesos en curso. Análisis desde la seguridad jurídica*. En: *JUS Doctrina & Práctica*. Grijley. Mayo 5. Año 2007.

VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Rosa. *Vigencia de normas. Comentarios a la segunda disposición final del Código Procesal Constitucional*. En: Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo II. Primera Edición. Diciembre 2015.

VELEZMORO, Fernando. *El precedente constitucional según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el neoconstitucionalismo*. En: Castañeda Otsu, Susana. (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Grijley. Primera Edición. 2010.

VELEZMORO PINTO, Fernando. *Cinco preguntas a Michele Taruffo sobre el carácter vinculante del precedente, con especial referencia al caso peruano*. En: TC Gaceta Constitucional. Gaceta Jurídica. Tomo 24. Diciembre 2009.

VILLANUEVA DEL CARPIO, Diego Alonso. *El valor del precedente judicial desde el ámbito de la argumentación jurídica*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 122. Febrero 2018.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Editora Jurídica Grijley. 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA Alejandro. SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición. Buenos Aires Junio 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Editorial B de F Montevideo - Buenos Aires. Julio César Faira - Editor. Argentina. Enero de 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Ediciones Jurídicas. Diciembre 2011.

BIBLIOGRAFÍA DIGITAL.

ABANTO TORRES, Jaime David. *Falta de jueces especializados, aplicación en el tiempo y apartamiento del precedente. Tres problemas en los precedentes de la Corte Suprema*. Publicado el 19 de Enero de 2016. Disponible en: <https://laley.pe/art/3057/tres-problemas-en-los-precedentes-de-la-corte-suprema>

ALVA RICALDI, Paul Faustino. *Algunas notas del delito de prevaricato en la doctrina y la jurisprudencia*. Disponible en: http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/14_El_delito_de_prevaricato_en_la_doctrina_y_la_jurisprudencia_Paul_Faustino_Alva_Ricaldi%5B1%5D.pdf

ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús. *La jurisprudencia en la nueva ley de amparo*. Disponible en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/35/11%20Miguel%20de%20Jes%20Alvarado%20Esquivel.pdf>

ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús. *¿Se acabaron los efectos retroactivos de la jurisprudencia?* Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/viewFile/32086/29079>

ASTESANA FERRERO, Silvana. LÓPEZ, Verónica. *La arbitrariedad de la clasificación*. En: IX Congreso internacional sobre investigación en didáctica de las ciencias (2013): 212-217. Disponible en: https://ddd.uab.cat/pub/edlc/edlc_a2013nExtra/edlc_a2013nExtrap212.pdf

ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. *Repertorio constitucional 2008-2011*. (Jurisprudencia constitucional, Luis Fernando Ávila Lizán, editor.- 1 ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. Disponible en http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/site/image/common/libros/Repertorio/Rpertorio_constitucional._Luis_Avila.pdf

BOLAÑOS SALAZAR, Elard R. *¿Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición de control difuso en sede administrativa?* En: Administración Pública & Control N° 27. Marzo 2016. Disponible también en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Puede_el_control_de_convencionalidad_se.pdf

CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto. *La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano*. En. Derecho PUCP. Revista de la facultad de derecho N° 73. Derecho Internacional: Crisis, temas en debate y solución de controversias. 2014. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2014. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/11316/11825>

CALDERÓN, Guillermo Oliver. *¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?* Disponible en: <http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/537/505>

Capítulo III: “El principio de la irretroactividad constitucional” Disponible en: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lfis/acosta_o_v/capitulo3.pdf

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=16834&Language=EN>

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Análisis de los precedentes vinculantes en torno al arbitraje*. Perú, noviembre de 2012. Disponible en: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2098/Analisis_precedentes_vinculantes_torno_arbitraje.pdf?sequence=1

CAVANI BRAIN, Renzo. *Una propuesta de modificación de las competencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema frente al amparo contra resoluciones judiciales*. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12795/13352>

Código Procesal Constitucional. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/research/Peru-Codigo%20Procesal%20Constitucional.pdf>

Constitución Política del Perú. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2019/01/CONSTITUCION-POLITICA-DEL-PERU.pdf>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*. Elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración de Claudio Nash y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca. 2015. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Los overruling del Tribunal Constitucional Peruano y la vulneración de los derechos al procedimiento preestablecido por ley y la seguridad jurídica*. En: Ipso Jure Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Edición Día del Juez. Año 7 N° 30 Agosto 2015. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0d51b38049dcfa09ae1fff5fa346f2f/IPSO+JURE+N%C2%B030.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0d51b38049dcfa09ae1fff5fa346f2f>

CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *¿Prevarica el juez o fiscal que resuelva en contravención, apartándose o inobservando, las reglas establecidas como precedente vinculante por parte del Tribunal Constitucional Peruano?* En: Ipso Jure. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Edición Día del Juez. Año 7 N° 27 Noviembre 2014. Disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2a72ed8046ae8bb38b73fbac1e03f85e/IPSO_JURE_27.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2a72ed8046ae8bb38b73fbac1e03f85e

CUESTA DAVU, Ajani Akin. *Responsabilidad del estado por simple cambio de jurisprudencia en el derecho colombiano*. Disponible en: <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/download/86/81>

DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. *Anatomía del precedente internacional. (Esbozo para la discusión)*. En: Carbonell, Miguel. Fix-Fierro, Héctor. González Pérez, Luis Raúl. Valadés, Diego. (Coordinadores). Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Justicia. Tomo III. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición: 6 de enero de 2015. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3824/7.pdf>

DELGADO SUÁREZ, Christian. Sobre los modelos de cortes supremas y la revocación de precedentes. En: Themis. Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Núm. 69. 2016. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/16747/17071>

DERMIZAKY PEREDO, Pablo. *Efectos de las sentencias constitucionales*. Revista Boliviana de derecho N° 8. Julio 2009. ISSN: 2070-8157. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4859612.pdf>

DURÁN MARTÍNEZ. Augusto. *El precedente administrativo*. Disponible en: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/download/816/818/>

Entrevista realizada por el Doctor José Palomino Manchego al Profesor Domingo García Belaunde *¿Constitucionalismo o Neoconstitucionalismo?* En: Jurídica N° 374. Suplemento de análisis legal de El Peruano. Disponible: <http://epdoc2.elperuano.pe/EpPo/DescargaNO.asp?Referencias=SIUyMDExMDIKVVJJREIDQV8zNzQucGRm>

ESPINOZA RAMOS, Benji. *Entre aplicar control difuso y prevaricar: Un camino donde se violenta la independencia judicial. Necesidad del criterio de "interpretación de la ley penal vinculada a la Constitución"*. Disponible en: <http://alvarezrualaabogados.com/abogados/docs/articulos/bespinozar/Prevaricatoycontroldifuso.pdf>

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Los overruling de la jurisprudencia constitucional*. En: Foro. Nueva época. Núm. 3/2006: 27-92. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/viewFile/FORO0606120027A/13645>

FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. MARTÍNEZ RAMÍREZ, FABIOLA. FIGUEROA MEJÍA, GIOVANNI A. (Coordinadores). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Tomo I. Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal. Universidad nacional autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera edición: 24 de abril de 2014. Disponible también: <https://legis.pe/descarga-pdf-dos-tomos-diccionario-derecho-procesal-constitucional-convencional/>

FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *Derecho Constitucional II. Estudio sistemático y comparado de la estructura del estado*. Editorial San Marcos. Primera Edición 2012. Disponible también en: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2011/07/01/stc-2317-2010-patc-caso-miguel-cadillo-palomino-%C2%BFdesvinculacion-del-precedente/>

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El precedente constitucional: Extensión y límites*. En: Pensamiento Constitucional. N° 22. 2017. Disponible también en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/19940/19962>

GARCÍA HUANTE, Omar. *La aplicación retroactiva de la Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación*. Tesis para obtener el grado de maestro. Universidad Nacional Autónoma de México. División de estudios de posgrado de la facultad de Derecho. Maestría en Derecho. México D.F. 2009. Disponible en: http://www.senado.gob.mx/comisiones/hacienda/docs/Magistrado_TFJFA/OGH_Tesisdemaestria.pdf

GARRO, ALEJANDRO M. *Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado*. Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjQ5MDcmaWRIPTEwMzcmdXJsPTYmbmFtZT1SRURDXzAyNF8wOTUucGRmJmZpbGU9UkVEQ18wMjRfMDk1LnBkZiZ0YWJsYT1BcnRpY3VsbyZjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg==>

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. *Tribunales kelsenianos y Precedente. Una tipología de las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional*. En: Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. Disponible en: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/download/1132/694>

HITTERS, Juan Carlos *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)* En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (Director). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 10 (Julio-Diciembre 2008). Primera Edición: 2008. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/precedentes-vinculantes/>

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/05057-2013-AA.pdf>

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_ejecutorias_vinculantes/as_Constitucional/

http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc_jurisprudencia_sis_02.php

<http://laley.pe/not/2180/procedera-el-amparo-contra-resoluciones-arbitrales-en-fase-de-ejecucion>

<http://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>

<http://laley.pe/not/4788/tc-inaplica-regla-del-codigo-procesal-constitucional-para-habeas-corpus-contra-resolucion-judicial-del-ano-2003/>

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2224>

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24291>

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24316>

[https://sif.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdcf8fcfd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,LLocalizacion&TA_TJ=&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=26048&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2013494&Hit=3&IDs=2013364,2013365,2013494,2013538,2013379,2013539,2013449,2013451,2013545,2013546,2013547,2013549,2013404,2013410,2013453,2013555,2013563,2013506,2013417,2013567&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=KOM&Tema=994](https://sif.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdcf8fcfd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TA_TJ=&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=26048&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2013494&Hit=3&IDs=2013364,2013365,2013494,2013538,2013379,2013539,2013449,2013451,2013545,2013546,2013547,2013549,2013404,2013410,2013453,2013555,2013563,2013506,2013417,2013567&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=KOM&Tema=994)

<http://laley.pe/not/657/el-codigo-penal-ha-sido-modificado-577-veces>

<http://www.tc.gob.pe/tc/public/resolucion/precedente/lista>

<http://www.tc.gob.pe/tc/public/resolucion/precedente/lista>

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/precedentes-vinculantes/>

HUERTA, Carla. *Retroactividad en la Constitución*. En: Valadés, Diego. Carbonell, Miguel. (Coordinadores). El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la constitución de 1857 y 90 de la constitución de 1917. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición. 2007. Disponible también en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2389/19.pdf>

JACOB, Marc. *La función sistémica del precedente: Perspectivas del derecho inter nacional*. En: Von Bogdandy, Armin. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Morales Antoniazzi, Mariela. (Coordinadores). La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina? Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Primera Edición: 19 de noviembre de 2010. Disponible también en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2895/21.pdf>

La nueva ley, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación mexicana el 2 de abril de 2013. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5294184&fecha=02/04/2013

LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el derecho procesal constitucional*. Disponible En: http://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/Tribunal_Const_y_Poder_Judicial.pdf

Los 15 tipos de investigación (y características). Disponible en: <https://psicologiymente.net/miscelanea/tipos-de-investigacion>

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES-DGT. *Compendio de normas relativas a los tratados en el Perú*. Disponible en: http://www.rree.gob.pe/Documents/Compendio_de_normas_relativas_a_los_tratados_en_el_Per%C3%BA.pdf

NEYRA FLORES, José Antonio. Conferencia: Derecho procesal penal temas actuales del proceso penal 06-07-16. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=iFwrr-teNA8>

REMÓN PEÑALVER, Jesús. *La lucha por la seguridad jurídica*. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1606/documento/art05.pdf?id=2163>

Resolución de Jefatura N° 021-2206-J- OCMA/PJ. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/abril/06/comunicado_cepj.pdf

RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel. *Nulla poena sine lege y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as. Del Río Prada c. España (21/10/2013)*. ADPCP, VOL. LXVI, 2013. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2013-

[10025100292 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES
Nulla poena sine lege y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as. Del R%EDo Prada c. Espa%F1a \(21/10/2013\)](#)

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. *Derecho Penal. El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/819650.pdf>

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Guía del litigio constitucional en defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Para activistas de Derechos Humanos*. Primera Edición. Lima. Noviembre de 2013. Disponible en: <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Sgia%20del%20litigio%20institucional.pdf>

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Ocma determina que incumplir las sentencias del TC acarrea responsabilidad disciplinaria*. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notibak/2006/04abr/06/nota05.htm>

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. ROEL ALVA, Luis Andrés. *Balance de las Sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012*. Instituto de Defensa Legal Justicia Viva. Documento de Trabajo N° 65. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf

SÁENZ DÁVALOS, LUIS. *El Precedente Constitucional Vinculante*. Publicado el 6 feb. 2014. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=EtAUwZPkGeo> Minuto 15.

SÁNCHEZ CORDERO, Olga. *La jurisprudencia y su aplicación retroactiva*. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/modulo-v-y%20vi/03olga-sanchez-cordero-la-jurisprudencia-y-su-aplicacion-retroactiva.pdf>

SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. Isonomía N° 21 - Octubre 2004. Disponible también en: <http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/sobre-el-cambio-de-los-precedentes-0/>

SOSA ORTIZ, Alejandro. *La no aplicación retroactiva de la jurisprudencia según la tesis 2ª./J.62/2014*. En: Cuadernos de Trabajo. Instituto de la Judicatura Federal - Escuela Judicial. Serie Marrón. Información General. N° 2/2015. Disponible en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/2014/Marron/19%202-2015%20LA%20NO%20APLICACI%C3%93N%20DE%20LA%20JURISPRUDENCIA%20SEG%C3%9AN%20LA%20TESIS%202%C2%AA%20DEFINITIVO%202.pdf>

TARDÍO PATO, José Antonio. *La retroactividad de la jurisprudencia como peligro para la seguridad jurídica y la confianza legítima*. En: Revista práctica de

Derecho. Comentarios y casos prácticos. CEFLegal. Revista Mensual núm. 203. Diciembre 2017. Disponible en: <http://www.aepda.es/AEPDAAdjunto-2160-Articulo.aspx>

TC inaplica regla del Código Procesal Constitucional para admitir hábeas corpus. Y permite cuestionar resolución judicial 11 años después de su emisión. Extraído de <http://laley.pe/not/4788/tc-inaplica-regla-del-codigo-procesal-constitucional-para-habeas-corpus-contra-resolucion-judicial-del-ano-2003/>

Tema I. El precedente vinculante frente a la independencia judicial. **Tema II.** La contracautela y la oposición en las medidas cautelares. Oposición sobre medidas cautelares. **Tema III.** Medidas cautelares sobre bienes del estado. Naturaleza de estos bienes. Conclusiones disponibles en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ed77f88046ea4757a1c5e5c468ec4e86/15.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=ed77f88046ea4757a1c5e5c468ec4e86> (Fecha de consulta 28/02/19).

Todos los Plenos Jurisdiccionales Disponibles en la página del Poder Judicial: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/

TUO del Código Procesal Civil. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A74C46F90D22260D05257A87006608DF/\\$FILE/TEXT0_UNICO_ORDENADO_DEL_CODIGO_PROCESAL_CIVIL.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A74C46F90D22260D05257A87006608DF/$FILE/TEXT0_UNICO_ORDENADO_DEL_CODIGO_PROCESAL_CIVIL.pdf)

VARGAS RUIZ, Luis. *La aplicación de los precedentes vinculantes del tribunal constitucional a los procesos en curso. Análisis desde la seguridad jurídica.* Disponible en: <http://www.linaresabogados.com.pe/la-aplicacion-de-los-precedentes-vinculantes-del-tribunal/>

VÍTOLO, Alfredo M. *Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”.* En: Pensamiento Constitucional N° 18. 2013. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8961/9369>

WHITTAKER. Simon. *El precedente en el derecho Inglés: Una visión desde la ciudadela.* En: Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 1, pp. 37 - 83 [2008]. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v35n1/art03.pdf>

ZAVALA EGAS, Jorge. *Teoría de la Seguridad Jurídica.* Disponible en: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/lurisDictio_8/Teoria_de_la_seguridad_juridica.pdf

CONFERENCIAS.

AGUILA GRADOS, Guido. *El precedente constitucional vinculante en el Perú.* (281114) Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=lqmjCT6OOqI>

AGUILAR LLANOS, Benjamín. *El TC le ha adicionado un supuesto al Tercer Pleno Casatorio que el PJ había descuidado.* Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MyZktNj08e4>

INDACOCHEA, Úrsula. *La recepción del precedente vinculante en el Civil Law.* Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=SOsn7WtyRc>

SAÉNZ DÁVALOS, Luis. *El Precedente Constitucional Vinculante.* Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=EtAUwZPkGeo&t=27s>

SAÉNZ DÁVALOS, Luis. *El Precedente Constitucional Vinculante.* Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=EtAUwZPkGeo&t=92s>

http://www.tc.gob.pe/programatv/ptv_21112009.htm

JURISPRUDENCIA EMPLEADA.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, de 20 de marzo de 2013.

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Caso Tibi vs. Ecuador

Caso Boyce y otros Vs. Barbados.

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006.

Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 236.

Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219.

Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151.

Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

STC. Exp. N° 02383-2013-PA/TC.

STC. Exp. N° 0728-2008-HC/TC. Caso Giuliana Flor de María Llamoya Hilares.

STC Exp. N° 00782-2013-PA/TC. Caso Juan Américo Isla Villanueva.

Res. N° 3173-2008-PHC/TC. Caso Teodorico Bernabé Montoya.

STC. Exp. N° 01969-2011-HC/TC. Caso Humberto Bocanegra.

STC Exp. N° 4853-2004-PA/TC Dirección Regional de Pesquería de la Libertad

STC Exp. N° 007-2006-P/TC. Caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari.

STC. Exp. N° 0031-2005-P/TC. Caso Presidente de la República (demandante) contra el Gobierno Regional de Tacna (demandado).

STC. Exp. N° 00001-2010-CC/TC. Caso Poder Ejecutivo

STC. Exp. N° 0030-2005-A/TC. Caso ley de la Barrera Electoral.

STC. Exp. N° 00053-2004-P/TC.

STC. Exp. N° 0002-2010-P/TC.

STC. Exp. N° 0024-2003-A/TC.

STC. Exp. N° 2730-2006-PA/TC. Caso Arturo Castillo Chirinos.

STC. Exp. N° 5854-2005-PA/TC. Caso Pedro Lizana Puelles.

STC Exp. N° 047-2004-A/TC. Caso José Claver Nina-Quispe Hernández.

STC. Exp. N° 0050-2004-AI 0051-2004-AI 0004-2005-AI 0007-2005-AI 0009-2005-AI. (Acumulados) Caso Colegio de Abogados del Cusco.

STC Exp. N° 0008-2018-P/TC. Caso Ley de Reforma Constitucional sobre la no Reección de alcaldes.

STC. Exp. N° 03908-2007-PA/TC. Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS Nacional)

STC. Exp. N° 05057-2013-AA/TC. Caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco

STC. Exp. N° 06681-2013-AA/TC. Caso Richard Nilton Cruz Llamos.

STC Exp. N° 0019-2005-P/TC. Caso Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República (demandantes) c. Congreso de la República (demandado). Caso de la ley *Wolfenson* (Ley N° 28568).

STC. Exp. N° 03509-2009-PHC/TC. Caso Walter Gaspar Chacón Málaga.

STC. Exp. N° 00295-2012-HC/TC. Caso Aristóteles Román Arce Paucar.

STC Exp. N° 3361-2004-PA/TC Caso Jaime Amado Álvarez Guillén.

STC Exp. N° 01412-2007-AA/TC Caso Juan de Dios Lara Contreras.

STC Exp. N° 3741-2004-AA/TC Caso Ramón Hernando Salazar Yarlénque.

STC Exp. N° 04293-2012-PA/TC Caso Consorcio Requena.

STC Exp. N° 0090-2004-AA/TC. Caso Juan Carlos Callegari Herazo.

STC. Exp. N° 3771-2004-HC/TC. Caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón.

STC. Exp. N° 3361-2004-AA/TC. Caso Jaime Amado Álvarez Guillén.

STC. Exp. N° 1333-2006-PA/TC. Caso Jacobo Romero Quispe.

STC. Exp. N° 01412-2007-PA/TC. Caso Juan de Dios Lara Contreras.

STC. Exp. N° 06423-2007-PHC/TC. Caso Ali Guillermo Ruiz Dianderas.

RTC. Exp. N° 02982-2007-PA/TC. Caso Banco Internacional del Perú - Interbank.

STC. Exp. N° 00005-2007-P/TC. Caso del Colegio de Abogados de Lambayeque contra el Congreso de la República.

STC. Exp. N° 007-2002-A/TC. Caso de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

STC Exp. N° 00195-2004-AA/TC. Caso Manuel Antonio Mesones Salazar.

STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC. Caso Sindicato unitario de trabajadores de telefónica del Perú S.A. y FETRATEL.

STC Exp. N° 1680-2005-PA/TC. Caso Jorge Luis Borja Urbano.

STC. Exp. N° 4677-2004-PA/TC. Caso Confederación General de Trabajadores del Perú - CGTP.

STC. Exp. N° 10035-2005-PA/TC. Caso Raúl Arroyo Curi.

STC. Exp. N° 1417-2005-PA/TC. Caso Manuel Anicama Hernández.

STC. Exp. N° 0005-2005-CC/TC. Caso Banco Central de Reserva del Perú.
 STC. Exp. N° 00018-2009-PI/TC.
 STC. Exp. N° 2302-2003-AA/TC. Caso Inversiones Dreams S.A.
 STC. Exp. N° 00002-2008-PI/TC.
 STC. Exp. N° 00002-2008-PI/TC.
 STC. Exp. N° 00019-2005-PI/TC.
 STC Exp. N° 01680-2006-PA/TC.
 STC Exp. N° 04878-2008-PA/TC.
 STC Exp. N° 00004-2009-PA/TC Caso Roberto Allica Atachahua.
 STC Exp. N° 1052-2006-PHD/TC.
 STC Exp. N° 2763-2003-AC/TC.
 STC Exp. N° 0030-2005-AI/TC.
 STC Exp. N° 0004-2004-CC/TC.
 STC Exp. N° 0007-2007-PI/TC.
 STC Exp. N° 00010-2002-AI/TC.
 STC Exp. N° 00008-2005-PI/TC.
 STC Exp. N° 00047-2005-PI/TC.
 STC Exp. N° 00025-2005-PI/TC.
 STC Exp. N° 04252-2011-AA/TC.
 STC Exp. N° 4853-2004- PA/TC.
 RTC Exp. N° 00020-2005-PI/TC.
 STC Exp N° 05961-2009-PA/TC.
 STC. Exp. N° 03426-2008-PHC/TC. Caso Pedro Gonzalo Marroquín Soto.
 STC. Exp. N° 3149-2004-AC/TC. Caso Gloria Marleni Yarlequé Torres.
 STC. Exp. N° 05561-2007-PA/TC. Caso Oficina de Normalización Previsional.
 STC. Exp. N° 2579-2003-HD/TC. Caso Julia Eleyza Arellano Serquén.
 STC. Exp. N° 02744 2015-PA/TC. Caso Jesús de Mesquita Oliviera y Otros.
 STC. Exp. N° 01126-2012-PA/TC. Caso Dogner Lizith Díaz Chiscul.
 STC. Exp. N° 06089-2006-PA/TC. Caso Express Cars S.C.R.L.
 STC. Exp. N° 01722-2011-PA/TC. Caso sindicato de trabajadores de la
 municipalidad de Lima (SITRAMUN-LIMA).
 STC. Exp. N° 00853-2015-PA/TC. Caso Marleni Cieza Fernández y Otra.
 STC. Exp. N° 1003-1998-AA/TC. Caso Jorge Miguel Alarcón Menéndez.
 STC. Exp. N° 3846-2004-PA/TC. Caso Municipalidad provincial de San Pablo.
 STC. Exp N° 3179-2004-AA/TC Caso Apolonia Ccolcca Ponce.
 STC. Exp. N° 2488-2002-HC/TC. Caso Genaro Villegas Namuche.
 STC. Exp. N° 0895-2001-AA/TC. Caso Lucio Valentín Rosado Adanaque.
 STC. Exp. N° 02432-2007-PHC/TC. Caso Rolando Apaza Chuquitarqui.
 STC. Exp. N° 1918-2002-HC/TC. Caso Alfonso Salazar Montalván.
 STC. Exp. N° 00010-2001-AI/TC. Caso Defensoría del pueblo.
 STC. Exp. N° 0007-2006-PI/TC. Caso Asociación de Comerciantes San Ramón
 y Figari.
 STC. Exp. N° 1808-2003-HC/TC. Caso León Domínguez Tumbay.
 STC. Exp. N° 05496-2011-PA/TC. Caso Agustín Llantoy Palomino.
 STC. Exp. N° 6546-2006-PA/TC. Caso César Augusto Zúñiga López.
 STC. Exp. N° 06534-2006-PA/TC. Caso Santos Eresminda Távara Ceferino.
 RTC. Exp. N° 00842-2009-PHD/TC. Caso Fausta Edelmira Fernández Mejía.
 STC. Exp. N° 0016-2002-AI/TC. Caso Colegio de Notarios de Junín.

STC. Exp. N° 0001-0003-2003-A/TC. Caso Colegios de notarios de los distritos notariales de Lima, Callao y Arequipa.
 STC. Exp. N° 02135-2012-AA/TC. Caso Luis Alberto Cardoza Jiménez. Sentencia de fecha 26 de enero de 2016.
 STC. Exp. N° 01418-2012-PA/TC. Caso Luis Enrique Álvares Cáceres.
 STC. Exp. N° 3194-2004-HC/TC. Caso Nicanor Carreño Castillo.
 STC. Exp. N° 0091-2005-PA/TC. Caso Yeny Zoraida Huaroto Palomino y otra.
 STC. Exp. N° 7126-2005-PA/TC. Caso Luigi Calzolaio.
 STC. Exp. N° 7226-2005-AA/TC. Caso Rosa Victoria Valdivia y Aranga.
 STC. Exp. N° 00228-2009-PA/TC. Caso Flor de María Ibáñez Salvador.
 STC. Exp. N° 04163-2015-PHC/TC. Caso Roger Jarama Torres y otro.
 STC. Exp. N° 2196-2002-HC/TC. Carlos Saldaña Saldaña.
 STC. Exp. N° 2928-2002-HC/TC. Caso Víctor Raúl Martínez Candela.
 STC. Exp. N° 1805-2005-HC/TC. Caso Máximo Cáceda Pedemonte.
 STC. Exp. N° 2317-2010-PA/TC. Caso Miguel Cadillo Palomino.

Jurisprudencia del Poder Judicial.

Primer Pleno Casatorio Civil. Casación N° 1465-2007-Cajamarca.
 Materia: Indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual.
 Segundo Pleno Casatorio Civil. Casación N° 2229-2008-Lambayeque.
 Materia: Prescripción adquisitiva de dominio.
 Tercer Pleno Casatorio Civil. Casación N° 4664-2010-Puno.
 Materia: Divorcio por la causal de separación de hecho - indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado.
 Cuarto Pleno Casatorio Civil. Casación N° 2195-2011-Ucayali.
 Materia: Desalojo por ocupación precaria.
 Quinto Pleno Casatorio Civil. Casación N° 3189-2012-Lima Norte.
 Materia: Nulidad de Acto Jurídico.
 Sexto Pleno Casatorio Civil. Casación N° 2402-2012-Lambayeque.
 Materia: Ejecución de garantías.
 Séptimo Pleno Casatorio Civil. Casación N° 3671-2014-Lima.
 Materia: Tercería de propiedad.
 Octavo Pleno Casatorio Civil. Casación N° 3006-2015-Junín.
 Materia: Nulidad de acto jurídico.
 Noveno Pleno Casatorio Civil. Casación N° 4442-2015-Moquegua.
 Materia: Otorgamiento de escritura pública.
 Pleno Jurisdiccional Distrital en Materias Penal, Familia Civil y Laboral de la Corte Superior de Justicia de Cañete.
 Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Distrital Constitucional 2010. De la Corte Superior de Justicia de Lima, llevado a cabo los días 15 y 16 de Julio de 2010.
 Casación N° 1218-2016-Lima Norte. Desalojo por Ocupación Precaria.
 Casación N° 991-2016-Lima Sur.
 Sentencia Plenaria N° 01-2013/301-A.2-ACPP.
 Casación N° 2456-2016-Huánuco.
 Casación N° 659-2014-Puno
 R.N. N° 302-2012-Huancavelica.
 R.N. N° 1004-2005-Huancavelica.

Casación Nº 1673-2017-Nacional.

Acuerdo Plenario Nº 2-2005/CJ-116 Asunto: *Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado.*

Acuerdo Plenario Nº 2-2006/CJ-116 Asunto: combinación de leyes o unidad en la aplicación de las leyes.

Acuerdo Plenario Nº 3-2006/CJ-116. Asunto: Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información.

Acuerdo Plenario Nº 4-2006/CJ-116. Asunto: Cosa juzgada en relación al delito de asociación ilícita para delinquir.

Acuerdo Plenario Nº 5-2006/CJ-116. Asunto: Declaración de contumacia en la etapa de enjuiciamiento. Presupuestos materiales.

Acuerdo Plenario Nº 6-2006/CJ-116. Asunto: Reparación civil y delitos de peligro.

Acuerdo Plenario Nº 7-2006/CJ-116 Asunto: Cuestión previa e identificación del imputado.

Acuerdo Plenario Nº 1-2005/ESV-22. Determinación de principios jurisprudenciales. Asunto: Ejecutorias supremas vinculantes

10º. En consecuencia, constituyen precedentes vinculantes:

1º) Recurso de Nulidad Nº 224-2005.

2º) Recurso de Nulidad Nº 1091-2004.

3º) Recurso de Nulidad Nº 948-2005.

4º) Recurso de Nulidad Nº 1538-2005.

Plenos Jurisdiccionales Nacionales en materia Penal.

Pleno Nacional Penal 1997 (Lima).

Pleno Nacional Penal 1998 (Ica).

Pleno Nacional Penal 1999 (Iquitos).

Pleno Nacional Penal 2000 (Chiclayo).

Pleno Nacional Penal 2004 (Trujillo).

Pleno Nacional Penal 2008 (Lima).

Pleno Nacional Penal 2009 (Lima).

Pleno Nacional Penal 2012 (Arequipa) Conclusiones Plenarias.

Pleno Nacional Penal 2013 (Lima) Conclusiones Plenarias.

Pleno Nacional Penal 2013 (Ica) Conclusiones Plenarias.

Pleno Nacional Penal 2014 (Tumbes) Conclusiones Plenarias.

Pleno Nacional Penal 2015 (Chiclayo) Conclusiones Plenarias.

Pleno Nacional Penal 2016 (Cajamarca).

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal 2017.

Pleno Jurisdiccional Regional.

Pleno Jurisdiccional Regional Penal 2006 (Moquegua).

Plenos Jurisdiccionales Distritales.

Pleno Jurisdiccional Distrital Penal 2005 (Moquegua).

Pleno Jurisdiccional Distrital Penal 2013 (Lambayeque).

Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal 2017 (Ancash).

Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal 2013 (Lima Norte).

Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal y Civil de la Corte de Superior de Justicia de Apurímac 2015.

Primer Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal - Procesal Penal de la Corte Superior de Justicia de Pasco 2017.

Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal - Procesal Penal de la Corte Superior de Justicia de Tumbes 2017.

Pleno Jurisdiccional Penal y Procesal Penal del Distrito Judicial de Junín - 2017.

I Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Penal y Procesal Penal del Distrito Judicial de Huancavelica - 2017.

Sentencia Plenaria N° 01-2005/CJ-301-A. *Asunto:* Momento de la Consumación en delito de robo agravado.

Sentencia Plenaria N° 02-2005/DJ-301-A. *Asunto:* Sustitución de penas por retroactividad benigna. La aplicación de la Ley N.º 28002.

Sentencia Plenaria N° 01-2013/301-A.2-ACPP. *Asunto:* Determinación del plazo de fundamentación del recurso impugnatorio. Unificación jurisprudencial sobre el plazo para fundamentar el recurso de nulidad.

Sentencia Plenaria N° 01-2015/301-A.2-ACPP. *Asunto:* Los magistrados que emitieron decisión previa, en apariencia, no se hallan en condición de imparcialidad.

Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CJ-433. *Asunto:* Alcances del delito de Lavado de Activos: Artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el decreto legislativo N° 1249; y, *estándar* de prueba para su persecución procesal y condena.

Cas. N° 2725-2002-Jaén.

Cas. N° 2990-2002-Cono Norte.

Cas. N° 932-97-Cono Norte Lima.

Cas. N° 353-T-97-La Libertad.

Casación N° 1672-2017-Puno.

Extradición Pasiva N° 23-2016-Lima. Caso Manuel Burga.

Casación N° 250-2018- Ucayali.

R.N. N° 1500-2006-Piura.

R.N. N° 1920-2006-Piura.

Casación N° 50-2018-Lima.

Corte Suprema ha expedido el I Pleno Jurisdiccional en Materia Constitucional y Contencioso Administrativa.

Conclusiones del Tema I del Pleno Jurisdiccional Distrital Constitucional 2010.

Corte Superior de Justicia de Lima. Lima, 15 y 16 de Julio de 2010.

R.N. N° 273-2018-Huánuco.

ANEXOS.

ENCUESTA.

TRABAJO DE CAMPO PARA OBTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. ENCUESTA APLICADA EN LAS FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES CORPORATIVAS DE LAMBAYEQUE.

Tema de Tesis: "Vulneración del derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica por aplicación retroactiva del precedente constitucional vinculante."

INSTRUCCIONES:

- 1.- Lea detenidamente las preguntas que a continuación se le formulan.
- 2.- La presente encuesta es totalmente anónima.
- 3.- Deje los espacios en blanco si no comprende la pregunta.
- 4.- Sea sincero(a) con sus respuestas.

1.- El derecho al derecho al procedimiento preestablecido por la ley, implica que no se alteren las reglas procedimentales, es decir cuando se incoa un proceso constitucional, se entiende que con las mismas reglas que se inició un proceso con las mismas reglas debe concluir el mismo. Marque con un aspa.

SI

NO

2.- El valor seguridad jurídica, es una aspiración del sistema que consiste en brindar predictibilidad, confianza legítima, en que los derechos serán garantizados y ejecutados en sus propios términos, sin embargo estas reglas no son aplicables cuando se trata de los precedentes constitucionales vinculantes, usted se encuentra de acuerdo con esta afirmación. Marque con un aspa.

SI

NO

3.- Según el artículo 103° de la Constitución: *La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.* Se puede aplicar dicha restricción (la no retroactividad desfavorable) de manera análoga a los Precedentes Constitucionales Vinculantes. Marque con un aspa.

SI

NO

4.- La jurisprudencia, al igual que la legislación, también constituye fuente principal del derecho y por lo tanto en nuestro ordenamiento jurídico, tiene valor normativo (fuente productora de normas). Marque con un aspa.

SI

NO

5.- Considera usted que no se le puede extender a la jurisprudencia, las mismas restricciones que existe para la legislación, una de ellas es *la no retroactividad de los desfavorable*, todo ello porque son fuentes distintas, usted se encuentra de acuerdo con este argumento. Marque con un aspa.

SI

NO

6.- ¿Existe alguna restricción legal o jurisprudencial que le prohíba al Tribunal Constitucional Peruano, aplicar a los cambios de precedentes constitucionales vinculantes a los procesos en trámite, en todas las direcciones temporales que sea posible (ultraactiva, inmediata, retroactiva y diferida). Marque con un aspa.

SI

NO

7.- El Tribunal Constitucional Peruano, ha invocado el Principio de Autonomía procesal constitucional como argumento, para aplicar el precedente constitucional vinculante en todas las direcciones temporales que se le ocurra, usted se encuentra de acuerdo con esta posición. Marque con un aspa.

SI

NO

8.- Considera que el problema de la retroactividad procesal se da en todas las especialidades del derecho (Civil, Penal, Constitucional, Laboral, etc). Marque con un aspa.

SI

NO

9.- Se encuentra de acuerdo con la siguiente regla propuesta: Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose de sus precedentes, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. La nueva interpretación no podrá aplicarse retroactivamente, salvo que fuera más favorable. Usted se encuentra de acuerdo. Marque con un aspa.

SI

NO

10.- Cuando el Tribunal Constitucional Peruano, cambia de reglas imponiendo cargas y gravámenes que no existían anteriormente incluso para los procesos que se encuentran en trámite ¿Considera usted que dicho proceder vulnera derecho al procedimiento preestablecido por la ley y la seguridad jurídica? Marque con un aspa.

SI

NO