

# GACETA

## CONSTITUCIONAL

---

### & PROCESAL CONSTITUCIONAL

#### DIRECTORES

Domingo García Belaunde  
Víctor García Toma  
Samuel B. Abad Yupanqui

TOMO 131 / NOVIEMBRE 2018

*Especial*

## Hábeas data: Nuevas tendencias jurisprudenciales

Incorporación de terceros en el proceso de inconstitucionalidad

Interposición del recurso de queja en sede penal

Desafiliación de AFP por causal de información insuficiente

Derechos fundamentales de los residentes morosos ante la junta de propietarios

*Dossier*

## Reforma del Código Procesal Constitucional

Amparo contra resoluciones judiciales y normas

Actuación inmediata de sentencia y medidas cautelares

Vía igualmente satisfactoria al amparo y rechazo del RAC

La doctrina jurisprudencial y el precedente constitucional vinculante

**GACETA**  
JURIDICA

25 AÑOS DE LIDERAZGO



## Longevidad vinculantes

### Artículo VII Constitucional\*

ISSON NIETO\*\*

encia obligatoria,  
acar el de no ser  
n previsorio por  
ciones que regu-  
tas que se necesi-  
tucional, las re-

RESUMEN

orma, es la interpre-  
zar la justicia al caso  
en la noble práctica de  
de auctoritas, de esa  
conocida que son los  
decisiones debe ser  
ción previsorio de sus  
mo constitucional, es  
precisamente ha con-  
ante de los derechos  
ador en sentido posi-  
dentes de observancia

es multidisciplinario de la  
2011, pp. 35-43.  
ción Europea) y profesor

ETA CONSTITUCIONAL

obligatoria para los operadores judiciales (conocidos como los precedentes vinculantes); sin embargo, dado que los precedentes son de origen anglosajón y, por tanto, judicialista, debemos recordar que deben ser pocos y longevos, y que las resoluciones judiciales son “prudencia del derecho” (jurisprudencia).

En el presente trabajo, luego de una introducción teórica en torno a los precedentes, la jurisprudencia vinculante, así como las reglas para cambiar un precedente y sus pautas interpretativas, nos detendremos en el anteproyecto de reforma al Código Procesal Constitucional (en adelante CPC), publicado el 4 de setiembre de 2018, que ha planteado, entre sus principales propuestas de modificación, la necesidad de exigir no menos de cinco votos conformes para poder crear o cambiar un precedente vinculante del Tribunal Constitucional<sup>1</sup>.

## II. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE

El artículo VII del CPC establece que “[l]as 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”. En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional define a los precedentes vinculantes como “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que

“La propuesta de modificación se inspira en la voluntad del legislador de afirmar las decisiones que el TC debe realizar al momento de decidir crear o cambiar el contenido de un precedente.”

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<sup>2</sup>. A diferencia del precedente, la jurisprudencia

vinculante no la sujeta de un modo tan claro como la primera, pues será el juez quien determine los fundamentos a considerar en su fallo proveniente de una resolución anterior.

El precedente constitucional es la regla jurídica establecida expresamente por el Tribunal Constitucional que tiene la capacidad de convertirse en un parámetro normativo para los órganos judiciales y que por eso tiene efectos generales. En cambio, si bien la jurisprudencia constitucional también vincula a los jueces, son ellos los que, prudentemente, adecuarán los fundamentos de aquellas resoluciones del Tribunal Constitucional que sean aplicables al caso concreto, con lo cual nos encontramos con una diferencia en cuanto a la forma y efectos jurídicos.

### A. Las reglas para cambiar un precedente

Si el Tribunal Constitucional considera necesario apartarse de la doctrina constitucional precedente en sus resoluciones, puede hacerlo acciéndose a la técnica del *overruling* o cambio

- 1 Entre otras propuestas de modificación destacamos: 1) la incorporación de la urgencia en el listado de principios del Título Preliminar; 2) la obligación de observar los principios de interpretación *in favor processum* y *pro personae* en las distintas actuaciones de los procesos constitucionales; 3) en caso de improcedencia en virtud del artículo 5.2 del CPC, el juez o Tribunal Constitucional deberá precisar cuál es la vía igualmente satisfactoria a la que deberá acudir el litigante; y 5) la legitimación activa de la persona jurídica en el hábeas data.
- 2 Cfr. Exp. N° 00024-2003-AI/TC (primera consideración previa). Sobre los efectos del precedente vinculante constitucional, consideramos que ellos se equiparán a los de una norma constitucional que a los de una ley, pues dichos precedentes son considerados como normas constitucionales adscritas, es decir, como normas de desarrollo constitucional gracias a la llamada jurisprudencia legislativa del Tribunal Constitucional.

de precedente. De esta manera, el Tribunal no se queda vinculado, "atado", por su propia jurisprudencia, sino que puede cambiarla en la medida que pueda argumentar esa necesidad, por tanto, no se trata de una medida arbitraria. Se trata de una "recreación" del contenido de la Constitución, pues al cambiar el precedente vinculante, como norma de desarrollo constitucional, se produce una especie de enmienda al texto constitucional. Si la doctrina negara esa posibilidad, equivaldría a poner en duda el carácter de máximo intérprete de la Constitución. En el Derecho estadounidense, por ejemplo, la regla del *stare decisis* posee una gran relevancia. El Tribunal Supremo es libre de separarse de sus propios precedentes vinculantes, como sostuvo uno de sus magistrados defensores, Louis Brandeis, nombrado juez del Tribunal Supremo en 1916, en una conocida *dissenting opinion*.

La reflexión del juez Brandeis se convirtió en la justificación de un importante número de casos en los que el Tribunal Supremo norteamericano decidió otro rumbo constitucional<sup>3</sup>. Sin embargo, la facultad para poder aplicar el llamado *overruling* sólo se sustenta bajo una especial justificación<sup>4</sup>; por eso, cuando se investiga en torno al precedente en su ámbito natural (*Case Law*), el sistema que lo alberga es el resultado de un diálogo entre el Tribunal competente para crear los precedentes y los demás órganos judiciales que están sujetos a su vinculación y que deben aplicar esas reglas jurídicas. De acuerdo con lo anterior, una

**Nuestro TC todavía se encuentra en un proceso de evolución, pues, a través de los años, ha pasado de ser un legislador negativo a uno de carácter positivo gracias a la interpretación constitucional.**

vez trasplantada la institución de origen anglosajón al Tribunal Constitucional peruano, el CPC estableció las reglas tanto para el apartamiento como para la sustitución de un precedente vinculante. En primer lugar, se debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la decisión de cambiar la regla jurídica; segundo, también expresar la razón declarativa y teleológica, *ratio decidendi*, e invocación preceptiva en que se sustenta su decisión; y, tercero, la determinación de sus efectos en el tiempo<sup>5</sup>; a pesar de ello, con el tiempo, la necesidad de regular el número de votos mínimo para su creación o cambio se iría manifestando con el tiempo, pues la velocidad del nacimiento, cambio o anulación del precedente en algunos casos fue producto de un poco de reflexión respecto a sus consecuencias jurídicas en el futuro.

El Tribunal Constitucional, por medio de sus sentencias, puede disponer de manera excepcional la aplicación del precedente vinculante para que cambie o sustituya uno anterior y para que rija de manera diferida en razón a la seguridad jurídica. El llamado *prospective overruling*, entonces, es una técnica que se propone no afectar en modo brusco la vinculación al precedente anterior, sino más bien propiciar un periodo de adecuación al nuevo precedente constitucional<sup>6</sup>. Finalmente, si desde un punto de vista formal el precedente vinculante es lo que el Tribunal establece expresamente en sus sentencias, debemos reafirmar la voluntad del máximo intérprete de la Constitución para

que este instituto sea útil y bajo determinados límites las razones suficientes, por lo que con la solución del caso, so- lo precedente vinculante; y c- imponer como precedent como vinculante cuando la titucional admite otras op

### B. Las pautas int- tener en cuenta p- un precedente

En el caso de las llama- cionales, el papel creativo cional se acentúa dado qu- de administrar justicia, t- una norma faltante media- una regla jurídica. Una h- Tribunal actuará como un- tituyente suplente". El T- concretar continuos ejerci- de la Constitución, tanto- vos contextos de vida com- las creencias sociales, por- expresar la razón suficien- voluntad de creación o can- Esa misión de adaptación- a las nuevas realidades fu- el juez Marshall en 1823 (c- Maryland), tras señalar q- está destinada a perdurar- y que, por consiguiente, tie- las diferentes crisis de los-

3 El presidente Woodrow Wilson nombró a Louis Dembitz Brandeis como magistrado de la Corte Suprema norteamericana y ejerció el cargo desde el 5 de junio de 1916 hasta el 13 de febrero de 1939.

4 Véase FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "Los *overruling* de la jurisprudencia constitucional". En: *Foro*, nueva época, N° 3, 2006, pp. 28-29.

5 Véase el Exp. N° 00024-2003-AI/TC.

6 Ídem.

7 "En derecho comparado, una que en su versión sajona se- d cambio de orientación jurí- ción a hechos verificados en "Overruling o revocación de 6. Universidad de Piura, Les-

8 De acuerdo con Sagüés, la- rador detecta (descubre, par- segundo, confronta su "prod- ficar las consecuencias" o "m- la norma constitucional, y q- la desvaliosidad del prod- interpretativo adecuado"; c- Buenos Aires, 1998, p. 59.

que este instituto sea utilizado con prudencia y bajo determinados límites; por ejemplo, que las razones suficientes, por su relación directa con la solución del caso, solo sean materia de un precedente vinculante; y el impedimento para imponer como precedente una regla jurídica como vinculante cuando la interpretación constitucional admite otras opciones de solución<sup>7</sup>.

### **B. Las pautas interpretativas a tener en cuenta para el cambio de un precedente**

En el caso de las llamadas lagunas constitucionales, el papel creativo del juez constitucional se acentúa dado que, al no poder dejar de administrar justicia, tendrá que elaborar una norma faltante mediante la creación de una regla jurídica. Una hipótesis es la que el Tribunal actuará como una especie de “constituyente suplente”. El Tribunal tendrá que concretar continuos ejercicios de adaptación de la Constitución, tanto respecto a los nuevos contextos de vida como a la variación de las creencias sociales, por eso la necesidad de expresar la razón suficiente que sustenta la voluntad de creación o cambio de precedente. Esa misión de adaptación de la Carta Magna a las nuevas realidades fue anunciada ya por el juez Marshall en 1823 (caso *McCulloch vs. Maryland*), tras señalar que la Constitución está destinada a perdurar en las eras futuras, y que, por consiguiente, tiene que adaptarse a las diferentes crisis de los asuntos humanos.

La interpretación constitucional que crea, modifica o cambia un precedente vinculante no puede ser imprevisora<sup>8</sup>; pero aparte de todo lo dicho, el indudable contenido político de toda interpretación tiene el límite de hacer prevalecer la supremacía constitucional; un oficio que tiene un doble cometido, ya que no solo consiste en tutelar la supremacía normativa, sino también la supremacía ideológica, ya que las sentencias del juez deben afirmar principios, valores, así como reprimir los llamados “contrabandos ideológicos” que puedan perpetrar los poderes constituidos.

### **III. HACIA LA CONSERVACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE. LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO SÉTIMO DEL TÍTULO PRELIMINAR**

Llegados a este punto, la redacción y contenido del artículo sétimo del Título Preliminar del CPC establece que “[l]as sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la cosa juzgada constituyen en 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 modificación propuesta con la creación de un segundo párrafo busca dotar de longevidad a los precedentes añadiendo que

7 “En derecho comparado, una técnica semejante, destinada a anunciar la variación futura de la jurisprudencia, es lo que en su versión sajona se denomina *prospective overruling*, es decir, ‘un mecanismo en base al cual cualquier cambio de orientación jurisprudencial (*overruling*) no adquiere eficacia para el caso decidido, sino solo en relación a hechos verificados con posterioridad al nuevo precedente sentado en el *overruling*’; cfr. DUMET, David, “*Overruling* o revocación de precedente vinculante por el Tribunal Constitucional”. En: *Revista de Derecho*, vol. 6, Universidad de Piura, Lima, 2005, pp. 283-284.

8 De acuerdo con Sagüés, la interpretación previsoría presenta dos momentos, “[e]n el primero, el intérprete-operador detecta (descubre, prefiere, inventa, adapta, etc.) la norma constitucional con la que decide el caso. En el segundo, confronta su ‘producto interpretativo’ con la dimensión existencial o fáctica del derecho, a fin de ‘verificar las consecuencias’ o ‘medir los resultados’. Si el test sale exitoso, continúa el proceso de funcionamiento de la norma constitucional, y aplica el producto interpretativo descubierto o elaborado. Pero si el test es negativo por la desvaliosidad del producto, el juez del caso deberá recomenzar su tarea exegética hasta encontrar un producto interpretativo adecuado”; cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 39.

"[e]n ambos casos, será necesario que la causa sea vista por el Pleno del Tribunal. La decisión debe adoptarse cuando menos con cinco votos conformes y ser estipulada en forma clara y precisa en la parte resolutive de la sentencia"; para finalizar, la misma reforma añade que "[e]n los demás casos, la jurisprudencia ordinaria del

Tribunal Constitucional orienta a los jueces en su interpretación de la Constitución, de las leyes y de los reglamentos"<sup>9</sup>, una disposición que recuerda la principal consecuencia de su condición como máximo intérprete al procurar la unidad y coherencia interna en las fuentes jurídico-constitucionales.

La propuesta de modificación se inspira en la voluntad del legislador de afirmar las decisiones que el máximo intérprete de la constitucionalidad debe realizar al momento de decidir crear o cambiar el contenido de un precedente vinculante. La experiencia local ha evidenciado ciertas marchas y contramarchas del colegiado respecto al nacimiento y vigencia, una tendencia que suele producirse cuando cambia la composición de los miembros del Tribunal que, de no tener cuidado, podría terminar afectando la seguridad jurídica y la predictibilidad del sistema de justicia.

Un claro ejemplo que explica la propuesta de reforma se encuentra en la decisión del Tribunal para dejar sin efecto el precedente establecido en el caso Salazar Yarlenque contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior

**El trabajo desplegado por los distintos plenos que ha tenido el TC debe ser un legado al siguiente, que solo debe cambiar sus criterios interpretativos cuando se encuentren con circunstancias que sean nuevas.**

de Justicia de Lima, que permitía a los tribunales y órganos colegiados de la administración pública, de carácter nacional, la atribución para inaplicar normas que consideren contrarias a la Constitución peruana<sup>10</sup>. La resolución del Exp. N° 04293-2012-PA/TC dejó sin efecto el precedente vinculante. Las razones de fondo del colegiado para

dejar sin efecto el llamado control difuso administrativo se resumen con dos argumentos. El primero que señala que la atribución a un órgano administrativo del Gobierno para controlar la constitucionalidad de las normas emitidas por el Congreso es una suerte de "revisión administrativa de la constitucionalidad de las leyes" que terminaría por afectar el principio de separación de poderes y, segundo, la naturaleza de la jurisdicción constitucional prevista en el Derecho Constitucional peruano (control concentrado y control difuso) es un sistema dual reservado para los órganos que cumplen una función jurisdiccional, comisionada por el poder constituyente, pero no para ser ejercida por otros órganos que cumplen competencias claramente administrativas.

A semejanza de un organismo vivo, el Tribunal Constitucional peruano todavía se encuentra en un proceso de evolución, pues, a través de los años, ha pasado de ser un legislador negativo, previsto por la Carta de 1993, a uno de carácter positivo gracias a la interpretación constitucional, especialmente por sus tipos de sentencias y los precedentes vinculantes<sup>11</sup>. Las

reformas del anteproyecto tienden a denominar al COTI como "Tribunal de Concepción Inicial de un Tribunal de Justicia", a un "órgano de Concepción Inicial de un Tribunal de Justicia" a través de sus sentencias, lo que refleja la necesidad de mantener la firmeza de sus decisiones.

El Tribunal Constitucional es una institución joven en nuestro sistema político toda vez que por medio de sus resoluciones en un sistema político toda vez que pero debe tener el cuidado de mantener la estabilidad política, social y económica. Por eso, nos encontramos con una institución constitucional que desea ser más progresivamente, por medio de sus resoluciones que deben ser más adecuadas para la salud, armonía y equilibrio del sistema jurídico y político como sabemos, los jueces son el medio de sus resoluciones, por lo que su exclusivo medio de comunicación es el contenido de sus resoluciones. El trabajo del Tribunal debe ser un equilibrio institucional que se mantenga en el tiempo. El trabajo del Tribunal debe ser un legado a los distintos plenos que ha tenido.

<sup>9</sup> Cabe decir que el anteproyecto de reforma ha corrido la numeración de algunos artículos del Código, pasando la citada disposición del artículo siete al ocho de su Título Preliminar.

<sup>10</sup> Véase el Exp. N° 03741-2004-AA/TC, sentencia y aclaración, del año 2006.

<sup>11</sup> Se trata de una evolución que no es ajena a los países del primer mundo, como nos explica el profesor Pereira para el caso del Tribunal Constitucional alemán, "[e]n la pérdida de protagonismo del legislativo —que en Alemania nunca había sido tanto como la Cámara de los Comunes en el siglo XIX—, el incremento del poder del ejecutivo

12 Véase HAKANSSON, Carlos, "El papel neutro del Presidente de la Corte Suprema y la garantía de independencia de los principales contrapesos del Poder Judicial", en PEREIRA MENAUT, Antonio (ed.), *El Poder Judicial en Chile*, Santiago de Compostela, 2007.

reformas del anteproyecto tienen como común denominador preparar al CPC, surgido bajo la concepción inicial de un Tribunal de “legislación negativa”, a un órgano de “legislación positiva” a través de sus sentencias, reforzando la necesidad de mantener la unidad y la firmeza de sus decisiones.

El Tribunal Constitucional peruano es una institución joven en nuestro país, que busca por medio de sus resoluciones ganar espacio en un sistema político todavía en formación, pero debe tener el cuidado de no afectar la estabilidad política, social y económica. Por eso, nos encontramos con una jurisdicción constitucional que desea consolidarse, progresivamente, por medio de sentencias interpretativas que deben ser siempre previsoras para la salud, armonía y estabilidad de todo el sistema jurídico y político<sup>12</sup>. Finalmente, como sabemos, los jueces se pronuncian a través de sus sentencias, por eso, al tratarse de su exclusivo medio de comunicación, el contenido de sus resoluciones debe mantener el equilibrio institucional guardando la coherencia en el tiempo. El trabajo desplegado por los distintos plenos que ha tenido el Tribunal

Constitucional debe ser un legado al siguiente, que solo debe cambiar sus criterios interpretativos cuando se encuentren con circunstancias que sean nuevas y que, para poder atenderlas adecuada y razonablemente, solo sea posible mediante un cambio de la línea jurisprudencial, siempre respetuosa y defensora de las libertades.

Los precedentes, lo mencionamos varias veces, deben ser pocos y longevos, la modificación propuesta contiene esa finalidad, una clara mayoría de magistrados para acordar la creación, cambio y anulación de efectos de una regla jurídica y sus normas constitucionales adscriptas. Es bueno recordar que una garantía que poseen los magistrados de la Corte Suprema estadounidense es que son nombrados para ejercer un cargo vitalicio, un modo de preservar una unidad de criterio que solo puede cambiar con el paso del tiempo, pero siempre bajo circunstancias concretas y objetivas. En efecto, si sus criterios de interpretación se mantienen vigentes por mucho tiempo, debe ser cierta la frase con la que sus magistrados son reconocidos en el mundo judicial anglosajón: rara vez dimiten y nunca mueren.

y el papel neutro del Presidente de la República, el Tribunal Constitucional se convirtió en el defensor de la Constitución y garantía de equilibrio entre los diferentes órganos constitucionales. En la práctica es, por tanto, uno de los principales contrapesos al excesivo protagonismo del Canciller (el otro son los *Länder* y el *Bundesrat*”); cfr. PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*. Tórculo, Santiago de Compostela, 2003, p. 102.

12 Véase HAKANSSON, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*. 2ª edición. Palestra, Lima, 2012, p. 375.