

A CTUALIDAD JURIDICA

INFORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA ABOGADOS Y JUECES

Especial

LOS ALCANCES Y LÍMITES DE LA NULIDAD JUDICIAL

EN ESTE NÚMERO ESCRIBEN
53 AUTORES
ENTRE OTROS:

Juan Espinoza Espinoza
Oswaldo Hundskopf Exebio
César Ochoa Cardich
Jorge Luis Picón Gonzales
Rómulo Morales Hervias
Günther Gonzales Barrón
Pedro P. Grández Castro
Jairo Cieza Mora
Juan García Montúfar

TOMO 219
FEBRERO 2012

La admisión de la *reformatio in peius* en contra del apelante en los procesos que involucran a menores de edad

¿En el divorcio por separación de hecho procede alegar la culpa de los cónyuges?

Hay que desbloquear el bloqueo registral

La responsabilidad civil de los médicos en el ordenamiento jurídico peruano

La legítima defensa como causa de justificación

El delito de feminicidio. A propósito de su incorporación en el Código Penal peruano

El amparo como mecanismo de tutela de los postulantes al cargo de fiscal supremo

Solución de controversias durante la ejecución contractual del proceso de contratación pública

La multifuncionalidad del denominado "interés social" y sus implicancias legales

ISSN 1812-9552



GACETA
JURIDICA



La raíz del llamado estado de cosas inconstitucional

Carlos HAKANSSON NIETO*

SUMARIO

I. ¿Qué se entiende por estado de cosas inconstitucional? II. La posición constitucional de los jueces en el Reino Unido. III. La posición constitucional de los jueces en los Estados Unidos de América. IV. La posición constitucional de los jueces en el sistema continental clásico. V. Los tipos de sentencias expedidos por los jueces constitucionales. VI. El precedente constitucional y la jurisprudencia vinculante. VII. El estado de cosas inconstitucional y sus riesgos en la jurisprudencia.

I. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL?

Se trata de una institución reconocida en 1997 por la Corte Constitucional de Colombia, de utilidad para las decisiones judiciales con carácter vinculante. La declaración de estado de cosas inconstitucional tiene la finalidad de exhortar a uno o más órganos públicos para que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión violatoria de derechos fundamentales, la cual repercute en personas ajenas al proceso constitucional que origina la misma declaración¹. En otras palabras, si una persona se siente afectada en sus derechos constitucionales y su máximo intérprete declara el estado de cosas inconstitucional por una vulneración manifiesta de uno o más derechos fundamentales, es posible que otra persona, en similar situación, se apersona al proceso, pese a no ser parte, y solicitar la ejecución del fallo también a su favor, dado que su derecho ha sido trasgredido, en modo similar, al del primer afectado.

Al principio hemos mencionado que se trata de una institución recogida por la judicatura colombiana; no obstante, ¿debemos considerarla como un aporte del constitucionalismo iberoamericano?, o se trata más bien de una

En el presente artículo el autor evalúa analíticamente la figura del estado de cosas inconstitucional, desarrollando sus raíces, sus características y similitudes con el precedente constitucional vinculante. Asimismo, identifica los diversos problemas que surgen en la aplicación del estado de cosas inconstitucional por parte del juez constitucional.

TEMA RELEVANTE

consecuencia del carácter vinculante de las decisiones judiciales; por tanto, más cercana al pensamiento anglosajón que europeo continental clásico. A continuación haremos un repaso a los rasgos principales en torno a la posición constitucional de los jueces en el Reino Unido, Estados Unidos de América y Europa continental, los tipos de sentencias y su carácter vinculante para aproximarnos a la raíz del llamado estado de cosas inconstitucional.

II. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS JUECES EN EL REINO UNIDO

La función constitucional que ejercen los jueces en el Reino Unido no ha sido la esperada en el país que dio nacimiento al constitucionalismo, las razones no se hacen esperar. En primer lugar, debemos recordar que desde fines de la Edad Moderna el Parlamento de Westminster es supremo, incluso al propio Derecho Constitucional inglés, por eso los jueces no pueden ejercer la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes². El juez en el Reino Unido también

* Doctor en Derecho (Universidad de Navarra). Profesor de Derecho Constitucional (Universidad de Piura), Titular de la Cátedra Jean Monnet en Derecho Comunitario Europeo (Comisión Europea), <www.carloshakansson.wordpress.com>.

¹ Véase el STC Exp. N° 02579-2003-HD/TC.

² "El Parlamento es soberano, estando (en teoría) por encima de la propia Constitución y, por descontento, de los jueces: *Parliamentum omnia potest*. No fue así hasta el siglo XVIII. Anteriormente se entendía que sus leyes no estaban por encima del *Common Law*. Pero este fue el fruto de la recepción de la teoría de la soberanía, aun adaptada al uso británico y no estatista que la redujo a supremacía de un órgano sobre los demás en vez de soberanía estatal en su sentido pleno. Por ello,

goza de ciertas peculiaridades, a saber, son judicialistas, no interfieren en la política guardando un perfil más bien bajo, mantienen las buenas formas con los legisladores, caracterizándose por un menor activismo judicial si los comparamos con el modelo norteamericano. No se discute que los jueces británicos han tenido un destacable papel constitucional pero en menor medida que los estadounidenses. Al respecto, podemos resaltar las resoluciones del siglo XVII que defendieron el *Common Law* frente a la teoría absolutista; también debemos resaltar las soluciones que han brindado en materia constitucional en temas tan variados como la prerrogativa regia, los tributos, derechos humanos, la ley marcial hasta la responsabilidad de la Corona³. Los jueces ingleses se declaran sometidos a la ley del Parlamento y los precedentes judiciales, pero, en la práctica, son los verdaderos creadores de Derecho. Se trata de jueces que argumentan y opinan basándose en el sentido común y la justicia natural⁴. Una vez nombrados, los jueces británicos conservan su cargo hasta los setenta y cinco años mientras se comporten bien (*quandiu se bene gesserint*); su inamovilidad es una conquista de la Ley de Establecimiento (*Act of Settlement* de 1700)⁵. En resumen, son los creadores del Derecho Constitucional que conocemos, al punto, que es válida la siguiente analogía: el Derecho Romano es al Derecho Civil como el inglés al constitucional; es decir, que fueron los primeros jueces en distinguir lo constitucional de lo inconstitucional.

III. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS JUECES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En el clásico libro norteamericano, *El Federalista*, se puede advertir la posición de la judicatura al momento que la Convención redactó la Constitución norteamericana (1787)⁶. Al respecto, Hamilton decía que "[q]uien considere con atención los distintos departamentos del poder percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El Ejecutivo no solo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El legislativo no solo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El judicial, en cambio, no influye ni sobre las

armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos"⁷. Hamilton añade que "el departamento judicial es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder; que nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos, y que son precisas toda suerte de precauciones para capacitarlo a fin de que pueda defenderse de los ataques de aquellos"⁸. Una argumentación que fundamenta la necesidad de dotar a los jueces de las garantías de independencia e inamovilidad para poder interpretar la Constitución y administrar justicia, como tradicionalmente venían rigiendo en el Derecho británico.

La posición constitucional de los jueces en el Reino y los Estados Unidos tiene notables diferencias; la razón se debe, en primer lugar, a que los norteamericanos son un Estado federal y los conflictos surgidos entre los Estados miembros con el Estado central deberán ser resueltos por un tercero imparcial previsto en la propia Constitución de 1787: la Corte Suprema Federal. En segundo lugar, los jueces norteamericanos también pueden observar la constitucionalidad de una norma e inaplicarla si consideran que vulnera el contenido de la Carta de 1787; en el mismo sentido, los jueces de la Corte Suprema mediante la *judicial review* podrían inaplicar la norma prohibiendo su observancia a los órganos judiciales inferiores (*stare decisis*). Y, en tercer lugar, nos encontramos ante un texto codificado y rígido, a diferencia del modelo británico que es más bien no codificado y flexible. Debemos recordar que la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes no se incorporó al texto de la Constitución norteamericana, sino que fue producto de la interpretación de los jueces; sin embargo, debemos destacar que sí fue considerada durante los debates de la Convención y su planteamiento y justificación también se encuentra recogida en *El Federalista*⁹.

La revisión judicial de la constitucionalidad de las normas fue de origen norteamericano (*Marbury versus Madison* 1803), la cual no se encuentra exenta de ciertas reglas que deberían tomarse en cuenta por los operadores judiciales en cualquier ordenamiento constitucional; podemos citar algunas de ellas que consideramos de especial importancia. Para comenzar, la Corte Suprema norteamericana no

la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes no es posible"; cfr. PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *Lecciones de Teoría Constitucional*. Segunda edición, Colex, Madrid, 2006, p. 253.

3 Véase, PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *Lecciones de Teoría Constitucional*. Colex, Madrid, 1997, p. 253.

4 Véase, PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *El ejemplo constitucional de Inglaterra*. Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 240.

5 *Ibidem*, p. 246.

6 "El *Federalista* es, ante todo, un comentario de la Constitución de los Estados Unidos de América. Se trata de un comentario contemporáneo, que si no llega a ser una exposición de motivos oficial o una interpretación auténtica, en cambio, deriva una gran autoridad del hecho de que dos de los autores habían participado en la convención, terciando en los debates y escuchado las objeciones presentadas contra cada artículo, y que habían salido de ella con notas y memorias repletas precisamente de la clase de información necesaria para la tarea que emprendieron"; cfr. HAMILTON, A.; MADISON, J. y JAY, J. *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 10.

7 *Ibidem*, pp. 330 y 331.

8 *Ibidem*, p. 331.

9 Las opiniones de Hamilton en *El Federalista* sobre la judicatura y su posición constitucional son dignas de resaltar cuando sostiene que "[u]na Constitución es de hecho una ley funcional y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurre que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios"; cfr. *Ibidem*, p. 332.

admitirá ninguna reclamación sobre la presunta inconstitucionalidad de una norma mientras no considere que tiene los fundamentos necesarios para ser considerada como un caso o controversia judicial, que además tenga la debida legitimación procesal, que verse sobre temas jurídicos y no solo de hechos (pues la revisión judicial versará sobre materia legal) y, finalmente, que no haya sido conocida por los tribunales inferiores.

Con relación al contenido de la demanda, Abraham recuerda algunas pautas para tener en cuenta, por ejemplo, que la parte agraviada debe argumentar que la norma le ocasiona un grave perjuicio a sus derechos, por tanto, no deberá invocar o probarse durante el proceso que la misma norma lo ha beneficiado o que fueron consentidos por el mismo demandante. El mismo autor destaca que la Corte Suprema norteamericana no se aferra a sus precedentes, es decir, los conserva pero en ocasiones puede apartarse de ellos según las especiales circunstancias¹⁰; tampoco se pronuncia sobre cuestiones políticas¹¹, tiene la actitud de presumir la constitucionalidad de las normas cuestionadas, no imputa motivos ilegales a los legisladores; además, si considera que debe mantener una ley aparentemente inconstitucional, tratará de restringir el ámbito inconstitucional de dicha ley. Finalmente, Abraham considera que la Corte Suprema norteamericana "no ha sido creada para servir de control a legisladores ineptos, poco cultos, emotivos y no representativos", pues la incompetencia de los legisladores en temas políticos no es asunto de la Corte; se trata más bien de un problema del electorado¹². Una característica de los jueces anglosajones es la tradición de dejar por escrito sus experiencias durante su ejercicio profesional, especialmente como magistrado de la Corte Suprema¹³. En los Estados Unidos de América se considera esta tradición como si fuese casi un género literario; una costumbre que no ha sido seguida, salvo excepciones, por los jueces formados en la escuela europea continental¹⁴. En resumen, el Derecho Constitucional estadounidense no nació *ex novo*, se apoya en la tradición

anglosajona, los epígrafes separados en este trabajo son solo para distinguir sus matices; tengamos en cuenta que la *judicial review*, hasta la fecha, no es parte formal de la Constitución de 1787, ni de ninguna enmienda, se aplica como una institución más, pero surgida de la jurisprudencia, como hoy en día se reconoce el llamado estado de cosas inconstitucional.

IV. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS JUECES EN EL SISTEMA CONTINENTAL CLÁSICO

En el siglo XVIII la judicatura en Europa continental se caracterizó por ser una institución pasiva, sometida a la ley como expresión de la voluntad popular y al tribunal de casación que garantizaba la legalidad en la aplicación de la norma. Era una concepción legalista del mundo jurídico formado por leyes y jueces, donde los magistrados estaban sometidos a una rigidez normativa. En Francia, después de la Revolución de 1789, se difundieron las Constituciones en Europa pero atribuyendo una escasa función a los jueces. Los magistrados no intervenían en asuntos constitucionales y las Cartas Magnas no podían ser alegadas en los tribunales¹⁵. En el siglo XIX, la mayoría de los rasgos de

las constituciones iberoamericanas estuvieron más cerca de la influencia gala que anglosajona, por lo tanto, se difundió en Iberoamérica la imagen de la judicatura francesa de finales del siglo XVIII. La jurisprudencia no era concebida como fuente del Derecho y se prohibió a los jueces la facultad de interpretar las leyes, pese a que en la práctica se interpretaban¹⁶. Por eso, mientras que la Constitución norteamericana, y su *Bill of Rights*, era aplicado por la judicatura en sus sentencias, la Constitución francesa y su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, era más bien un documento declarativo, aunque influyente ideológicamente. En ese sentido, como dijo Jellinek sobre la Constitución de 1787: "sin América, sin las constituciones de los Estados tendríamos, tal vez, una filosofía de la libertad, pero jamás una legislación que garantice la libertad"¹⁷.

“[E]l estado de cosas inconstitucional supone un precedente de carácter vinculante, es decir, que siempre estará comprendido bajo los alcances y parámetros de producción de este instituto.”

10. Si la Corte Suprema tuviera que acatar siempre sus resoluciones anteriores tendría poca flexibilidad. Por eso, al permitirse de manera excepcional la posibilidad de contradecir una resolución anterior o no tener en cuenta un precedente, la Corte establece que conserva un espacio de seguridad en el cual puede refugiarse si fuese necesario. En ese sentido, cuando la prudencia aconseja que la Corte cambie de dirección o, por lo menos, que mantenga una mentalidad abierta, este principio colabora con esa finalidad.

11. A diferencia de los poderes legislativo y ejecutivo la judicatura no fue pensada por los fundadores como un instrumento que manifieste la voluntad popular, por lo tanto, carece de un carácter político.

12. Véase ABRAHAM, Henry J. *The judicial process*. Séptima edición, Oxford University Press, New York, 1998, pp. 386-410. Nuestro agradecimiento al profesor Domingo García Belaunde por facilitarnos esta importante cita e información bibliográfica.

13. Por ejemplo, el juez Lord Denning en su biografía nos dice que "en la medida que hice lo que pensaba que era justo, estaba contento, podía dormir por la noche. Pero si había lo que era injusto, me quedaba despierto con la preocupación"; véase la cita en SAMPSON, Anthony. *The Changing Anatomy of Britain*. Londres, 1962, reimpreso en 1989; citado por *El ejemplo constitucional de Inglaterra*. Ob. cit., p. 240.

14. En ese mismo sentido, el Profesor Carbonell nos dice que "[s]on muy conocidas las biografías de los jueces más renombrados de su historia, como John Marshall, Oliver Wendell Holmes, Hugo Black, William O. Douglas, Earl Warren, Felix Frankfurter, William Brennan, Harry Blackmun o Sandra Day O'Connor. No existe nada parecido a eso en los países latinos. No lo hay en Italia, ni Francia, Alemania, España o en América Latina"; cfr. CARBONELL, Miguel. "Gustavo Zagrebelsky, juez constitucional". En: *Cuestiones Constitucionales*. N° 2, Año 6, 2008, pp. 561-565.

15. Véase PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *Lecciones de Teoría Constitucional*. Ob. cit., p. 275.

16. En ese sentido, Pereira Menaut nos dice sobre Francia que "(...) seguramente ningún otro estado se esforzó tanto por deteriorar la posición y funciones del juez ya desde el Antiguo Régimen, pero sobre todo desde la Revolución. Los resultados de aquellas medidas anti-judicialistas, formalmente produjeron un triunfo del normalismo en toda regla; materialmente, produjeron unos nuevos judicialismos disfrazados: la casación vino a ser una nueva y superior instancia jurisdiccional, el Consejo de Estado, un supremo tribunal de Derecho Público que practicaría una jurisprudencia del caso (...);" cfr. *Ibidem*, p. 271.

17. Cfr. La cita de JELLINEK en la obra de KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. Depalma, Buenos Aires, 1960, p. 208.

En el pensamiento europeo continental actual, la idea que los jueces son la boca muerta que pronuncia las palabras de la ley ha cambiado con el paso del tiempo. En el siglo XX, la aparición de las acciones de garantía de los derechos y la creación de los tribunales constitucionales han propiciado la intervención de los jueces y la inclusión a la jurisprudencia como fuente del Derecho, aunque de sentido distinto al sistema judicial norteamericano. La tradición judicial francesa se trasladó a Iberoamérica desde sus primeras Constituciones. En cambio, las constituciones anglosajonas también forman parte del Derecho, pero no por una casualidad, sino por un propósito deliberado y de sentido común, ya que un documento que está destinado a proteger cualquier interferencia en la esfera privada de los ciudadanos, no puede vivir sin ser interpretada por los jueces. De esta manera, tanto en los países de Europa como de Iberoamérica, aunque de manera desigual, la Constitución no solo cumple la función de un programa político con disposiciones declarativas y de cumplimiento mediato, sino que es considerada como una norma jurídica que vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos¹⁸.

Por otro lado, la interpretación judicial de las disposiciones constitucionales es necesaria para aplicar la justicia al caso concreto, a través de normas y principios que pueden variar, o afirmar, su significado en distintas circunstancias con el paso del tiempo¹⁹. De esta manera, observando el origen de las tradiciones anglosajona y europea continental, observaríamos que el llamado estado de cosas inconstitucional estaría más cerca de la primera que la segunda.

V. LOS TIPOS DE SENTENCIAS EXPEDIDOS POR LOS JUECES CONSTITUCIONALES

De acuerdo con el artículo 138, segundo párrafo, de la Carta de 1993 peruana²⁰, entendemos que todo juez es constitucional dado que pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma e inaplicarla (control difuso) o derogarla (control concentrado), ya sea que se trate de un juez ordinario o magistrado del Tribunal Constitucional, teniendo en consideración que estos últimos también pueden ejercer el control concreto, o incidental, de constitucionalidad. Sin embargo, con relación a la posición constitucional de los jueces, nos centraremos básicamente en los magistrados del Tribunal Constitucional como Máximo intérprete de la Carta de 1993.

Las funciones del Tribunal Constitucional previstas por el constituyente de 1993, concretamente, nos referimos a la defensa de la Constitución de 1993 por medio de sus resoluciones contra las normas que la contravengan por la

forma o el fondo, han dado lugar con el tiempo a una evolución similar a la que viene ocurriendo en los tribunales constitucionales europeos, cuando se atribuyen funciones de legislador positivo gracias a sus nuevos y variados tipos de sentencias. Un trabajo de interpretación más cercano al desempeñado por el Tribunal Supremo norteamericano con su Constitución de 1787. Entre los tipos de resoluciones más conocidos nos encontramos con las llamadas sentencias manipulativas, que buscan conciliar una norma inconstitucional armonizándola por medio de la interpretación (ya sea reduciendo su alcance normativo, declarando la nulidad de una o más palabras, derogando normas que deriven de la disposición legal impugnada, desechando una interpretación contraria al espíritu de la Constitución, etc.). De esta manera, los jueces constitucionales logran salvar la norma y también su debida subordinación a la Constitución, por eso se considera que no solo actúa como intérprete de la Carta Magna sino también de la ley cuando su jurisprudencia da origen a normas de carácter general.

Continuando con los tipos de sentencias, también descubrimos aquellas conocidas como interpretativas de desestimación, cuando los jueces, en vez de derogar la norma, encuentran una interpretación que logre armonizarla con el Texto Constitucional. Las llamadas sentencias-delegación buscan, en cambio, que se respeten determinados principios con el fin de que la norma guarde coherencia con la Constitución. Otros tipos de sentencias son las llamadas aditivas o acumulativas, cuando el Tribunal determina que la norma tiene un contenido deficiente que afecta la constitucionalidad, por ejemplo el derecho a la igualdad, salvando dichas omisiones²¹. Las llamadas sentencias aditivas no deben utilizarse cuando sean varias las alternativas normativas viables para completar el vacío legal, ya que de lo contrario estaría ejercitando la elección de una opción política que solo es competencia del Poder Legislativo²². Para concluir esta descripción, nos queda comentar las llamadas sentencias desestimatorias con verificación de inconstitucionalidad, en la cuales el Tribunal no deroga la norma por producirse un vacío legal, pero recomienda al Poder Legislativo para que realice los cambios que solicita, advirtiendo que declarará su derogación en una siguiente oportunidad si dichas recomendaciones no fueron tomadas en cuenta oportunamente.

Como era de esperar, los tipos de resoluciones descritos no han sentado bien a algunas instituciones políticas, especialmente al Congreso peruano, lo cual nos lleva a realzar una explicación en torno a la evolución de los jueces

18 Un enunciado similar lo encontramos en las Constituciones alemana de 1949 y española de 1978; véanse artículos 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn y 53.1 de la Constitución española de 1978 y además las observaciones de PEREIRA MENAUT: *Temas de Derecho Constitucional*. Ob. cit., p. 50.
 19 Véase GARCÍA PELAYO, Manuel. "El status del Tribunal Constitucional". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 1, 1981, p. 33.
 20 El segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución de 1993 establece que "[e]n todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".
 21 "El punto de partida para la utilización de esta técnica consiste, al igual que en las sentencias interpretativas, en la distinción entre la disposición legal y la norma que de ella se deriva, de manera tal que las sentencias aditivas, a diferencia de las interpretativas, alteran tanto el significado como el tenor literal de la disposición. Dicha alteración es profunda dado que se elimina una situación restrictiva o negativa"; cf. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. "La tipología de las sentencias del órgano de justicia constitucional (especial referencia a las decisiones atípicas)". En: *Revista Jurídica*. Nº 34, Colegio de Abogados de la Libertad, enero de 1998 - julio de 1999, p. 703.
 22 *Idem*.

constitucionales en el marco de un tribunal especializado para un sistema político en formación. Al respecto, podemos decir que los sistemas constitucionales clásicos, como el estadounidense, no estuvieron exentos de estos problemas a comienzos del siglo XVIII, pues no creemos que al comienzo haya sentado bien al Congreso Federal la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes surgida gracias al caso *Marbury versus Madison* en 1803; de hecho, se trata de una atribución que no fue considerada expresamente por la Convención Constitucional que redactó la histórica Carta de 1787, sino que fue el triunfo de la interpretación judicial. De igual manera, el surgimiento de los tribunales constitucionales especializados europeos dio lugar, en la práctica, a la creación de una nueva instancia, superior, por encima de las cortes supremas en materia de derechos humanos, un modelo de jurisdicción constitucional no exento de recelos por parte de las jurisdicciones durante sus primeros años de funcionamiento.

VI. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE

El artículo VII del Código Procesal Constitucional 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 sentido, el Tribunal Constitucional define a los precedentes vinculantes 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. El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley"²³. A diferencia del precedente, la jurisprudencia vinculante no vincula 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.

De esta manera, el precedente vinculante constitucional es la regla jurídica establecida expresamente por los jueces del Tribunal [Constitucional] que tiene la capacidad de convertirse en un parámetro normativo para los órganos judiciales y que por eso tiene efectos normativos 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. Sin embargo, debemos tener presente que el origen del precedente judicial es anglosajón y su naturaleza es un tanto distinta a la del Tribunal Constitucional; en segundo lugar, que el estado de cosas inconstitucional supone un precedente de carácter vinculante, es decir, que siempre estará comprendido bajo los alcances y parámetros de producción de este instituto.

Sobre la naturaleza del precedente en el mundo anglosajón, tengamos en cuenta las opiniones de Hamilton cuando decía que "[p]ara evitar una discrecionalidad arbitraria de parte de los tribunales es indispensable que estén sometidos a reglas y precedentes estrictos que sirvan para definir y señalar sus obligaciones en todos los casos que se les presenten"²⁴. De esta manera, en la tradición anglosajona nos encontramos con que es parte del autocontrol judicial (*judicial self restraint*), pese a que los órganos judiciales inferiores deberán sujetarse a lo decidido por el máximo tribunal (*stare decisis*); mientras que en el caso peruano, el Tribunal declara expresamente la creación de un precedente de observancia obligatoria por la judicatura pero no parecerá que implicase antes, y también, un medio de autocontrol del Máximo Interpretador de la Constitución por la poca vigencia de algunos ellos²⁵; en otras palabras, se ha importado la institución del precedente pero no las reglas de la *judicial self restraint*, pues, si bien la Corte Suprema norteamericana no se aferra a sus precedentes, los mantiene, pero estos se adecúan al presente y puede apartarse de ellos como una excepción a la regla.

VII. EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL Y SUS RIESGOS EN LA JURISPRUDENCIA

El ejercicio de la práctica judicial a cargo de los jueces constitucionales y la creación de figuras como el llamado estado de cosas inconstitucional no se encuentra liberada de ciertos riesgos; entre los más destacados por la doctrina, el Profesor Sagüés señala que podemos encontrarnos con el facilismo, la manipulación, el hiperactivismo y el dogmatismo judicial²⁶. El facilismo, cuando jueces y abogados defensores emplean de manera inadecuada, y frívola, los principios de interpretación constitucional para fortalecer sus argumentos sin considerar los antecedentes de la norma, la jurisprudencia aplicable y su sistemática relación con las demás normas a fin de armonizar y obtener

23 Cfr. STC Exp. N° 0024-2003-A/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.

24 Cfr. HAMILTON, A.; MADISON, J. y JAY, J. Ob. cit., p. 335.

25 Sobre este tema, véase la STC Exp. N° 01412-2007-PA/TC; el Tribunal Constitucional deja sin efecto el precedente vinculante establecido en el STC Exp. N° 3361-2007-PA/TC sobre la motivación de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura respecto a la evaluación y ratificación de magistrados efectuada por este órgano, precisando que sus efectos no se limitan a los casos suscitados con posterioridad a su expedición sino a todas aquellas elaboradas por el Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, sin importar el tiempo en que se hayan emitido. Véase también la STC Exp. N° 03908-2007-PA/TC que dejó sin efecto el precedente vinculante establecido en el fundamento cuarenta de la STC Exp. N° 04853-2004-PA/TC 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 la procedencia de un nuevo proceso constitucional.

26 Véase SAGÜÉS, Néstor. *El Tercer Poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 36 y 37.

un sólido producto interpretativo. La manipulación, cuando por medio de la interpretación los jueces argumentan sin un concreto fundamento constitucional, valiéndose de los llamados contrabandos ideológicos. El hiperactivismo generado cuando el juez constitucional vulnera el principio de corrección funcional invadiendo áreas que están fuera de sus competencias. Y, finalmente, el dogmatismo judicial que surge cuando el juez declara como inconstitucional alguna norma pese a la conformidad del legislador desde su creación, o también cuando ampara como constitucional solo aquello que concuerda con su formación ideológica²⁷. Es evidente que los cuatro síntomas descritos

diagnostican una eventual, y esperamos pasajera, inmadurez del juez constitucional, sea en los modelos de control incidental, abstracto o mixto, y que solo la experiencia como la estabilidad jurídica y política podrán favorecer su mejor asentamiento bajo una progresiva transición democrática; sin embargo, también es cierto que la figura del estado de cosas inconstitucional, utilizada de manera razonable y adecuada, podría significar un sustancial alivio a la carga procesal²⁸, pero también lo es que el mismo efecto se lograría potenciando con responsabilidad los efectos de los todavía novísimos precedentes vinculantes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

27 *Idem*.

28 En el mismo sentido, el juez Edwin Figueroa Gutarra se pone en la siguiente hipótesis: "¿[q]ué pasaría si respecto del derecho de un pensionista se declara un estado de cosas inconstitucional por no cumplirse el pago de su pensión, al interior de un proceso pensionario constitucional, en las condiciones que fija el estado de cosas inconstitucional? Con certeza, cientos de pensionistas, quizá miles, podrían a ese primer proceso, sin necesidad de iniciar un nuevo juicio, tan sólo para reclamar la ejecución de su derecho. En estricto, admitiríamos que se afecta el debido proceso, el derecho de contradicción y el derecho a ser oído, entre otros derechos, y sin embargo, la vulneración de esos derechos no es grave, dada la prevalencia de un estado de cosas inconstitucional declarado"; cfr. <<http://edwinfigueroa.wordpress.com/2011/08/05/el-estado-de-cosas-inconstitucional-articulo/>>.